

REVISTA

ISSN 1518-918X

ESCOLA DE MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL



EMARF

TRIBUNAL
REGIONAL
FEDERAL

2ª REGIÃO

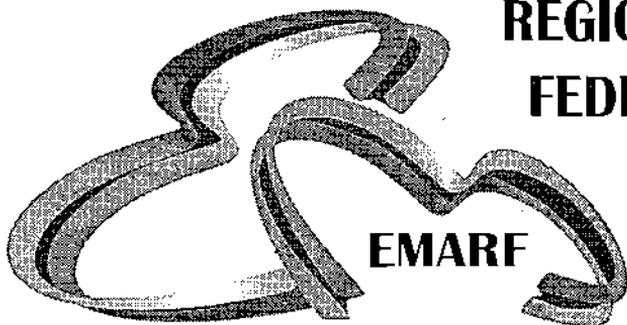
Vol. 3, n. 1

Março 2001

REVISTA

ISSN 1518-918X

DA ESCOLA DE MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL



TRIBUNAL
REGIONAL
FEDERAL

2ª REGIÃO

Vol. 3, n. 1

Março 2001

Esta revista não pode ser reproduzida
total ou parcialmente sem autorização.

© Editora Gama Filho

(Catalogado na fonte pela Biblioteca Central da Universidade Gama Filho)

Revista da Escola de Magistratura Regional Federal / Escola
de Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal:
2ª Região. – n. 1 (ago. 1999)-
Rio de Janeiro: Editora Gama Filho, 1999-
v. 3, n. 1

Irregular.

O n. 1 foi publicado pela EMARF-TRF 2ª Região / RJ.
ISSN 1518-918X

1. Direito – Periódicos. I. Escola de Magistratura Regional Federal.

CDD: 340.05

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

Presidente

Desembargador Federal Alberto Nogueira

Vice-Presidente

Desembargador Federal Arnaldo Esteves Lima

Corregedor

Desembargador Federal Frederico José Leite Gueiros

Membros

Desembargador Federal Paulo Freitas Barata
Desembargadora Federal Julieta Lúcia Machado Cunha Lunz
Desembargadora Federal Tania de Mello Bastos Heine
Desembargador Federal Henry Bianor Chalu Barbosa
Desembargador Federal Valmir Martins Peçanha
Desembargador Federal José Eduardo Carreira Alvim
Desembargador Federal Paulo Cesar Moraes Espirito Santo
Desembargadora Federal Maria Helena Cisne Cid
Desembargador Federal Joaquim Antonio Castro Aguiar
Desembargador Federal Ney Moreira da Fonseca
Desembargadora Federal Vera Lúcia Lima
Desembargador Federal Rogério Vieira de Carvalho
Desembargador Federal Antônio Cruz Netto
Desembargador Federal José Ricardo de Siqueira Regueira
Desembargador Federal Fernando José Marques
Desembargador Federal Raldênio Bonifacio Costa
Desembargador Federal Sergio Feltrin Corrêa
Desembargador Federal Francisco José Pires E. A. Pizzolante
Desembargador Federal Benedito Gonçalves
Desembargador Federal Antonio Ivan Athiê
Desembargador Federal André José Kozlowski
Desembargador Federal Sergio Schwaitzer
Desembargador Federal Poul Erik Dyrhønd
Desembargador Federal André Ricardo Cruz Fontes



Conselho Diretor

Diretor-Geral

Desembargador Federal Paulo Freitas Barata

Diretora de Cursos

Desembargadora Federal Tania de Mello Bastos Heine

Diretor de Estágios

Desembargador Federal Aposentado Clélio Erthal

Diretora de Publicações

Desembargadora Federal Aposentada
Tanyra Vargas de Almeida Magalhães

Diretora Adjunta de Cursos

Juíza Federal Liliane do Espírito Santo Roriz de Almeida

Diretor Adjunto de Estágios

Juiz Federal André José Kozlowski

Diretor Adjunto de Publicações

Juiz Federal Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva

Equipe da EMARF

Assessora Executiva

Christiane M. Novellino Valverde

Herane Costa Peixoto dos Santos

Adilene V. Ajara Bonorino

Carlos José dos Santos Delgado

Éldson Bezerra da Silva

Maria de Fátima Esteves Bandeira de Mello

Andrea Albuquerque Nogueira

Leila Andrade de Souza

Aparecida Maria Alves dos Santos



REITORIA

Reitor

Prof. Paulo Gama Filho

Vice-Reitor Acadêmico

Prof. Carlos Antonio Lopes Pereira

Vice-Reitor Administrativo e Comunitário

Prof. Edmundo Vieites Novaes

Vice-Reitor de Desenvolvimento

Prof. Sergio Norbert

Pró-Reitor de Assuntos Internacionais

Prof. Manuel Soares Pinto Barbosa

Diretora do Departamento de Ciências Jurídicas

Profª Maria Cecília Nunes Amarante

EDITORA GAMA FILHO

Edição

Dante Gastaldoni

Diagramação

Alessandra Vanzillotta

Revisão

EMARF

Capa

Secretaria de Documentação e Produção Editorial

Sumário

A Cláusula do Devido Processo Legal e a Garantia de Instância do parágrafo 1º, do art. 126, da Lei nº 8.213/91 Estudo em homenagem ao Professor Sérgio Ferraz <i>José Eduardo Nobre Matta</i>	9
A Independência e Harmonia dos Poderes, no Brasil de hoje <i>Marco Falcão Critsinelis</i>	31
Atividades de Magistério e da Magistratura: Análise Comparativa do Conteúdo com a Atividade da Magistratura <i>Guilherme Calmon Nogueira da Gama</i>	65
Atos Judiciais na suspensão da exigibilidade do Crédito Tributário <i>Alberto Nogueira</i>	81
Carentes de Justiça <i>Marcelo Leonardo Tavares</i>	119
Considerações sobre o regime de precatório para pagamento dos débitos judiciais pela Fazenda Pública <i>Simone Schreiber</i>	141
Juizados Especiais Federais <i>J.E. Carreira Alvim</i>	163
Natureza Jurídica da Medida Liminar <i>Reis Friede</i>	175

Os Direitos Humanos e as Trilogias

Maria Helena Cisne Cid 183

Reforma da Previdência e Direito Adquirido

Maria Amélia A. Senos de Carvalho 193

Suspensão da execução de liminar
ou de sentença - Observações

Arnaldo Esteves Lima 203

A Cláusula do Devido Processo Legal e a Garantia de Instância do parágrafo 1º, do art. 126, da Lei nº 8.213/91

Estudo em homenagem ao Professor Sérgio Ferraz

*José Eduardo Nobre Matta**

SUMÁRIO: I. Apresentação II. Breve histórico da cláusula do devido processo legal III. Hermenêutica constitucional dos direitos e garantias fundamentais - Alcance do conteúdo jurídico do princípio do devido processo legal na ordem constitucional vigente IV. O alcance da cláusula do devido processo legal e a exigência de garantia de instância prevista no parágrafo 1º, do art. 126, da Lei nº 8.213/91

I. Apresentação

Alguns institutos jurídicos tiram sua vida da experiência histórica dos povos. Por sua própria natureza, estão em contínua mutação evolucionar, se bem que possuam um núcleo axiológico reconhecível em qualquer sistema jurídico-positivo.

* Juiz Federal da 6ª Vara Federal de Execução Fiscal do Rio de Janeiro; Professor de Ciência Política e Direito Constitucional da Faculdade da Cidade e Conferencista dos Cursos de Pós-Graduação da Universidade Estácio de Sá.

A riqueza valorativa dessa cepa de institutos faz com que influam no sistema como um todo, convolvendo-os em verdadeiros princípios constitucionais (1). Dessa modalidade é a cláusula do devido processo legal.

Partindo do estudo do conteúdo jurídico da cláusula do devido processo legal, dirigimos nossa análise, precipuamente, para a constitucionalidade do parágrafo 1º, do art. 126, da Lei nº 8.213/91. É certo, porém, que o mesmo raciocínio aqui empreendido pode e deve ser feito para todas as normas que, restringindo o alcance do devido processo legal, exijam depósito prévio para que possa o administrado recorrer de decisão de primeira instância administrativa.

II. Breve histórico sobre o devido processo legal

II.1. Direito Inglês

O Duque normando Guilherme, O Conquistador, em 1066, partiu da Normandia acompanhado de 6.000 cavaleiros para empreender a conquista da Inglaterra. Venceu o herdeiro legal, Haroldo, na Batalha de Hastings, apoderando-se do trono inglês. Guilherme dizia-se herdeiro legal do Rei Eduardo, O Confessor, morto havia pouco e que lhe teria deixado o trono em herança. Guilherme reinou com mão de ferro, tornando a nobreza inglesa fraca, comparativamente à francesa. Os feudos eram bem menores que os franceses e todo senhor feudal tinha que prestar juramento de fidelidade ao rei. Além disso, o país foi dividido em condados, sendo o rei representado ali por um funcionário local - o xerife - com autoridade não apenas sobre os plebeus mas também sobre os próprios senhores.

Ao reinado de Guilherme, O Conquistador, seguiu-se o de Henrique II (1154-1189), que deu prosseguimento à política centralizadora do primeiro. De origem francesa, da família de Plantageneta, Henrique II sequer falava inglês. Foi um rei poderoso. Três vezes por ano reunia a Grande

Assembléia, na qual promulgava as leis, válidas para todo o reino. Organizou com eficiência a justiça e o exército. Tentou opor-se à Igreja, porém, ameaçado de excomunhão pelo papa, curvou-se ao seu poderio.

Ricardo Coração de Leão foi o sucessor de Henrique II. Deu continuidade à obra de seu antecessor, fortalecendo ainda mais o trono, em detrimento da nobreza. Morto Ricardo, sobe ao trono seu irmão, João Sem-Terra, que tentara anteriormente usurpar o trono quando da prisão do rei na Áustria, quando este voltava da Terceira Cruzada. Já naquela primeira tentativa de alcançar o poder, João Sem-Terra não se mostrara digno de ocupar a coroa. Todavia, assumindo definitivamente o poder, passou a exigir elevados tributos, comportando-se como verdadeiro tirano. Paralelamente, sua política externa foi outro desastre. Perdeu grande parte dos feudos que os ingleses possuíam na França, em embate com o rei francês Filipe Augusto. Confrontou também o poder papal, não logrando êxito em seu intento. Sua situação complicou-se ainda mais, após a derrota de seus aliados da Alemanha e da Flandres, na Batalha de Bouvines, em 1214, pelas tropas de Filipe Augusto. No ano seguinte, os barões ingleses trataram de obrigar o rei a assinar o documento que ficou conhecido como a Magna Carta, limitando-lhe o poder.

Dignas de nota as poéticas palavras de PAULO FERNANDO SILVEIRA:

“Legislaram, na época, para poucos. Mas a história se incumbiria de estender os benefícios a todos, motivo pelo qual nós também devemos pagar enorme tributo à Magna Carta. A luta para sua conquista revela a própria natureza da humanidade, no sentido de que o homem nasceu para ser livre, com direito incontestável à busca da felicidade individual, não havendo poder na Terra que possa obstar esse fato. Denota, também, esse monumental documento, que o direito à liberdade pertence a todo o povo, dele não podendo ser excluído ninguém.”(2).

Observe-se que a expressão devido processo legal (“due process of law”) não foi utilizada na Magna Carta. Ali, no artigo 39, faz-se referência a julgamento legal e a lei da terra (“law of the land”) (3). A expressão hoje consagrada foi utilizada pela primeira vez somente em 1354, no “Statute of Westminster of the Liberties of London” (4).

II.2. Direito Norte-Americano

Levaram os colonizadores ingleses para as colônias da América do Norte os fundamentos da “common law” e do devido processo legal.

Com a independência, e o insucesso da frágil experiência do pacto consubstanciado nos “Artigos da Confederação” (5), reuniram-se representantes dos novos Estados independentes em Filadélfia, onde firmaram a Constituição americana de 1787. Originariamente com apenas sete artigos, foi acrescida de dez emendas em 1791, por força do gênio de Jefferson, Madison e Mason. É a chamada “Bill of Rights” - Emendas nº 1 a 10, propostas pelo Congresso a 25 de setembro de 1789 e ratificadas por um número suficiente de Estados até 15 de dezembro de 1791 (6). Essas 10 Emendas iniciais tinham por escopo exatamente a contenção do poder estatal nacional.

Foi na Emenda V que se utilizou a expressão “due process of law” primeiramente:

“Nenhuma pessoa será obrigada a responder por um crime capital ou infamante, salvo por denúncia ou promúncia de um grande júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em serviço ativo; nenhuma pessoa será, pelo mesmo crime, submetida duas vezes a julgamento que possa causar-lhe a perda da vida ou de algum membro; nem será obrigada a depor contra si própria em processo criminal ou ser privada da vida, liberdade ou

propriedade sem o devido processo legal ("without due process of law"); a propriedade privada não será desapropriada para uso público sem justa indenização."

A Emenda XIV, proposta a 16 de junho de 1866 e declarada ratificada a 21 de julho de 1868, em sua Seção I, tratou de aplicar a cláusula do devido processo legal especificamente aos Estados da União:

"Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal ("due process of law"); nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis".

A evolução do conteúdo jurídico da cláusula do devido processo legal nos Estados Unidos da América passa necessariamente por seu delineamento junto à Suprema Corte daquele país. Com efeito, o estudo do Direito Constitucional Norte-Americano é predominantemente o próprio estudo das decisões de sua Corte Maior. É dizer, com A. L. GOODHART, que

"para compreender tal Constituição é, portanto, necessário, estudar a sua história e, em particular, o seu desenvolvimento nas decisões da Corte Suprema, porque, como disse o falecido Juiz Jackson, o sistema americano é, em parte, governo pela ação judicial" (7).

EDWARD S. CORWIN adotou em seus estudos sobre a Suprema Corte Americana a seguinte periodização: até 1835, de 1835 a 1895, de 1895 a 1937, e de 1937 em diante. Foi o mesmo critério adotado por LÊDA BOEHCAT

RODRIGUES, em seu clássico *A Suprema Corte e o Direito Constitucional Americano*. O que se observa de uma maneira mais ou menos geral em cada período, é uma ampliação cada vez maior da aplicação da cláusula do devido processo legal, sempre com o escopo de dar a maior proteção possível ao cidadão. Vale anotar as palavras da eminente autora:

“A cláusula de due process of law, inserida na 5a. Emenda dirigindo-se ao governo nacional, e na 14a. Emenda dirigindo-se aos Estados, equivalia, na história constitucional da Inglaterra, à law of the land, ou lei do país, sendo garantia de ordem processual e não de fundo.” (8)... “Vimos como a cláusula de due process of law se tornou, nos últimos anos do período anterior, limitação substantiva do poder dos Estados de regular a liberdade privada em prol do bem-estar público. Ela passaria, agora, a ser instrumento ilimitado de avaliação da constitucionalidade não só das leis estaduais como das leis do Congresso, através do exame de seu acordo com a razão (reasonableness). Determinar o que constituía o due process transformou-se, dizem KELLY e HARBISON, na consideração mais importante do direito constitucional americano.” (9).

Com efeito, não há por parte da Suprema Corte Americana uma definição exata do que vem a ser o devido processo legal, mas é certo que há um delineamento jurisprudencial claro em cada período assinalado pela doutrina que estuda as decisões daquele tribunal. E mais, verifica-se um alargamento cada vez maior do próprio alcance que o Poder Judiciário confere à referida cláusula. Assim é que, CORWIN, citado por LÉDA BOECHAT RODRIGUES, em relação ao delineamento dado pela Corte Suprema Americana a partir de 1937, assevera que a equivalência da cláusula ao que se chamou de razoabilidade da lei findou por ampliar também os poderes da própria Corte Suprema. Anotem-se as palavras do ilustre professor:

“deixou o controle judicial de ter limites definidos e mencionáveis, variando consideravelmente a extensão em que a Corte reexaminará os fatos justificativos da lei sob a cláusula de ‘due process’ da Constituição; em última análise, depende essa matéria do exclusivo arbítrio da Corte e de nada mais”(10).

LÊDA BOECHAT RODRIGUES vai mais adiante e antevê nas últimas decisões da Corte Suprema, a partir de 1957, uma preocupação mais acentuada ainda com o resguardo dos direitos e liberdades civis, a ponto de ter reservado o último capítulo de sua obra à análise de julgados daquele ano. Com efeito, tal tendência verificada nas decisões da Suprema Corte Americana, de preocupação cada vez maior com a tutela efetiva dos direitos fundamentais, é hoje fenômeno mundial, como anota NORBERTO BOBBIO. Diz o pensador italiano que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los” (11).

II.3. Direito Brasileiro

Da análise do contorno da cláusula do devido processo legal na Inglaterra e Estados Unidos, verifica-se ser esta um instrumento de limitação do poder estatal em prol do cidadão. Por certo, a efetividade do instrumento depende da força das instituições responsáveis por sua aplicação. Apenas num estado de direito democrático, com um Poder Judiciário forte e respeitado, o devido processo legal será verdadeira garantia de direitos fundamentais.

Não basta, pois, haver previsão constitucional do princípio. Necessária a estabilidade da ordem democrática para que se diga presente, de fato, a aludida cláusula no ordenamento jurídico de um país. Destarte, em poucos momentos da história brasileira pode-se dizer aplicável o conteúdo jurídico do princípio.

Na Constituição Imperial não há qualquer menção expressa a devido processo legal. Deveras, é difícil pensar em garantias constitucionais efetivas na realidade daquela ordem

constitucional, em consequência da amplitude de poderes enfeixados nas mãos do Imperador. Dignas de nota as palavras de PAULO BONAVIDES sobre o período:

“O mais grave vício que comprometeu todo o sistema parlamentar pátrio foi indubitavelmente a concentração de poderes nas mãos do Imperador, que se converteu, através do Poder Moderador, em supremo juiz das questões políticas...Durante a experiência parlamentar do Império, o País conheceu nada menos que 35 ministérios. No longo reinado de D. Pedro II, 22 ministérios sucumbiram aos litígios políticos dos dois partidos, liberais e conservadores, que disputavam com baixesa áulica e servilismo a simpatia decisiva do Imperador, indispensável à conservação e sobrevivência dos gabinetes. De fato, ambos, conservadores e liberais, se alternaram monotonamente no ministério, sendo, conforme já referimos, a queda dos gabinetes decidida sempre pelo poder pessoal do monarca, sem cujas graças nenhum partido alcança manter-se no poder. Dissolveu D. Pedro II onze vezes a Câmara...” (12).

Mas não é só. Os artigos 101, VII e 154 da Constituição de 1824 davam ao Imperador poder para suspender magistrados, o que lhes retirava a autonomia e independência necessárias para o desempenho da função. Perfeita, pois, a observação de PAULO FERNANDO SILVEIRA:

“Não havendo poder judiciário independente, não há como falar em garantias de direitos individuais ou, especificamente, da observância do princípio do devido processo legal, que sequer era expressamente mencionado.” (13).

Vale consignar, contudo, expressa referência à garantia absoluta do duplo grau de jurisdição, um dos aspectos, como se verá, do princípio do devido processo legal. Com efeito, previa

o artigo 158 daquela Constituição a existência de Tribunal de Relação para revisão de causas para a comodidade do povo.

A Carta de 1891, de seu turno, também não previu expressamente o devido processo legal. Porém, tratou de registrar uma Declaração de Direitos, onde reconhecia garantias típicas do conteúdo jurídico do devido processo legal, se bem que com ênfase na esfera penal, tais como: princípio do juiz natural (parágrafo 15, do art. 72) e ampla defesa (parágrafo 16, do art. 72). Havia, também, previsão de independência e autonomia do Poder Judiciário, consoante a expressa vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos gravadas no artigo 57. Todavia, não se pode falar em verdadeira estabilidade institucional e democrática na República Velha.

Em muitos de seus discursos parlamentares RUI aponta as graves distorções do regime neste período de nossa história. São do grande publicista as seguintes palavras, lamentavelmente ainda tão atuais:

“O regímen exclui o merecimento, por isso é um regímen fatal, é um regímen que se liquida, é um regímen que se perde. Se o Brasil tem de reviver, se o presidencialismo ainda tem de se agüentar, se a República dispõe dos meios de atravessar esta crise, há de ser regenerando-se destes costumes torpes em que se afundou o quadriênio passado, há de ser melhorando os costumes políticos, há de ser promovendo o merecimento, há de ser ouvindo com respeito a palavra livre, há de ser banindo da administração pública os grandes culpados, os grandes prevaricadores e os grandes criminosos. Há de ser governando com a opinião nacional. Há de ser acabando com as oligarquias que esmagam, devastam e desonram o País.” (14).

Também a questão eleitoral apontava claramente para a inexistência de Estado Democrático de Direito, tornando inviável a perfeita aplicabilidade dos aspectos do devido processo legal insculpidos naquela Carta Política. O historiador THOMAS SKIDMORE explicita a questão:

“Pela Constituição de 1891, a presidência era o grande prêmio da política nacional. Já que o presidente estava constitucionalmente impedido de se suceder a si mesmo, era fatal que houvesse grande agitação política, de quatro em quatro anos (a duração do período presidencial), à medida que a liderança situacionista procurava acordo entre os líderes das principais máquinas políticas estaduais para a indicação de um sucessor. Uma vez acertada a indicação, contudo, isso já equivalia à eleição, de vez que os governos estaduais tinham poder para dirigir as eleições e não hesitavam em manipular os resultados para enquadrá-los nos seus arranjos pré-eleitorais... Mas os resultados das cidades ainda podiam ser neutralizados pelos ‘currais’ eleitorais dos chefões do interior (conhecidos como ‘coronéis’)...” (15).

Mas o que mais contribuiu para a ineficiência das garantias constitucionais foi a timidez do Poder Judiciário durante toda a República Velha. Prova disto foi a Emenda Constitucional de 05 de setembro de 1926 que afastou da jurisdição questões ligadas à intervenção nos Estados, declaração de estado de sítio e suas conseqüências, e mandatos de membros de legislativo e executivo (16). Como se vê, enquanto nos Estados Unidos verificou-se desde cedo um enorme prestígio do Poder Judiciário, aqui o fenômeno foi exatamente oposto.

A Constituição de 1934, fruto de deliberação de Assembléia Constituinte eleita em 03.05.1933 (17), teve breve vigência. Esta, também não chegou a empregar a expressão devido processo legal. Porém, tratou de inculpir no capítulo II de seu Título III, alguns aspectos processuais do conteúdo jurídico anglo-americano da cláusula do devido processo legal, principalmente no que se refere à matéria penal. Vale conferir, por exemplo, os itens 21, 24, 25, e 26, todos do artigo 113.

O período especialmente conturbado da breve história da Carta de 1934 torna evidente a falta de efetividade das garantias dos direitos fundamentais ali insculpidas. Com efeito, insuflando o medo da ameaça comunista, Vargas conseguiu do Congresso armas de emergência muito contundentes,

utilizadas em diversas ocasiões, demonstrando claramente a inaptidão democrática do governo, mesmo antes do golpe derradeiro de 1937. Anota SKIDMORE:

“Os poderes de emergência do governo federal foram rapidamente aumentados. A 25 de novembro, Vargas pediu ao Congresso o estado de sítio. Foi aprovado. Em dezembro, a Câmara dos Deputados concordou em arrochar a Lei de Segurança Nacional, aprovando igualmente três emendas constitucionais. Uma autorizava o presidente a demitir sumariamente qualquer funcionário público, enquanto outra fortalecia o controle de Vargas sobre os militares, dando-lhe poderes sobre a promoção de todos os oficiais e onde deveriam servir. A terceira dava ao Presidente poderes temporários ainda maiores.” (18).

Do mesmo modo, a Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937, não prevê expressamente a cláusula do devido processo legal. Por óbvio, durante a ditadura Vargas não há o que se falar em direitos e garantias fundamentais. Dispensa-se, assim, maiores comentários a respeito da aplicação de aspectos do conteúdo jurídico clássico do devido processo legal no período.

A Constituição de 1946 inaugura um período democrático no país. Ainda aqui não há expressa menção ao princípio do devido processo legal. Porém, amplia-se sobremaneira os direitos e garantias constitucionais, dentre eles, alguns que constituem conotações particulares do amplo conceito do “due process of law”. Vale consignar a inafastabilidade da jurisdição (par. 4º, art. 141), a ampla defesa criminal (par. 25, art. 141), o princípio do juiz natural e da anterioridade da lei (par. 27, art. 141), e todas as garantias típicas do devido processo legal na esfera penal (par. 20, 21 e 22, todos do art. 141). De outro turno, garantias efetivas são conferidas ao Poder Judiciário, para bem desempenhar seu mister de derradeiro garante dos direitos fundamentais (art. 95, I, II e III).

O golpe militar de 1964 pôs fim ao período democrático inaugurado com a derrubada de Vargas em 1945. Não se pode falar, em verdade, em efetividade de qualquer garantia constitucional, ainda que solenemente insculpida na Carta Política, em face de um regime de exceção.

A Constituição de 1988 marca o retorno à ordem democrática. Pela primeira vez em nossa história adota-se a consagrada expressão originária do direito inglês - devido processo legal.

Não obstante toda força, até mesmo histórica, contida na expressão, o legislador constituinte tratou de explicitar aspectos valorativamente implícitos no princípio. De fato, como bem observa NELSON NERY JUNIOR (19), bastaria a Carta de 1988 ter-se referido tão-somente à garantia do devido processo legal, para abarcar toda uma série de garantias que fez questão de evidenciar, tais como a inafastabilidade da jurisdição, o contraditório, a ampla defesa e a via recursal ampla.

Se, deveras, não se pode falar que vivemos hoje numa democracia material, não se duvida que, ao menos na forma, vive-se sob tal espécie de governo (20). Assim é que, na ordem constitucional vigente, o princípio constitucional do devido processo legal tem tudo para florescer e alcançar a mais plena e ampla aplicabilidade, como ocorreu nos Estados Unidos da América.

Da rápida análise que se fez neste tópico, resta evidente que apenas em dois momentos de nossa história constitucional os direitos fundamentais, e suas correlatas garantias, foram passíveis de efetiva aplicação: sob a égide da Constituição de 1946 e, agora, sob o império da Carta de 1988.

III. Hermenêutica Constitucional dos Direitos e Garantias Fundamentais - Alcance do conteúdo jurídico do princípio do devido processo legal na ordem constitucional vigente

Em recente ensaio, tivemos oportunidade de apreciar o tema da hermenêutica dos direitos e garantias fundamentais

(21). Salientamos ali, acompanhando a lição de NORBERTO BOBBIO acima referida, que a questão que hoje se coloca em termos de direitos fundamentais é muito mais de sua garantia que de seu reconhecimento. De outro lado, frisamos ser o Judiciário o Poder por excelência para exercer este mister de protetor dos direitos fundamentais. Era a lição de RUI já em seus Comentários à Carta de 1891 (22). Também hoje não se duvida de tal assertiva, eis que o Judiciário firma-se na realidade do século XXI, como O Poder que precipuamente cuida da salvaguarda dos direitos fundamentais (23).

Naquela oportunidade tratamos de justificar o motivo de preferirmos utilizar a expressão compacta direito-garantia, sem desprezar, por certo, a lógica jurídica das clássicas lições de RUI, a distinguir exatamente o direito de sua correlata garantia. Nossa intenção ao utilizar a fórmula direito-garantia é correlacionar uma palavra a outra de forma inapartável, evidenciando a necessidade de se dar efetividade às garantias, aos remédios, para a própria efetividade dos direitos solenemente insculpidos nas Declarações de Direitos dos povos.

Impõe-se reconhecer, ainda, e o dissemos naquele trabalho, que o moderno direito constitucional dá ênfase exatamente para a chamada constituição material, para os direitos e garantias fundamentais insculpidos nas Cartas. Assim, sempre que o intérprete ou aplicador de normas desta categoria tiver que delas tratar, deverá intentar atingir a amplitude máxima de seu conteúdo. Eis o motivo de ter o constituinte de 1988 conferido aplicação imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (parágrafo 1º do art. 5º da CF/88).

Não é outra a lição de GOMES CANOTILHO, em seu *Direito Constitucional*, ao dizer que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”. E continua o mestre luso:

“É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais

(no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)²²
(24) (grifos nossos).

Pelo que se disse, ratificamos o entendimento anteriormente firmado naquele ensaio já referido, ao passo em que permitimo-nos transcrever nossa conclusão de então:

“Direitos e Garantias Fundamentais devem ser interpretados com amplitude máxima, sem mesquinhasarias, mas com o carinho e respeito reverencial que estes merecem. Não há espaço para mitigações”.

O mesmo tratamento hermenêutico deverá ser dado à cláusula do devido processo legal. Tratamento este compatível com as preocupações contemporâneas do Direito Constitucional, a qual seja de tornar efetivos os direitos fundamentais. Há que se tomar o devido processo legal, pois, em toda a sua amplitude histórica, quer material, quer processual, indo até mais adiante, uma vez que a riqueza de nossa Carta Política assim o permite, de sorte a que possamos criar, ampliar e sedimentar, a cada decisão judicial, uma nova vertente do clássico princípio do devido processo legal.

IV. O alcance da cláusula do devido processo legal e a exigência de garantia de instância prevista no parágrafo 1º, do art. 126, da Lei nº 8.213/91

Vimos até aqui que o princípio do devido processo legal possui todo um conteúdo histórico, resultado das lutas dos povos para limitação do poder estatal em prol do cidadão. Tal conteúdo é mutável, mas tendente a ser sempre ampliado, nunca mitigado, principalmente se tivermos em conta as preocupações do moderno constitucionalismo do século XX.

Pragmático e flexível que é o conceito de devido processo legal, poderia ter o legislador constituinte optado por referir-

se tão-somente a ele. Todavia, preferiu, talvez por desconfiança em face da história recente do país, mencionar no bojo do artigo 5º da Lei Maior aspectos típicos daquela cláusula, como se fossem garantias autônomas. Tal fato em nada prejudica nosso estudo.

Devemos ter em mente, porém, que são faces do devido processo legal, por exemplo, o princípio da inafastabilidade da jurisdição (inciso XXXV do art. 5º), o direito de petição (inciso XXXIV, "a", do art. 5º), os princípios do juiz natural (inciso XXXVII c/c inciso LIII do art. 5º) e do administrador natural (inciso LIII do art. 5º), do contraditório e da ampla defesa em processo judicial e administrativo (inciso LV do art. 5º), e do acesso à via recursal em processo judicial e administrativo (inciso LV do art. 5º), dentre outros.

Observe-se que tratamos de colocar aspectos típicos do devido processo legal tradicionalmente aplicáveis ao processo judicial ao lado do chamado processo administrativo. É que a Constituição de 1988 tratou de estender também à esfera administrativa as garantias do contraditório e da ampla defesa, do "jugador/administrador natural", e do amplo acesso à via recursal. Com efeito, são vertentes do "due process of law", agora também aplicáveis ao processo administrativo. Não há dúvida, pois, que todo o conteúdo jurídico do devido processo legal deve, hoje, estender-se também ao processo administrativo. A professora LÚCIA VALLE FIGUEIREDO é firme sobre o tema:

"O amplo contraditório, felizmente, foi estendido também ao processo administrativo, no art. 5º, LV.. Parece-nos relevantíssimo que o texto constitucional assegure o devido processo legal, e é o primeiro texto constitucional que contém expressamente a obrigatoriedade, e não por acaso." (25).

Destarte, por força do raciocínio empreendido no tópico anterior, também em relação ao processo administrativo a aplicação do conteúdo jurídico do princípio do devido processo legal deverá ser a mais ampla possível, de sorte a assegurar ao administrado/contribuinte o pleno exercício de seus direitos fundamentais.

Com efeito, em relação ao processo administrativo, a plenitude da aplicação do princípio do devido processo legal tem justificativa até mesmo econômica. Afinal, não há motivo em se remeter o administrado/contribuinte para uma via mais onerosa e em muitos casos mais lenta, se seu pleito pode e deve ser resolvido na própria esfera administrativa. Assim, dando ao administrado/contribuinte a certeza de que seus pleitos serão apreciados com a mesma seriedade que seriam na esfera judicial, através do respeito e plena incidência do devido processo legal, um número fenomenal de feitos sequer seriam propostos perante o Poder Judiciário. Esta é, em resumo, a proposta do eminente professor ALBERTO NOGUEIRA. Confirmam-se suas precisas palavras:

“O que falta, a nosso ver, é uma estrutura administrativa confiável, principalmente no primeiro nível (Delegados da Receita Federal), que assegure ao contribuinte o devido processo legal, com maiores garantias de defesa, à semelhança do novo Código de Processo Tributário de Portugal. O sistema atual não atende aos requisitos do ‘contraditório’, ampla defesa e ‘meios e recursos a ela inerentes’ (CF, art. 5º, LV), desservindo aos contribuintes e ao próprio fisco, levando o conflito, freqüentemente, de logo, ao Judiciário, sem qualquer vantagem para ninguém. O contribuinte é forçado a contratar advogado e pagar custas judiciais para ver assegurado o seu direito de defesa. O Fisco, por seu turno, também arca com pesados encargos para o pagamento de pessoal qualificado (Procuradores, pessoal de apoio técnico e a própria máquina judiciária).” (26).

A plenitude da incidência do conteúdo jurídico do devido processo legal na esfera administrativa deve abarcar, por certo, também o amplo acesso às vias recursais, ao duplo grau de jurisdição administrativa. A professora LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, como sempre, enfrenta a questão com serena precisão:

“O direito ao ‘duplo grau’ é inerente ao contraditório e à ampla defesa, ou seja, o direito à revisão do decidido singularmente, quer seja de atos administrativos, que atinjam o administrado, quer seja em processo sancionatórios e/ou disciplinares. Remeter-se o administrado a via mais onerosa, quando a questão puder ser resolvida pela via administrativa, enfrenta uma série de princípios, tais como, do informalismo a favor do administrado, da verdade material, da economia processual e da gratuidade.” (27).

Destarte, contrariam o princípio constitucional do devido processo legal, em sua vertente da ampla defesa e do amplo acesso à via recursal, leis que exijam depósito prévio para que possa o administrado/contribuinte recorrer da decisão da primeira instância administrativa. A restrição ao norte claramente traçado pelo princípio do devido processo legal é evidente e injustificável. Finda por remeter de logo o contribuinte ao Poder Judiciário, quando o assunto ainda comportaria discussão na esfera administrativa.

Aliás, em matéria de processo administrativo tributário, por exemplo, tais leis parecem nascer na contramão da história. Com efeito, se em pleno período de ditadura militar, a garantia de instância na esfera administrativa foi extinta pelo Decreto-lei nº 822 de 05.09.69, é incompreensível que num regime que se pretende democrático seja instituída tal aberração, que fere de morte o princípio do devido processo legal.

Assim, já pelo que se disse até aqui, é de se concluir que o parágrafo 1º, que foi acrescentado pela Lei nº 9.639, de 25.05.98, ao artigo 126, da Lei nº 8.213, de 24.07.91, tendo instituído a lamentável garantia de instância, é incompatível com o alcance da cláusula do devido processo legal, devendo ser considerado, pois, inconstitucional, não obstante, d.m.v., as decisões do Egrégio Supremo Tribunal Federal em sentido contrário (28).

Em arremate, permitimo-nos transcrever as poéticas palavras do professor SÉRGIO FERRAZ:

“Por sem dúvida, a participação democrática no processo administrativo representa a verdadeira contraface do autoritarismo. É dizer, o tema radica-se fundamentalmente, na dramática e emocionante tensão dialética autoridade X liberdade. Em suma, o caminho da democratização não se perfaz somente com o regramento isonômico do processo administrativo, mas dele não prescinde... É curial que não basta, contudo, simples ‘arranjo’ formal, que simule um processo administrativo com equilíbrio de faculdades entre seus participantes: imperioso é que em seu próprio cerne material se reflitam tais propósitos éticos, tudo de molde a tornar o processo um verdadeiro bastião potencial de defesa do cidadão contra o Estado... Desbastar essa floresta virgem é uma das tarefas primordiais do jurista brasileiro.” (29).

Notas

1. “Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.” CRISAFULLI, apud BONAVIDES in Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 230.
2. *in Devido Processo Legal (Due Process of Law)*, p. 18.
3. “No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land.” (grifos nossos).
4. “None shall be condemned without trial. Also, that no man, of what estate or condicion that he be, shall be put out of land or tenement, nor

taken or imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought to answer by due process of law” (grifos nossos).

5. Na apresentação da reunião dos Artigos Federalistas, Isaac Kramnick, observa que “De 1776 a 1787, a América, sob os Artigos, não passou de uma frouxa aliança de Estados soberanos e independentes. O Artigo II dessa primeira Constituição americana declarava que ‘cada Estado conserva sua soberania, liberdade e independência’.” *In Os Artigos Federalistas*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1993, p. 09.

6. Conforme Bernard Schwartz, *in Direito Constitucional Americano*, nota nº 1, p. 416.

7. Apresentação da obra *Direito Constitucional Americano*, p. 09.

8. *in A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*, p. 92.

9. Ob. Cit., p. 140.

10. Ob. cit., p. 229.

11. *in A Era dos Direitos*, p. 24.

12. *in Ciência Política*, p. 338/339.

13. Ob. Cit., p. 24.

14. *in Discursos Parlamentares*, vol. XLII 1915, Tomo II, p. 231.

15. *in Brasil: de Getúlio a Castelo Branco, 1930-1964*, p. 21/22.

16. Eis o parágrafo 5º acrescentado ao artigo 60 da Carta Política de 1891, pela Emenda nº 5/26: “Nenhum recurso judiciário é permitido, para a justiça federal ou local, contra a intervenção nos Estados, a declaração do estado de sítio, e a verificação de poderes, o reconhecimento, a posse, a legitimidade e a perda de mandato dos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual; assim como, na vigência do estado de sítio, não poderão os tribunais conhecer os atos praticados em virtude dele pelo Poder Legislativo ou Executivo.”

17. Anota Thomas Skidmore que “Os observadores concordaram em que elas foram notavelmente honestas, comparadas com as de antes de 1930.”.

18. Ob. Cit., p. 43/44.

19. *in Princípios do Processo Civil na Constituição*, p. 40.

20. Sobre a diferença entre democracia formal e material, conferir excepcional artigo da lavra do professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, publicada na RDA nº 212, sob o título *A Democracia e suas Dificuldades Contemporâneas*.

21. MATTA, José Eduardo, *A Emenda do Judiciário - “Quem Garantirá as Garantias?”*, in Revista da Escola da Magistratura Regional Federal nº 2/2000, p.31/33.

22. *in Comentários à Constituição Federal Brasileira*, Coligidos e Ordenados por HOMERO PIRES, volume, IV, Livraria Acadêmica.

23. Neste sentido, propondo um aperfeiçoamento do Direito Processual Constitucional, através do reconhecimento de participação de outros seguimentos da sociedade na interpretação da norma constitucional, vale conferir a obra *Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e ‘Procedimental’ da Constituição*, de PETER HÄBERLE.

24. *in Direito Constitucional*, p. 1149.

25. *in Curso de Direito Administrativo*, p. 290.

26. *in O Devido Processo Legal Tributário*, p. 85.

27. Ob. Cit., p. 293.

28. Confira-se o teor dos Recursos Extraordinários nº 210.696, 210.243 e 210.192, 1a. Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, publicados no DJ 03.04.98 e Recursos Extraordinários nº 224.958 e 223.179, 2a. Turma, Relator Ministro Carlos Velloso e Maurício Correa, respectivamente, publicados no DJ 26.06.98.

29. *in Processo Administrativo e Constituição de 1988*, artigo publicado na RDP nº 1/93, p. 86.

Referências bibliográficas

ARRUDA, José Jobson de Andrade, *História Antiga e Medieval*, São Paulo, Ática, 1976.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *A Democracia e suas Dificuldades Contemporâneas*, in RDA nº 212.

BARBOSA, Rui, *Discursos Parlamentares - Obras Completas*, Vol. XLII 1915, Tomo II, Ministério da Educação e Cultura e Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1981.

_____ *Commentários à Constituição Federal Brasileira*, Coligidos e Ordenados por HOMERO PIRES, volume, IV, Livraria Acadêmica.

BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 9a. Edição.

BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, Malheiros, 7a. Edição, São Paulo, 1997.

_____ *Ciência Política*, Malheiros, 10a. Edição, 8a. tiragem, São Paulo, 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 3a. Edição, 1998.

FERRAZ, Sérgio, *Processo Administrativo e Constituição de 1988*, in RDP nº 1/93.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, 2a. Edição, São Paulo, 1995.

HÄBERLE, Peter, *Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a*

Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

NOGUEIRA, Alberto, *O Devido Processo Legal Tributário*, Renovar, Rio de Janeiro, 1995.

MADISON, James, HAMILTON, Alexander, JAY, John, *Os Artigos Federalistas*; Apresentação de Isaac Krannick; tradução Maria Luiza X. de A. Borges, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1993.

MATTA, José Eduardo, *A Emenda do Judiciário - "Quem Garantirá as Garantias?"*, in Revista da Escola da Magistratura Regional Federal nº 2/2000.

RODRIGUES, Lêda Boechat, *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*, Rio de Janeiro, Revista Forense, 1958.

SCHWARTZ, Bernard, *Direito Constitucional Americano*, Rio de Janeiro, Forense, 1966.

SILVEIRA, Paulo Fernando, *Devido Processo Legal (Due Process of Law)*, Belo Horizonte, Del Rey, 1996.

SKIDMORE, Thomas E., *Brasil: de Getúlio a Castelo Branco, 1930-1964*, tradução coordenada por Ismênia Tunes Dantas, 7a. Edição, Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1982.

A Independência e Harmonia dos Poderes, no Brasil de hoje*

*Marco Falcão Critsinelis***

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A relação humana com o poder. 3. A Teoria do Estado e suas principais correntes. 4. A onipotência do Estado. 5. As doutrinas de Hobbes, Locke, Rousseau e Maquiavel. 6. O conflito dos poderes. 7. O estado Pós-Moderno. 8. Conclusão.

1. Introdução

A temática sobre a independência e harmonia dos Poderes, no Brasil de hoje, encontra-se intimamente ligada à interpretação institucional da diretriz cravada no segundo artigo da Carta Constitucional que elenca o Legislativo, o Executivo e o Judiciário como órgãos máximos da República Federativa do Brasil, destinados a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais: a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, em especial na ordem interna, com as soluções pacíficas das

* Monografia apresentada no III Concurso Nacional promovido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, classificada em 18º lugar. Ano 1998, na Categoria Profissional.

** Juiz Federal da 4ª Vara de Volta Redonda/RJ.

controvérsias, conforme texto preambular do Texto promulgado em 1988.

Adotou-se a análise histórica dos institutos ligados à evolução do Estado e das relações humanas com o exercício do poder estatal, com o objetivo de dar suporte à conclusão de que a teoria da tripartição dos poderes, desde a revolução francesa até a presente atualidade já não mais existe como realidade fenomênica, em virtude da transnacionalização da economia neoliberal e da globalização econômica.

2. A relação humana com o poder

Cada corpo constante no universo é um planeta autônomo e vivo. O homem, na concepção materialista, integra tal visão. Todavia, este ser é espiritual, transformando-o em uma ilimitação paralela.

Só o homem, nos primórdios, conseguiu desmembrar as ciências do espírito em que redundaram as leis sociopolíticas do Estado. Distinguiu-se, *per viam consequentiae*, de todos os outros seres vivos, fazendo-o desembocar na paulatina evolução da história, à vista da valorização diária dos fatos que a compõem, sendo o senhor do seu destino.

Assim, pela razão, o homem determinou sua liberdade ao ciclo da vida universal, projetando-se no desconhecido, até hoje.

Os dois instintos natos: a procriação e a sobrevivência, foram desenvolvidos, não só visando a manutenção e perpetuação da espécie, mas primordialmente, para exercer o poder, como se compusessem a trilogia do seu próprio ser.

O presente trabalho aspira, em síntese, romper a metodologia das Teorias do Estado, tidas até então, para a humanidade como criador e criatura. Teorias que passaram, a partir de determinada fase histórica, a analisar o Estado e a sociedade como DEVER-SER, regulador de todas as relações humanas, não mais atentando para o SER, como mola propulsora da busca pela superação humana.

A história narrada, outra coisa não revela do que a luta pelo efêmero poder, desde os tempos das tribos primitivas até os gigantes estados da atualidade, poder que é pressentido instintivamente. “*Nos animais é que ganha coloração de racionalidade - ou irracionalidade racional - após o aparecimento do homem sobre a terra.*”¹

Não há dúvidas de que, na realidade, a doutrina pura do direito (*Reine Rechtslehre*), de KELSEN, apesar de sobejamente rechaçada, apresenta-se, hodiernamente, aflorada ao extremo, por necessidade vital do Estado em unificar-se ao ordenamento jurídico (*sunt unum et idem*) para resguardar sua própria subsistência, pelo fato de que a concepção filosófica de seu nascimento não é mais capaz de prover as necessidades, que justificaram sua criação.

O problema tem seus contornos bem definidos no que tange à possibilidade do Estado, corporificado nos homens detentores do poder, em formar a personalidade da sociedade atual, cuja diferença, sagazmente, incorporou-se ao brocardo “*conduta é honeste vivere. terum non laedere, suum cuique tribuere. direito é honeste al vive, alterum non laede, suum cuique trique*”.²

O trio inicial constitui ação. Ser virtuoso, não causar danos e retribuir são normas de conduta e de convivência. Sê virtuoso, não causes dano e retribui são proposições normativas.

De sorte que, à vista do Estado moderno, os viventes de seu território não necessitam da disjunção acima apontada, pois a cada dia o senso do moral está sendo podado pelas inúmeras cabeças que nascem no leviatânico produto legislativo jurídico por ele imposto.³

Procura-se, de sorte, semear uma nova concepção política do Estado, que, de certo, virá a repercutir, como lógico, no Direito, mais especificamente, nos aspectos setoriais, a transmutar as acepções daquele ente.

À vista do estágio atual do desenvolvimento social e político, tem-se como finda a história⁴, no que concerne à política.

Não se duvida que o comando comercial exercido pelas instituições bancárias mundiais e a globalização econômica⁵, na atualidade, fragmentou as soberanias internacionais e

subjugou as populações mundiais à reafirmação de um antigo paradigma: “O Sonho da América.”

3. A Teoria do Estado e suas principais correntes

SÓCRATES tomou como lema de sua filosofia “*conhece a ti mesmo*”, inscrito no frontispício do templo de Delfos.

De acordo com seu objetivismo ético, SÓCRATES aceitava a existência de leis não escritas, baseadas na reta da Divindade e refletidas na consciência humana. As leis positivas deviam fundamentar-se nessas leis não escritas e partilharem assim de seu caráter sagrado. Com crítica à democracia ateniense, entendia que os negócios públicos não podiam ser entregues ao primeiro eleito pela multidão ou designado pela sorte, como se fazia em Atenas. O lógico era entregar os negócios públicos a quem comprovasse a devida competência. Entregue à altíssima obra de formar espíritos retos e cidadãos virtuosos, aceitou a morte trágica, que iluminou a fé na imortalidade da alma e na justiça divina, pela qual não se há de responder à injustiça com a própria injustiça.⁶

PLATÃO, nas pegadas de SÓCRATES, uniu a política à filosofia, preconizando toda sua fundamentação no saber.

A República é uma utopia. PLATÃO imagina uma cidade que não existe, mas deve ser o modelo da cidade ideal. Inaugura, assim, uma sistemática comum no pensamento clássico, que, de uma maneira geral, é normativo, pois examina a questão do bom governo, do regime justo. Segundo ele, os homens comuns são vítimas do conhecimento imperfeito da opinião e, portanto, devem ser dirigidos por homens que se distinguem pelo saber.⁷

Todos os pressupostos do Direito Natural Clássico estão explícitos ou implícitos em PLATÃO: a universalidade, a objetividade, o relativismo humano e a consecução gradativa do justo. A razão passa a ser então a medida de tudo que possa ser perceptível pela inteligência. Nesse mundo racional, a justiça torna-se a virtude suprema, passando a ser, com a ordem, o fundamento da cidade. A ordem funda-se, assim, na lei, mas

esta, em vez de ser a expressão da vontade humana, é expressão da vontade divina. Em última análise, obedecer às leis é colocar-se em harmonia com a ordem do próprio cosmos, que se deriva de Deus. Não é por outra razão que a cidade para PLATÃO deve ser governada pelos sábios ou pelos filósofos sujeitos, mais do que quaisquer outros, ao próprio elemento racional.

ARISTÓTELES, em um dos seus livros mais célebres, "A POLÍTICA", define o homem como um animal político (*zoon politikon*). Tal definição resistiu aos séculos e chegou até nossos dias, pela força da verdade que traduz. Embora pagão, ARISTÓTELES deu à política a primazia entre as ciências, por ser o bem da cidade superior ao bem do indivíduo e indispensável ao melhoramento do próprio homem. Obviamente, a cidade é meio e não fim, proclamou realisticamente ARISTÓTELES, de acordo com a sabedoria política moderna. Para isso, deve o governo organizar-se sobre as bases de uma ordem fundamentada na lei, que deve ser imposta a todos, não só a governados como a governantes. O governo assim, deve ser de leis e não de homens. Para objetivar o bem da cidade e do homem, julga necessário o aprimoramento de suas virtudes capitais: a justiça e a equidade.⁸

A característica do homem, para ARISTÓTELES, é ser racional e possuir, por isto, o senso do justo e do injusto e da colocação, no estado, do interesse geral acima do interesse particular.

MARCO TÚLIO CÍCERO resume o seu pensamento político-jurídico nas suas obras⁹ e, embora não de rodo estranho à idéia volunrarista, considera o estado como uma necessidade natural. Mesmo que não seja consequência de um contrato, identifica-se com uma espécie de bem comum a uma sucessão de gerações. Quanto ao governo, tem como finalidade o bem estar do povo em geral, qualquer que seja a forma de sua organização, segundo os protótipos habituais.¹⁰

O Direito, de que se tornou Roma a grande porta-voz, a filosofia grega e a religião cristã posterior, em fusão admirável, tornaram-se os elementos basilares para a sólida construção do mundo ocidental.¹¹

4. A onipotência do Estado

A cidade havia sido fundada como uma religião e constituída com a igreja. Daí sua força. Daí, também, a sua onipotência e império absoluto que exercia sobre seus membros. Em sociedade estabelecida sobre tais princípios, a liberdade individual não podia existir. O cidadão estava, em tudo, submetido à cidade, sem reserva alguma. Pertencia-lhe inteiramente. A religião e o Estado sustentavam-se mutuamente e formavam um só corpo; esses dois poderes associados e vinculados constituíam um poder quase sobre-humano.

Nada do homem havia de ser independente. Seu corpo pertencia ao Estado e destinava-se à sua defesa. A vida privada, assim como as liberdades públicas, não fugia dessa onipotência do Estado.¹²

O Estado não admitia que ninguém permanecesse indiferente aos seus interesses, o filósofo, homem de estudos, não tinha o direito de viver isolado. Era sua obrigação votar nas assembléias e, por sua vez, exercer a magistratura quando necessário. Em certa altura, quando as discórdias se tornaram freqüentes, a lei ateniense não permitia sequer ao cidadão sua neutralidade, antes o obrigava a combater por um ou por outro partido; e a quem quisesse permanecer alheio às facções e se mostrasse calmo, a lei aplicava uma pena severa: A PERDA DO DIREITO DA CIDADANIA.¹³

O Estado considerava o corpo e a alma de cada cidadão como propriedade sua. Para tanto, queria que esse corpo e essa alma fossem moldados de modo a tirar o melhor partido deles.

Os antigos não conheciam, portanto, liberdade da vida privada, nem liberdade de educação, nem liberdade religiosa. A pessoa humana tinha muito pouco valor perante essa autoridade santa e quase divina que se chamava PÁTRIA ou ESTADO.

O Estado não tinha apenas, como em nossa sociedade moderna, direito de justiça em relação aos cidadãos. Podia punir sem que houvesse culpa, bastando que o interesse do Estado estivesse em jogo. Quando se tratava do interesse da cidade, nenhuma garantia se oferecia à vida do homem. A funesta

máxima de que a salvação do Estado é a lei suprema achou-se, assim, formulada pela antigüidade. Pensava-se que o direito, a justiça e a moral, tudo, enfim, devia ceder ante o interesse da pátria. Ter direitos políticos, como votar e nomear magistrados, a faculdade de ser arconte, a isto se chamou de liberdade, mas o homem, no fundo, jamais deixou de ser escravo do Estado.

5. As doutrinas de Hobbes, Locke, Rousseau e Maquiavel

A partir do século XVI até o século XVIII, duas idéias a respeito da relação estatal com os cidadãos se polarizaram: a idéia de estado de natureza e a idéia de contrato social.¹⁴

Na obra de THOMAS HOBBS, que se tornou famosa dentro do contratualismo, apareceu o "LEVIATHAN". O estado de natureza é caracterizado por um estado de guerra perpétua: *homo homini lupus*. O homem é lobo do homem, não trazendo em si nenhuma marca de animal social. Mas o homem deve buscar a paz durável, que deve por fim ao estado de natureza. Todos os membros da sociedade devem, por isso, esquecer os seus direitos e entregar-se a uma vontade superior, que se torne realmente soberana. Dá-se então um duplo contrato: os indivíduos se associam entre si e concordam em perder os próprios direitos em favor do soberano e este contrato primário dá origem ao Estado que passa a concentrar em si todos os caracteres do poder soberano, estabelecendo-se um pacto secundário.

Se é verdade que o soberano de HOBBS é juridicamente irresponsável e injustificável, não é menos verdade que isso se dá por uma transferência de poderes do indivíduo para o soberano, levada a efeito pela vontade daquele e no seu próprio interesse, tanto assim, que o soberano fica depois obrigado a exercer seus poderes em benefício dos indivíduos.¹⁵ A máxima dos que governam é, por isso, segundo a sistemática de HOBBS, a de que: A SALVAÇÃO DO POVO DEVE SER A LEI SUPREMA.¹⁶

Para JOHN LOCKE, no estado de natureza, os homens possuem um certo número dos direitos deduzidos racionalmente da lei natural: a liberdade, a igualdade, o direito de propriedade e o poder paternal. Mas se os homens são naturalmente iguais, livres e independentes, não se pode tirá-los desse estado sem seu expresso consentimento. Daí a necessidade do contrato.

Para LOCKE o homem nasce para o estado selvagem mas este não lhe é definitivo - sendo, antes, transitório e precário. *“Para a sua desgraça, os homens possuem duas faculdades: a liberdade de aquiescer ou de resistir, e a faculdade de se aperfeiçoar.”*¹⁷

LOCKE vai estabelecer a distinção entre sociedade política e a sociedade civil, entre o público e o privado, que devem ser regidos por leis diferentes. Assim, o poder político não deve, em tese, ser determinado pelas condições de nascimento, bem como o Estado não deve intervir, mas sim garantir e tutelar o livre exercício da propriedade, da palavra e da iniciativa econômica.¹⁸

Outro grande filósofo que contribuiu muito com a justificação do Estado foi JEAN-JACQUES ROUSSEAU, que valorizava demasiadamente os sentimentos num ambiente sobremaneira racionalista. Também não via com otimismo o desenvolvimento da técnica e do progresso, contrapondo à civilização o ideal do estado selvagem. Suas principais idéias estão nas obras “DISCURSO SOBRE A ORIGEM DA DESIGUALDADE ENTRE OS HOMENS” e no “CONTRATO SOCIAL”.¹⁹

Com NICOLAU MAQUIAVEL começa a existir a ciência política como a entendemos hoje. Ao explicar “como o homem deve agir,” cria sistemas utópicos e pugna pela procura da verdade efetiva, ou seja, “como o homem age de fato” - *verità effettuale*.

As conclusões de MAQUIAVEL se baseiam em induções resultantes da abordagem histórica da antigüidade, sobretudo de Roma antiga. Esses estudos levam-no à constatação de que os homens sempre agiram pelas formas da corrupção e da violência. Partindo do pressuposto de uma natureza humana capaz do mal e do erro, analisa a ação política

sem se preocupar em ocultar hipocritamente “o que se faz e não se costuma dizer”. A ciência política só tem sentido se propiciar o melhor exercício da arte política. Trata-se do começo da ciência política, da teoria e da técnica da política, entendida como disciplina autônoma.

MAQUIAVEL representa tendências políticas de sua época, quando se formaram as monarquias nacionais. Por isso, esboça na obra “O PRÍNCIPE” o perfil do governante. O pensamento de MAQUIAVEL tem sentido relevante na medida em que ele expressa uma tendência fundamental da sua época, ou seja, a pseudodefesa do absolutismo do estado e a valorização de uma política secular.²⁰

Essas considerações e apontamentos perfunctórios sobre a história das doutrinas sobre a eterna e conflituosa relação do Estado com os seus cidadãos servem como espelho básico do mérito da teoria do estado, particularizada na doutrina da tripartição de poderes.

6. O conflito dos poderes²¹

Em que pese o fato de a teoria da independência dos Poderes ter sido cogitada desde os idos da Grécia Clássica, pelas manifestações de ARISTÓTELES e POLÍBIO, com tratamento mais científico a partir dos trabalhos de CROMWELL, JAMES HARRINGTON, JOHN LOCKE e BELINSBROKE, já no século pretérito, passou, efetivamente, a ser acolhida pelo mundo moderno na obra de CHARLES DE SECONDAT MONTESQUIEU, “*De L'Esprit des lois*”.

Através de experiências, obtidas em suas viagens através de diversos países, em especial a Inglaterra, teve oportunidade de perceber o funcionamento da máquina governamental, traçando os perfis básicos da novel doutrina.²²

Assim é que, desde sempre, o homem necessitou satisfazer a insegurança de seu foro íntimo, fazendo exsurgir de sua força intelectual um ente abstrato que deveria submeter-se também aos ditames de limitações por ele imaginados,

impedindo-o, assim; de poderes ilimitados. A essa abstracção deu-se a denominação de Estado de Direito.²³

Por tais motivos, primordialmente, ao nosso juízo, a obra de MONTESQUIEU teve repercussão imediata no sentimento dos povos, revolvendo a ciência política até então aplicada e recebida de forma perceptível para o espírito dos homens. A doutrina da separação dos Poderes sempre teve como destinatários os cidadãos e não as pessoas que exercem o comando dos respectivos órgãos. A ameaça à democracia alvejada pela tripartição dos poderes, portanto, reside na realização impessoal do exercício do poder estatal pelo primado da economia.

Assim se depreende que, o Estado de Direito é, antes de tudo, um direito natural do homem, considerado individualmente, para ser, em um segundo plano, uma qualidade do Estado instituído, visando a garantia da convivência pacífica de uma sociedade.²⁴

Tal assertiva se faz em face da justificação da existência estatal, qual seja, a satisfação de uma necessidade vital do espírito do homem, ponto nodal que motivou o elo perdido em dar o primeiro passo para divorciar-se do corpo animal.

A par disso, desenvolveu-se a teoria dos FREIOS E CONTRAPESOS, ou no original, *check and balances*, cujo cerne podemos encontrar na coletânea de trabalhos de JAMES MADISON, ALEXANDRE HAMILTON e JOHN JAY, que mais tarde deu origem ao livro "O FEDERALISTA", onde consta a preocupação da aplicação do novo modelo constitucional americano pelos homens.²⁵ *Ad instar*, o cerne de tal preocupação, desde a implantação da teoria da separação dos poderes, foi a limitação do exercício das funções máximas dos Poderes estatais, visando impedir a ação da natureza humana sobre esse ente social, político e jurídico e a degeneração na realização do fim propugnado pela doutrina do Estado.²⁶

De sorte que, infelizmente, o próprio homem foi obrigado a desgastar intelectualmente suas disponibilidades, sem dar-se conta dos efeitos patrimoniais lesivos à comunidade, para desenvolver métodos de defesa contra condutas de seus

outros pares, suturando, sempre e sempre, as feridas de suas negativas experiência no convívio social, verdadeiras cobaias desses devaneios.

Assim é que obrou “evoluir” até desembocar no estágio atual, concentrando-se, mais e mais, no aperfeiçoamento de LIMITAÇÕES, deixando ao acaso as proposições científicas da autonomia e harmonia dos poderes, criando controle do alto escalão até a mais simplista das atividades burocráticas de cada ente. E, as sentinelas da história testemunham que, a cada limitação imposta, sobreveio, como conseqüência, a preponderância de um poder sobre o outro, conforme conveniências políticas que flutuaram no tempo e, a final, redundaram nas revoluções ministradas pela humanidade.

As aludidas revoluções tiveram por fim romper um estado cíclico de uma GERAÇÃO que manteve determinado Poder em voga, durante o espaço temporal daquelas conveniências.

E nem se diga que a elevação de determinado Poder, em específica época, visou a satisfação de anseios democráticos²⁷, vez que, prepotente um dos Poderes de uma nação, onipotente o Direito regulador da vida social²⁸, na medida em que representa interesses de minorias em detrimento das maiorias, na eterna luta econômica entre o capital e o trabalho.

E, para tanto, apesar de os protagonistas desta tomada de poder proclamarem suas atitudes baseados no mais puro ideal democrático, com a invocação da proteção divina, inclusive; na verdade, pode-se rebuscar gerações passadas que exprimiram verdadeiro espectro absolutista, sintetizadas na célebre frase de Luis XIV - “*L'etat cest moi*”, na burguesia que o sucedeu e no comunismo de Stalin. Aliás, experiências negativas mais recentes poderiam servir de exemplo, até mesmo sob a forma presidencialista de governo²⁹.

Com efeito, PAULO BONAVIDES, sobre as sucessivas gerações de direitos acima, fez coincidi-las com os desideratos da revolução francesa, nas palavras - marco: *liberté, égalité e fraternité*, querendo crer, com muita propriedade, que os respectivos sentimentos expressados interagiram particularmente com os

correlatos poderes estatais que se sobrepueram, uns aos outros, durante o curso de cada geração.³⁰

Não desmerecendo esse profícuos argumentos, com maior felicidade, o juiz NAGIB SLAIBI FILHO apontou a identificação dos poderes estatais com as gerações aludidas atrás, partindo da assertiva de HEGEL que proclamara que “*a história é a consciência progressiva da liberdade*”.

De sorte que, culmina o citado magistrado, na atualidade da geração vivenciada pelos direitos fundamentais e as funções dos Poderes, vivemos a terceira geração, cujos direitos fundam-se na fraternidade (a *fraternité* da revolução francesa), que almeja o Estado do bem-estar social - ou o “*Welfare State*” de BURDEAU, através da senrença (*lato sensu*) como prestação jurisdicional de mérito proferida pelo Judiciário.³¹

Destarte, como se demonstrou nas remissões trazidas, sempre houve uma guerrilha no plano funcional dos Poderes, retratando-se, no aspecto temporal, preponderância governamental de um sobre os dois outros Poderes, dentro da teoria da tripartição de MONTESQUIEU, sendo certo, contudo, que o Poder Judiciário, inobstante comandar a atual terceira geração, sempre se manteve de certa forma incólume às sujeições que os outros Poderes lhe impunham, fazendo prevalecer sua independência, talvez porque existam características peculiares à inter-relação das funções do sistema judiciário que não oscilam à vista de interferências da política.³²

Assim é que, a questão da teoria do estado atual encontra-se na última etapa do desgaste do homem sobre uma instituição - a doutrina da Separação dos Poderes.

Sem qualquer conotação político-partidária, aqui fala-se em “homem” no sentido de classe dominante sobre a classe dominada, conceito que já integrou a definição de estado na era Marxista e que, indubitavelmente, integra-o atualmente, *ex vi* a realidade que retrata uma ditadura social, decorrente da democracia, ao revés da ditadura armada, temário que leva as outras doutrinas jurídico-sociais.

De tal sorte que, a inventiva da criação do homem em controlar, de forma acurada, os seus outros pares, também

integrantes do poder partilhado, paulatinamente, fez com que a doutrina do Estado de FIM se convertesse em MEIO, anomia denominada DISFUNÇÃO, em contraste com suas efetivas FUNÇÕES,³³ gerando perda de eficiência e do vínculo de eficácia, em razão da carência de provisão aos insumos originários do ambiente social (realidade).

De efeito, principalmente na ordem jurídica, a realidade social é o motivo que antecede às mutações e às restaurações que se pretenda fazer na vida jurídica, política e social, sob pena de ausência do respectivo suporte de legitimidade.³⁴

Por derradeiro, a disfunção decorrente dos conflitos dos Poderes sobre o poder, vem afetando sobremaneira o exercício da soberania estatal que deveria irradiar-se sobre todas as camadas sociais, impedindo a formação de governos paralelos, com soberania própria, dotados de poder de mando sobre as pequenas células do corpo estatal.³⁵

7. O Estado Pós-Moderno

A tendência moderna do estudo setorizado de instituições próprias do Estado, em virtude da complexidade dos fenômenos conjunturais da sociedade, tem levado à redução da cosmovisão no aperfeiçoamento das mesmas, já que suprime uma das facetas primordiais à compreensão e conseqüente evolução científica da organização sistêmica.

De sorte que, a preocupação com a solução dos conflitos sociais, a redução das desigualdades material e formal, enfim, o cumprimento de todo o complexo das funções do Estado, imprimindo-se apenas a regulação através de leis, tende a um ESTADO DE LEGALIDADE³⁶, cuja ineficácia se atesta em face da dissensão na matriz organizacional do ente estatal, como estrutura orgânico-funcional do poder.

Assim é que, a legalidade implica um sistema jurídico no qual a Constituição encontra-se no ápice, contaminando as demais normas subalternas com sua legitimidade. Esta entendida na ótica do cidadão, de satisfação de suas

necessidades e na consciência social da realização da justiça, não somente no sentido da prestação jurisdicional, mas na relação harmônica que deve existir entre o ESTADO e um SENTIMENTO COLETIVO FUNDAMENTAL, cujo único meio para ser viabilizada é o DIREITO, e não apenas a lei.

“O Direito autêntico não é apenas o declarado, mas reconhecido, e vivido pela sociedade, como algo que se incorpora e se integra na sua maneira de conduzir-se.”³⁷ O direito não pode declinar porque é um valor eterno, e o sentimento de justiça está no fundo social do povo, assim como sentimento de liberdade e o instinto religioso nascem com o homem, o de justiça lhe é tão natural e essencial como o ar; que, quando chega a faltar, torna impossível a continuidade da vida, o que declinou não foi o direito, e sim a consciência da responsabilidade social que o jurista (aqui deve-se ler o homem público) deve ter. O que se dá é uma crise de caráter, de valor moral e de sentido heróico de vida.”³⁸

Nesse diapasão, imprescindível afigura-se o meio de interação entre a produção das funções do Executivo, do Legislativo e do Judiciário dentro da atual realidade, o estágio que se denomina pós-moderno³⁹ e que imprime às teorias da separação dos Poderes novos contornos⁴⁰.

Na verdade, hodiernamente, ocorre a mudança no paradigma político-social, em razão da reorganização do setor de produção, percebida numa série de técnicas e estratégias para ajustarem-se à permeabilidade do atual conceito de fronteiras geográficas das soberanias⁴¹, retratadas pela competitividade, produtividade, reengenharia, *downsizing*, *empowerment*, *global source*, trabalho em *team*, *customer driven production*, *just in time*, empresa virtual, *benchmark*⁴².

8. Conclusão

A par da inesgotável doutrina que rompeu o ciclo histórico da evolução da teoria tripartite da separação dos Poderes, temos que o pragmatismo das relações políticas atuais impinge a análise da questão relativa à independência e harmonia dos Poderes da

República do Brasil com a reformulação dos fins preconizados pela referida doutrina, notadamente no que tange ao controle recíproco das funções estatais.

Diante disso, a independência dos Poderes retrata, tão-somente, o exercício da função ínsita a cada Poder, por intermédio de sua estrutura burocrática, hierarquicamente sobposta sobre a cúpula de cada órgão máximo dos três Poderes.⁴³

De outro lado, a harmonia preconizada pela doutrina de LOCKE e MONTESQUIEU e difundida no seio das constituições ocidentais, nada mais é do que a expressão da teoria ditada pela organização original do Estado Americano, relativamente aos freios e contrapesos (*balance of powers*), ou seja, o controle recíproco, a fim de se evitar o arbítrio de um deles.⁴⁴

Entretanto, o exercício do neoliberalismo e a prática da linguagem pós-moderna, os fenômenos da transnacionalização colocam novos desafios ao direito constitucional e à teoria das normas que lhe está subjacente.⁴⁵

A separação de poderes, ao contrário dos fatos que embasaram o surgimento do Estado liberal, não conserva apenas a sua feição de antídoto para a limitação dos apanágios do governantes, mas ao lado desta característica, assoma como sistemática de eficiência estatal em sua ação.

No particular do Poder Legislativo, maior agilidade na fiscalização da atividade financeira da administração e na elaboração de leis de regência da sociedade. Quanto ao Executivo, a dinâmica estatal contemporânea exige plataforma política voltada à justiça distributiva⁴⁶, com expedito substancial à estrutura da sociedade civil, no que tange ao fornecimento de condições de acesso à educação, saúde, segurança pública, assistência e seguridade social.

Ao Judiciário, no limiar da transição para a era pós-moderna e na complexa sociedade tecnológica de nossos dias, as atividades de controle mudam de vetor, deixando de voltar-se primordialmente para o passado para ocupar-se do futuro, vindo o Juiz a exercer, pelo clamor social, uma função socioterapêutica, liberando-se do apertado condicionamento

da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades política das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade.⁴⁷

Dessarte, a crise dos Poderes na atualidade brasileira decorre, essencialmente, da perda da diretriz social, cujo primado da fraternidade, como paradigma social da época contemporânea, é a diretriz protetiva dos direitos da terceira geração. É, enfim, o único meio de equilíbrio entre a democracia e os efeitos transnacionais da globalização econômica.⁴⁸

Em suma, findou o estágio da humanidade com relação aos dogmas da liberdade, igualdade e fraternidade. E com ele morreu nosso documento corporificado como Constituição.⁴⁹

No Brasil, atualmente, falar-se sobre os Poderes da República insta averiguar se os representantes governamentais têm a sensibilidade da consciência dos princípios superiores e inatos à pessoa humana, uma vez que o texto escrito no documento sublime da República do Brasil não expressa um comando restrito em si mesmo. Porém, representa mero instrumental para a realização de sobreprincípios⁵⁰ democráticos, cujos conceitos encontram-se no intróito da Carta, como se anotou linhas atrás.⁵¹

Diante do quadro revelado pela atualidade e com o fim do ciclo das três gerações historicamente desenvolvidas após a revolução francesa de 1789, afigura-se sem conclusão o destino da retórica doutrina da separação dos poderes, na expectativa do ressurgimento de um novo ciclo decorrente das novas gerações tecnológicas e econômicas.

Em suma, a reflexão sobre a gênese do estado moderno é, nos clássicos, o caminho de uma ampla reflexão sobre a gênese da sociedade moderna e o exercício da interpretação das normas constitucionais temperado com o sentimento humanístico, até porque, em política, interpretar é sempre um exercício de liberdade.

Disse alguém que *“A desgraça dos que não se interessam por política é serem governados pelos que se interessam”*⁵².

Abstract

The present work had as objective to establish the actual configuration of the theory of the separation of the Brazilian Republic Powers and to what extend. The model presented by Locke and Montesquieu became inapplicable in the face of neo-liberal economy and the globalization. The course of human relation with the power through the philosophical chains of the state theory and the extent of the state intervention on the private and social life was verified. The conflict between the independency and the harmony of the Executive, Legislative and Judiciary Powers were enhanced during the progressive course of history and its causes. The practice of mutual control among the powers suppressed the state efficiency avoiding the contentment of the necessities and public liberties turning the Federal Constitution into an inefficient instrument to the plenitude of a fraternal society.

Notas

¹ *A Separação dos Poderes no Brasil*, in Curso Modelo Político Brasileiro, Ed. PRND - Programa Nacional de Desburocratização do IASP \ Institutos dos Advogados de São Paulo, 1985, v. 4, pág. 1.

² KANT, *Introdução à Teoria do Direito*, tradução do alemão e introdução por Felipe Gonzalez Vicen, Madrid, 1954, pág.95, citado por Eduardo J. Couture. *Interpretação das Leis Processuais*. 2ª edição. RJ: Forense, 1993, p. 153.

³ Com efeito, na magnitude do jurista brasileiro, no exercício de múnus político, temos a retratação da realidade dos dias vividos, na profundidade dos dizeres do ministro Célio Borja, *verbis*: “As nações começam a arruinar-se quando elas não são capazes mais de distinguir regra ética da norma jurídica, juridicismo este mal do nosso tempo que quer reduzir tudo à perspectiva da lei, é que está levando a nação brasileira à ruína moral. Rigorosamente a nação se arruina porque já não existem regras morais, nem regras éticas

obrigatoriamente observáveis nem na função pública, nem na vida particular.” (Mandado de Segurança nº 21.360-4/DF, acórdão publicado em 22.04.93).

⁴ Desde a queda do Muro de Berlim, marco da atualidade que rompeu o conforto dos regimes capitalistas e socialistas, cujos blocos eram liderados pelos Estados Unidos da América e pela União Soviética, asseverou Fukuyama, uma das maiores autoridades sobre o assunto, que a história do mundo havia terminado.

⁵ Assim, todo o serviço estatal estará, futuramente, subordinado aos interesses e controle do “Big Government”, do “Big Business”. Advertindo EUGENIO RAUL ZAFFARONI que, *“dentro da relatividade do mundo, a impossibilidade do ideal não legitima a perversão do real”*.

⁶ De Sócrates temos a seguinte poesia: *“é preciso que os homens bons respeitem as leis más, para que os maus não aprendam a desrespeitar as leis boas.”*

⁷ Platão comungava com o posicionamento teórico de valorização da reflexão filosófica, o que o levou a conceber uma “sofocracia” (etimologicamente, “poder de sabedoria”).

⁸ A justiça que no fundo é a igualdade entre coisas ou pessoas, significa proporção entre o que é recebido e o que é dado, dividindo-se em justiça comutativa, justiça distributiva e justiça legal. As duas primeiras baseiam-se na igualdade e na proporcionalidade, A última baseia-se na equidade, que é seu complemento indispensável, adequação e adaptabilidade da lei ao caso concreto. A justiça legal ou social humaniza o direito na base da equidade. A lei, escrita ou não, fruto da experiência coletiva, é superior a qualquer preceito individual, por mais justo que seja; é ela que permite que a obediência a outro homem se compatibilize com a dignidade do homem livre que obedece.

⁹ Com fortes influências pós-aristotélicas, sofreu especialmente o influxo estoíco, que recebeu de POSIDÔNIO, seu mestre.

¹⁰ *“A missão do Magistrado consiste em governar segundo decretos justos, úteis e conforme as leis. Pois assim como as leis governam os*

magistrados, do mesmo modo os Magistrados governam o povo, e com razões pode dizer-se que o Magistrado é uma lei falada ou que a lei é um Magistrado mudo. Logo, não há nada tão conforme o direito e a ordem da natureza, e deveis concordar que, para mim, essas expressões são sinônimas de lei, que qualquer Poder sem isso não conseguirá fazer subsistir uma casa, uma cidade, uma nação, nem a humanidade, a natureza ou o próprio universo. Mas, voltemos ao tema que mais se aproxima de nós e que conhecemos melhor; todas as antigas nações tiveram uma época em que foram sujeitas a Reis. Essa forma de mando confiava, então, aos homens mais justos e mais sábios, e isso aconteceu particularmente em nosso Estado, enquanto nele durou o sistema monárquico. Por isso precisamos de Magistrado, pois sem sua prudência e sua vigilância, o Estado não pode existir e todo o equilíbrio da República depende do modo como se organizam suas funções. Mas não basta prescrever-lhes normas de governo, também temos de fixar para os cidadãos regras de obediência.”

¹¹ No livro “A REPÚBLICA”, as várias formas de governo são analisadas à luz do ecletismo filosófico, com as seguintes ilações: “XXXII - Quando, uma cidade, dizem alguns filósofos, um ou muitos ambiciosos, podem elevar-se, mediante a riqueza ou o poderio, nascem os privilégios de seu orgulho despótico, e seu jugo arrogante se impõe à multidão covarde e débil. Mas quando o povo sabe, ao contrário, manter suas prerrogativas, não é possível a esses encontrar mais glória, prosperidade e liberdade, porque, o povo permanece árbitro das leis, dos juizes, da paz, das guerras, dos tratados, da vida e da fortuna de todos e de cada um, então, é a coisa pública a coisa do povo. Dizem, também, que com frequência se viu suceder à monarquia, à aristocracia, o governo popular, ao passo que nunca uma nação livre pediu reis nem patronatos de aristocracias. E negam verdadeiramente que convenha repudiar totalmente a liberdade do povo ante o espetáculo daqueles mesmos que levam ao excesso sua indisciplina. Quando reina a concórdia, nada existe mais forte, nada mais duradouro do que o regime democrático, em que cada um se sacrifica pelo bem geral e pela liberdade comum. Pois bem: a concórdia é fácil e possível quando todos os cidadãos colimam um fim único; as dissensões nascem da diferença e da rivalidade de interesses. Sendo a lei o laço de toda a sociedade civil, e proclamando seu princípio a comum igualdade, sobre que base se assenta uma associação de cidadãos cujos direitos não são os mesmos para todos? Se não se admite a igualdade da fortuna, se a igualdade da inteligência é um mito, igualdade dos direitos parece ao menos obrigatória entre os membros de uma mesma

República. Que é pois, o Estado, senão uma sociedade para o Direito?"

¹² Em Roma, o serviço militar era obrigatório até aos quarenta e seis anos de idade; e, em Atenas e Esparta, por toda a vida. Sua fortuna estava sempre à disposição do Estado, se a cidade precisasse de dinheiro, podia-se ordenar às mulheres que entregassem jóias; dos credores que se lhe privassem o crédito; aos proprietários de olivais que cedessem, gratuitamente, o óleo que tinham fabricado.

¹³ Há na história de Esparta um fato que PLUTARCO e ROUSSEAU muito admiravam. Esparta acabara de ser derrotada em Leuctra, onde muitos de seus cidadãos haviam perecido. A essa notícia, os pais dos mortos tiveram de aparecer, em público, com semblante alegre. Assim, a mãe que sabia ter seu filho escapado do desastre, ao tornar a vê-lo, demonstrava seu pesar e chorava. Aquela que tinha certeza de nunca mais voltar a ver seu filho, testemunhava alegria e percorria os Templos agradecendo aos Deuses. Tal era o poder do Estado que ordenava a inversão dos sentimentos naturais e, mesmo assim, era obedecido!

¹⁴ No estado de natureza concebe-se os homens livres e iguais, dele só se podendo sair por intermédio de um contrato, fruto de sua livre vontade. Do contrato nasce a possibilidade da resistência ao rei, quando é aquele desrespeitado, sobretudo, quando se desrespeita a lei divina. A resistência, no caso, passa a ser verdadeiro dever sagrado.

¹⁵ Para HOBBS o Estado não é uma realidade natural, mas apenas jurídica. Sabemos que ele se insurgira mesmo contra a natureza social do homem. O Estado é apenas uma sociedade contratual. A disciplina é que torna o homem sociável e não a natureza.

¹⁶ *"Se no estado de natureza não há propriedade, nem domínio, nem distinção entre o meu e o teu, no estado de soberania a liberdade dos súditos está naquelas coisas que o soberano permitiu, como a liberdade de comprar e vender, ou de outro modo realizar contratos mútuos, de cada um escolher sua residência, sua alimentação, sua profissão, de instruir seus filhos conforme achar melhor e coisas semelhantes. Portanto, o Estado se reduz a garantia do conjunto dos interesses particulares."* (Hobbes, Thomas, "Leviatã". SP: Coleção "Os Pensadores", 1974, p. 80/135). HOBBS usa a figura bíblica de um monstro, o

LEVIATÃ, que representa um animal monstruoso e cruel, mas que de certa forma defende os peixes menores de serem engolidos pelos mais fortes. É essa figura que representa o estado, um gigante cuja carne é a mesma de todos os que a ele delegaram cuidado de os defender.

¹⁷ O ponto crucial do pensamento de Locke é que os direitos naturais dos homens não desaparecem em consequência desse consentimento das pessoas em instituir o corpo político, mas na existência de subsistema para limitar o poder soberano, justificando, em última instância, o DIREITO À INSURREIÇÃO: *“o poder é um trust, um depósito confiado aos governantes.”* Trata-se de uma relação de confiança e, se estes não visarem o bem público, é permitido aos governados retirá-los e confiá-los a outrem.

¹⁸ *“O objetivo grande e principal, portanto, da união dos homens em comunidade, colocando-se eles sob o governo, é a preservação da propriedade. Para este objetivo, muitas condições faltam no Estado de Natureza. Primeiro, falta uma lei estabelecida, firmada, conhecida, recebida e aceita mediante consentimento comum, como padrão de justo e injusto e medida comum para resolver quaisquer controvérsias entre os homens, porque, embora a lei da natureza seja evidente e inteligível para todas as criaturas racionais, entretanto os homens, sendo desviados pelo interesse bem como ignorantes dela porque não a estudam, não são capazes de reconhecê-la como a lei que os obrigue nos seus casos particulares. Em segundo lugar, no estado da natureza falta um juiz conhecido e indiferente com a autoridade para resolver quaisquer dissensões, de acordo com a lei estabelecida; porque, sendo cada homem, nesse estado, juiz e executor da lei da natureza, sendo os homens parciais para consigo, a paixão e a vingança podem levá-los a exceder-se nos casos que os interessam, enquanto a negligência e a indiferença os tornam por demais descuidados nos casos de terceiros. Nós temos por testemunho as seguintes verdades: todos os homens são iguais. Foram aquinhoados pelo seu Criador com certos direitos inalienáveis e entre esses direitos se encontram o da vida, da liberdade e da busca da felicidade.”* (Locke, John. Segundo Tratado Sobre o Governo. Coleção “Os Pensadores”. RJ: Abril Cultural, 1973, p. 88 e segs.).

¹⁹ Na visão do Contrato Social, para ser legítimo, deve se originar do CONSENTIMENTO necessariamente unânime. Cada associado se aliena totalmente, ou seja, abdica sem reservas de

todos os seus direitos em favor da comunidade. Mas, como TODOS, abdicam igualmente, na verdade, cada um nada perde, pois “*ESTE ATO DE ASSOCIAÇÃO PRODUZ, EM LUGAR DA PESSOA PARTICULAR DE CADA CONTRATANTE, UM CORPO MORAL E COLETIVO COMPOSTO DE TANTOS MEMBROS QUANTOS SÃO OS VOTOS DA ASSEMBLÉIA E QUE, POR ESSE MESMO ATO, GANHA SUA UNIDADE, SEU ‘EU’ COMUM, SUA VIDA E SUA VONTADE. A OBEDIÊNCIA À LEI QUE SE ESTATUI A SI MESMO É LIBERDADE*”.

²⁰ Temos ainda sobre pensamento de MAQUIAVEL: “*Se o indivíduo, na sua existência privada, tem o direito de sacrificar o seu bem pessoal imediato e até sua própria vida a um valor moral superior, ditado pela sua consciência, pois em tal hipótese estará empenhado apenas seu destino particular, o mesmo não acontece com o homem de Estado, sobre o qual pesam a pressão e a responsabilidade dos interesses coletivos, este, de fato, não terá o direito de tomar uma decisão que envolva o bem estar ou a segurança da comunidade, levando em conta tão somente as exigências da moral privada, casos haverá em que terá o dever de violá-la para defender as instituições que representa ou garantir a própria sobrevivência da nação.*”

²¹ “*Partimos da palavra PODER, que recebe duas acepções: no sentido orgânico, entendemos como uma repartição pública do poder estatal, concentração institucional de aspectos da soberania. É o pouvoir da língua francesa. No sentido funcional é uma maneira de executar-se poder público, a puissance do idioma francês. Daí decorre a possibilidade de classificarmos poderes tanto sob um aspecto orgânico como sob o critério funcional. No corpo estatal distinguimos os dois fenômenos, estudados pelo Direito Constitucional e pelo Direito Administrativo.*” (Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *Curso de Direito Administrativo*. RJ: Forense, 1983; 4a. ed. p.14).

²² Trazemos à colação as seguintes ponderações do escritor francês: “*Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a*

vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos príncipes ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três Poderes. O de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos. A liberdade política num cidadão é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião de cada um possui de sua segurança, e para que se tenha esta liberdade, cumpre que o Governo seja de tal modo, que um cidadão não possa temer outro cidadão.” (*O Espírito da Lei*. Ed. 1973, vol. XXI. RJ: Abril Cultural, p. 157).

²³ “O Estado de Direito poderá ser caracterizado, em sua essência, como aquele Estado submetido ao Direito, aquele Estado, cujo poder e atividade estão regulados e controlados pela lei, direito e lei entendidos, nesse contexto, como expressão da vontade geral.” (Elias Dias. *Derecho y Sociedad Democrática*, apud Inocêncio Mártires Coelho. *Perfil Constitucional do Estado Contemporâneo: o Estado Democrático de Direito*, publicado na Revista de Informação Legislativa, ano 30, nº 118, p. 7, ano 1993).

²⁴ Indiscutivelmente, o Estado de Direito encontra-se ligada à própria teoria da evolução humana, na medida em que o *welfare state* conjuga, dentre outra gama de fatores, além da paz social, a justiça social distributiva de condições básicas. “Uma consequência importante e totalmente nova decorre do que relatei: é que não somente a saúde do homem, mas também a sua estatura dependem em parte do grau de civilização, prosperidade e sofrimento público. Na verdade, muito freqüentemente os governos poderiam aumentar o tamanho médio dos homens que lhe são submissos, se por acaso usassem todo o seu poder em prol da felicidade de todos.” (L.-R. Villermé, citado por Jean-Claude Chesnais. *A Vingança do Terceiro Mundo*, tradução A. Bastos, Rio de Janeiro, Espaço e Tempo, 1989, pág. 99).

²⁵ “A fim de criar os devidos fundamentos para a atuação separada e distinta dos diferentes poderes do governo - o que, em certo grau, é admitido por todos como essencial à preservação da liberdade - é evidente que cada um deles deve ter uma personalidade própria e, conseqüentemente, serem de tal maneira constituídos que os membros de um tenham a menor ingerência possível na escolha dos membros dos outros. Se o magistrado executivo ou os juizes não forem

independentes do legislativo neste particular, a independência sob qualquer outro aspecto será meramente nominal. A ambição será incentivada para enfrentar a ambição. Os interesses pessoais serão associados aos interesses constitucionais. Se os homens fossem anjos, não seria necessários haver governos. Se os homens fossem governados por anjos, dispensar-se-iam os controles internos e externos.” (O Federalista. Universidade de Brasília, DF: 1984, p.p. 417/418).

²⁶ *“A doutrina da limitação do poder, conforme assinala Bertrand de Jouvenel ao demonstrar, baseando-se em Montesquieu, a necessidade de contrapoderes, não deve esquecer que uma experiência permanente que todo homem que tem poder é impulsionado a abusar do mesmo, chegando até onde encontrar barreira.”* (José Alfredo de Oliveira Baracho. *Processo Constitucional*. RJ: Forense, 1984, p. 26).

²⁷ Vide art. 1º, § 1º, da Constituição Federal do Brasil de 1967, com a Emenda nº 1/69: *“Todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido.”*; e no emblema ao Imperador, na Constituição de 1824: *“Dom Pedro I, pela Graça de Deus e unânime aclamação dos povos, Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil”*.

²⁸ *“Imposto à comunidade sob a forma de lei, que é dessa forma, expressão verbal da normatividade de uma dominação que em verdade é exercida para manter ou colocar no poder uma determinada elite, dispondo-se que motivo subjacente infra-estrutural é, sempre, de natureza econômica - criação, amparo e fortalecimento de privilégios e o direito surge como instrumento para a manipulação dessa realidade.”*(O Direito Achado na Rua. Artigo de Maria Eliane Menezes de Farias, p. 19).

²⁹ Rui Barbosa, citado pelo Juiz Tourinho Neto por ocasião de seu discurso de posse (Revista AJUFE nº 25, julho de 1998, p. 14), disse: *“Os Presidentes de certas Repúblicas são, às vezes, mais intolerantes com os magistrados, quando lhes resistem, como devem, do que os antigos monarcas absolutos”*.

³⁰ *“Enfim, se nos deparamos direitos da primeira, da segunda e da terceira geração. A saber direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade, conforme tem sido assinalado, com inteira propriedade, por abalizados juristas. Haja vista a esse respeito a lição de Karal Vabak na aula inaugural de 1979, dos cursos do instituto internacional dos direitos do homem, Estrasburgo.”*(Paulo Bonavides. *Curso de*

Direito Constitucional. Malheiros, SP: 1993, 4ª ed., pp. 474/475).

³¹ “Os direitos da primeira geração, ou direitos de liberdade, ou direitos liberais, têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado. Enfim, são direitos e resistência ou de oposição perante o Estado. Os direitos da segunda geração são os direitos sociais, exigindo do poder público uma determinada atividade visando alcançar maior igualdade entre os seres, seu conteúdo é a prestação de serviço público. Os direitos da terceira geração fundam-se na fraternidade ou na solidariedade entre os homens, tem por primeiro destinatário o gênero humano, como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Em se tratando de direitos da primeira geração, por representarem um freio à atividade do poder, prepondera o princípio da legalidade e a abstração da norma jurídica, em consequência, há um predomínio do poder legislativo. Quanto aos direitos da segunda geração, implicando na exigência de prestações de serviço estatal, há um predomínio do poder executivo, porque a ele cabe, primordialmente, a execução das atividades administrativas em favor da coletividade. Já quanto aos direitos da terceira geração, mesmo porque nem sempre se referem ao estado como obrigado, mais densa, multifária e importante a atividade judicial, com suas decisões alcançando maior amplitude. Podemos, assim, dizer que, historicamente, na primeira fase havia a predominância do Poder Legislativo, no segundo do Poder Executivo e na terceira do Poder Judiciário, que ganha novas atribuições e passa a transcender o aparelho estatal para ganhar foros de árbitro dos conflitos que nem sempre correspondem à prestação estatal ou ao interesse imediato do indivíduo, da progressiva conscientização dos direitos decorre o aumento das demandas perante a atividade jurisdicional, levando à constituição de novos remédios jurídicos, para ampliar não só o acesso à justiça como a autoridade das decisões do poder.” (Nagib Slaibi Filho, em aula proferida na EMERJ - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro).

³² Adverte Aurélio W. Chaves Bastos: “1 - O Poder Judiciário é um sistema (relativamente) constante e de elementos funcionais estáveis; 2 - O Poder Judiciário é um sistema equilibrado de elementos funcionais; 3 - Cada elementos constitutivo do Poder Judiciário, contribui para o seu funcionamento; 4 - O Poder Judiciário se mantém com o consenso de seus membros acerca de determinados valores comuns, codificados ou juridicamente definidos; 5 - A processualidade das decisões do Poder Judiciário não são automotores, ela depende da alimentação proveniente das demandas internas ou externas.” (*Conflitos sociais e*

os limites do Poder Judiciário. Eldorado, pág. 98).

³³ E sobre o conceito de função: “Na definição de Durkheim a função de uma instituição social é a correspondência entre elas e as necessidades (*besoins*, em francês). Da organização social, esta definição exige alguma precaução. Em primeiro lugar, para evitar possível ambigüidade e, em particular, a possibilidade de uma interpretação teleológica, gostaria de substituir o termo ‘necessidade’ pelo termo condições necessárias de existência(...) A função da contribuição que determinada atividade proporciona à atividade total da qual é parte. A função de determinado costume social é a contribuição que este oferece à vida social como funcionamento do sistema social(...) Tem certo tipo de unidade funcional. Podemos definir como condição pela qual todas as partes do sistema social atuam juntas com suficiente grau de harmonia ou consistência interna, isto é sem ocasionar conflitos persistentes que nem podem ser solucionados nem controlados.” (Radicliffe Brown, A. R. *Estrutura e Função na Sociedade Primitiva*. Vozes: 1973, pp. 220 e 224).

³⁴ “As instituições não podem impermeabilizar em volta do que vivem, nem tampouco desvincular-se da realidade sobre a qual operam, porque de outro modo correm o risco de fossilizar-se e fracassar nas funções que a sociedade lhes atribuiu.” (Labaro y Banquero, F. Ruiz. *Administração de Justicia, Desarrollo económico social y Planificación*, apud *Comparative Judicial Review*, vol. II (1974), pág. 4).

³⁵ “De bom alvitre, por conseguinte, sejam examinados os componentes conjunturais da crise do Judiciário inegavelmente atrelada à crise do Direito e do Estado brasileiro. Inserida numa sociedade de massas voltada para o consumo e no bojo de uma economia de Terceiro Mundo sustentada por moldura altamente concentradora de renda, a crise política do Estado brasileiro escancarou-se nos anos 80. O retorno às práticas democráticas recriou o Estado de Direito e, como consequência do desenvolvimento da consciência política nacional, desembocou na Assembléia Constituinte Originária que, em 1988, promulgou a denominada Constituição Cidadã, consagradora de substantivas conquistas da sociedade no plano das liberdades públicas, dos direitos sociais e de cidadania, dentre outros, grande parte fruto de históricos pleitos e árduas lutas do povo brasileiro. O dinâmico quadro de perspectivas sociais daí emergente entra em choque, todavia, com a estrutura funcional de base do Estado brasileiro. O embate, no início deste processo, trava-se na esfera político-econômica pública, e, ao depois,

com a estabilização da moeda, também no segmento privado. Nos dois setores, inevitavelmente entrelaçados no plano político e econômico, o resultado é identicamente frustrante no plano das expectativas sociais geradas. Na área pública, as demandas sociais reprimidas revelam as distorções do Estado organicamente imperial, funcionalmente corporativo, economicamente deficitário e socialmente inadimplente: na área de iniciativa privada, escancarasse a selvageria e volatilidade dos capitais financeiros, a fragilidade do sistema bancário, a precariedade de sustentação econômica dos parques produtivos nacionais e, até por consequência, a insipiência e inconstância dos mercados de trabalho e de consumo, de par com altas taxas de desemprego, baixos níveis salariais, crescimento geométrico do mercado informal de trabalho e notável incremento nos índices de inadimplência empresarial e civil. No plano dos efeitos, este processo torna inescandível a situação concordatária, marcadamente pré-falimentar, do Estado brasileiro em todos os seus níveis e segmentos institucionais, públicos e privados. E porque inegável, a crise passa a mobilizar os principais e históricos atores da cena política nacional e estrutura um verdadeiro e litigioso processo de disputa pelo poder de produzir e direcionar a sua solução” (Aymore Roque Pottes de Mello. *O Enfrentamento da Crise Judiciária e a Reforma Constitucional*. *Jornal da AJURIS- Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, nº 46, novembro \95 p. 23).

³⁶ “Uma rendição da Justiça à tecnologia do sucesso, com a transformação do direito em simples e corriqueiro objeto de consumo.” (Tércio Sampaio Ferraz Jr. *Divisão de Poderes: um princípio em decadência*. *Revista USP*, nº 21, Mar/Abr/Mai/94, p. 21).

³⁷ Miguel Reale. *Lições Preliminares de Direito*. Edição da USP 1996, p. 133\134.

³⁸ Desembargador Ariel do Amaral e Silva, em discurso proferido por ocasião do sesquicentenário dos Cursos Jurídicos.

³⁹ “O pós-modernismo assinala a morte das metanarrativas, cuja função terrorista secreta era fundamentar e legitimar a ilusão de uma história humana universal. Estamos agora no processo de despertar do pesadelo da modernidade, com sua razão manipuladora e seu fetiche de totalidade, para o pluralismo retornado do pós-moderno, essa gama heterogênea de estilos de vidas e jogos de linguagem que renunciou ao impulso nostálgico de totalizar e legitimar a si mesmo.. A ciência e a

filosofia devem abandonar suas grandiosas reivindicações metafísicas e ver a si mesmas, mais modestamente, como apenas outro conjunto de narrativas.” (David Harvey. *A Condição Pós-Moderna*. SP: Loyola, 1992, p. 19).

⁴⁰ A esse propósito citamos Tércio Sampaio Ferraz Jr.: “Num livro publicado em 1982, de título bastante sugestivo - *DESPEDINDO-SE DE MONTESQUIEU (ABSCHIED VON MONTESQUIEU)* - Hans Girardi assinala que o princípio da divisão dos poderes não tem hoje a mesma relevância de outras épocas. Embora persistam as questões tradicionais referentes à função de controle na relação entre os três poderes, o eixo da discussão torna-se agora a dicotomia tipicamente tecnológica macropoder/micropoder.” (*Divisão de Poderes: um princípio em decadência*. Revista USP, nº 21, Mar/Abr/Mai/94, p. 21).

⁴¹ *A Constituição face a Perda do Lugar e da Inércia Geográfica e Territorial*. Telma da Graça de Lima Lage. Revista do Departamento de Direito da PUC/RJ - Rio, *Direito, Estado e Sociedade*, nº 10, jan/jul/1997, p. 144.

⁴² Ciro Gomes, no artigo *A sociedade pós-industrial e o estado moderno*, publicado no *Jornal do Brasil*, 1º Cad., p. 11, 2/jul/1995.

⁴³ A expressão “*Poder do Estado*” pode ser empregada em dois sentidos: umas vezes os autores e as leis referem-se às diversas faculdades de agir contidas no poder político; outras, querem significar os sistemas de órgãos pelos quais se encontra dividido o exercício das formas de autoridade política. As três funções (legislativa, executiva e judiciária) são funções jurídicas, vale dizer, relacionadas com a criação e aplicação do direito. Ao exercer a função legislativa, o Estado edita norma de observância obrigatória; ao exercer a função executiva, o Estado busca o cumprimento da norma mediante o processo administrativo (iniciativa e parcialidade); e, ao exercer a função judiciária, o Estado aplica a norma a um caso concreto levado ao seu conhecimento, conforme doutrina de Marcelo Caetano (*Direito Constitucional*. RJ: Forense, volume I, pág. 242).

⁴⁴ No Brasil de hoje existe a preponderância do lado negativo da harmonia preconizada na Constituição, na medida em que procura-se a criação do controle externo do Poder Judiciário, deflagrado pelo o consenso político entre o Executivo e o Legislativo,

atribuindo-se-lhe a culpa pela sua resistência ao ingresso no processo de globalização econômica conforme preconizado pelo Banco Mundial, que afirma serem os Juízes ciosos de sua independência pessoal e encaram seu trabalho como forma de artesanato, infensa aos avanços da tecnologia e dos métodos de organização e gerenciamento que aumentam a produtividade em outros setores da atividade humana. Em março deste ano, na terceira reunião plenária do círculo de Montevideu, o Diretor-Gerente do FMI, Michael Camdessus, defendeu a realização de ampla mudança no Poder Judiciário de países como o Brasil, para criar o clima empresarial necessário aos investimentos e para promover uma redução mais rápida da pobreza e da desigualdade, sugerindo remuneração variável aos Juízes, de acordo com a produtividade, pelo que o Presidente do STF, Min. Celso Mello, e o Exmo. Sepúlveda Pertence rechaçaram com a afirmativa de que há, na proposta, uma visão mercadológica da Justiça.

⁴⁵ Canotilho, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª edição, p. 17. Coimbra: Almedina, 1993.

⁴⁶ Os conceitos de justiça corretiva e justiça distributiva são de origem aristotélicas (*Ética a Nicômano*, V, 12.296), passando por Santo Tomás de Aquino (*Suma Teológica*, II, q. LXI, art. I), ressurgindo na prática política das democracias liberais a partir do século XX, sendo reatualizados no debate contemporâneo que com a emergência do direito social, em seus diferentes matizes, quer com a retomada, no âmbito da filosofia jurídico-política, das tentativas de solução da disjuntiva igualdade/liberdade, das análises relativas à inserção histórica e social dos juízes éticos e dos esforços de construção de uma nova teoria da justiça. Vide José Eduardo Faria. *O Poder Judiciário no Brasil: Paradoxos, desafios e alternativas*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995, pág. 73, nota nº 50.

⁴⁷ Tércio Sampaio Ferraz Jr. *Divisão de Poderes: um princípio em decadência*. Revista USP, nº 21, Mar/Abr/Mai/94, p. 19.

⁴⁸ "A integração global é acompanhada da ascensão de uma doutrina redentora da economia, que um exército de consultores econômicos constantemente leva à política: o neoliberalismo. Se os governos, em todas as questões cruciais do futuro, nada mais conseguem se não apontar os imperativos da economia transnacional, toda a política

torna-se uma farsa, uma demonstração de impotência, e o Estado democrático perde sua legitimação como tal. A globalização converte-se em cilada para a democracia.” (Hans-Peter Martin e Harald Schumann. *A Armadilha da Globalização: o assalto à democracia e ao bem-estar social*. 3ª edição, São Paulo: 1998, Título original: *Die Globalisierungsfalle*).

⁴⁹ O Dr. Fábio Konder Comparato, em comunicado veiculado pelo órgão de divulgação da AJUFE/2ª Região (Lato Sensu nº 1) bem retratou a sistemática a vocação ilegítima do Chefe do Executivo das demais competências constitucionais privativas dos Poderes Legislativo e Judiciário. Confira-se: *“Não sejamos ridículos. A Constituição de 1988 não está mais em vigor. É pura perda de tempo discutir se a conjunção ‘e’ significa ‘ou’, se o ‘caput’ de um artigo dita o sentido do parágrafo ou se o inciso tem precedência sobre a alínea. A Constituição é hoje o que a Presidência quer que ela seja, sabendo-se que todas as vontades do Planalto são confirmadas pelo Judiciário. As ordenações Filipinas, que vigoravam entre nós por muito tempo, cominavam dois tipos de pena capital: a morte natural e a espiritual. A primeira atingia o corpo; a segunda, a alma. O excomungado continuava a viver, mas só fisicamente: sua alma fora executada pela autoridade episcopal, com a ajuda do braço secular do Estado. Algo semelhante aconteceu com nossa Carta. Ela continua a existir materialmente, seus exemplares podem ser adquiridos nas livrarias (na seção das obras de ficção naturalmente), suas disposições são invocadas pelos profissionais do Direito no característico estilo ‘boca de foro’. Mas é um corpo sem alma. Hitler, afinal, não precisou revogar a Constituição de Weimar para instaurar na civilizada Alemanha a barbárie nazista: simplesmente relegou às traças aquele ‘pedaço de papel’. A única razão de ser de uma Constituição é proteger a pessoa humana contra o abuso de poder dos governantes. Se ela é incapaz disso, porque o governo dita a interpretação de suas normas ou as revoga sem maiores formalidades, seria mais decente mudar a denominação - ‘o presidente da República, ouvido o Congresso Nacional e consultado o Supremo Tribunal Federal, resolve: a Constituição da República Federativa do Brasil passa a denominar-se regimento interno do governo’. No início do século, Ruy Barbosa tropeçou contra o presidencialismo brasileiro, qualificando-o como ‘ditadura em estado crônico, a irresponsabilidade geral, a irresponsabilidade consolidada, a irresponsabilidade sistemática do Poder Executivo’. Ele ainda não tinha visto o monstro em sua plena maturidade. Naqueles felizes tempos,*

a ditadura presidencial só se exercia no âmbito do Executivo. Hoje, ela compreende também o poder de legislar e o de emendar a Constituição, tudo sob as vistas complacentes do Judiciário.”

50 “O direito exige para cumprir o fim específico de reger os comportamentos humanos, nas suas relações de interpersoalidade, a implantação dos valores que a sociedade almeja alcançar. As normas gerais e abstratas, principalmente as contidas na Lei Fundamental, exercem um papel relevantíssimo, pois são o fundamento de validade de todas as demais, indicando os rumos e caminhos que as regras inferiores deverão de seguir. Quem se proponha a conhecer o direito positivo não pode aproximar-se dele na condição de sujeito puro, despojado de atitudes axiológicas, como se estivesse perante um fenômeno da natureza ou uma equação algébrica. A neutralidade axiológica impediria, desde o início, a compreensão do sentido das normas, tolhendo a investigação. Além do mais, o conhecimento jurídico já encontra no seu objeto uma auto-explicação, pois o direito fala de si mesmo e este falar-de-si é componente material do objeto.” (Paulo de Barros Carvalho. *Princípio da Segurança Jurídica em Matéria Tributária*. Revista Especial do TRF da 3ª Região, Curso de Direito Tributário, vol. 2, p. 56).

51 “Nesse ambiente marcadamente difuso, facilitador de ações transacionais dirigidas para a produção de supremacias, a Constituição nem se implementa, nem se efetiva: permanecem inertes as definições de democracia participativa; o Estado despreza a sociedade como instância de poder, e a classe política confia no prestígio eleitoral; o processo eleitoral parece incapaz, por si só de assegurar a formação de governo representativo; e parece subordinado, assim como o processo legislativo, ao poder econômico e midiático, aos interesses locais, regionais ou corporativos; a política é um dos principais agentes de violação dos direitos humanos, contando, em muitos casos, com a conivência do Judiciário. Pior do que isso: a Constituição e as instituições jurídicas, de modo geral, não parecem salvaguarda suficiente face ao tufão neoliberal. Tudo como se tivéssemos elaborado uma Constituição para a década de 60, como se 1964 nos tivesse posto fora do tempo ocidental, e como se devéssemos, agora, preservar a nação, a democracia e os direitos humanos a partir de uma crise que não provimos, e para a qual não estávamos preparados: a coincidência do processo de redemocratização, com o impacto da globalização; a interseção das nossas taras tradicionais com a chamada crise de paradigmas.” (Sérgio Sérulo da Cunha. *Acesso à Justiça - Contribuição à Reflexão sobre a*

Reforma do Judiciário. Inédito, Santos (SP), junho\96, pp. 1\2).
52 Apresentação de Francisco C. Weffort. *Os Clássicos da Política*.
3ª edição, 1º vol. São Paulo: Ática, p. 8.

Referências bibliográficas

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. RJ: Forense, 1984.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. SP: Malheiros, 1993.
- CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. RJ: Forense, volume I.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARVALHO, Paulo de Barros. "Princípio da Segurança Jurídica em Matéria Tributária". *Revista Especial do TRF da 3ª Região, Curso de Direito Tributário, vol. 2. Ano 1995*.
- CHESNAIS, Jean-Claude. *A Vingança do Terceiro Mundo*. RJ: Espaço e Tempo, 1989.
- COELHO, Inocêncio Mártires. "Perfil Constitucional do Estado Contemporâneo: o Estado Democrático de Direito". *Revista de Informação Legislativa, ano 30, nº 118, ano 1993*.
- COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das Leis Processuais*. 2ª ed. RJ: Forense, 1993.
- DA CUNHA, Sérgio Sérulo. *Acesso à Justiça - Contribuição à Reflexão sobre a Reforma do Judiciário*. Inédito, Santos (SP): junho\96.
- DE MELLO, Aymore Roque Pottes. "O Enfrentamento da Crise Judiciária e a Reforma Constitucional". *Jornal da AJURIS- Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, nº 46, novembro \95*.
- FARIA, José Eduardo. *O Poder Judiciário no Brasil: Paradoxos*,

- desafios e alternativas*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. "Divisão de Poderes: um princípio em decadência". *Revista USP*, nº 21, Mar/Abr/Mai/94.
- MARTIN, Hans-Peter, SCHUMANN Harald. *A Armadilha da Globalização: o assalto à democracia e ao bem-estar social*. 3ª ed. São Paulo: 1998.
- HARVEY, David. *A Condição Pós-Moderna*. SP: Loyola, 1992.
- HOBBS, Thomas, *Leviatã*. SP: Coleção "Os Pensadores". 1974.
- MADISON, James, HAMILTON, Alexandre, JAY John. "O Federalista". *Revista Universidade de Brasília, DF*: 1984.
- LABARO Y BANQUERO, F. Ruiz. *Administración de Justicia, Desarrollo económico social y Planificación*, apud *Comparative Judicial Review*, vol. II (1974).
- LAGE, Telma da Graça de Lima. "A Constituição face a Perda do Lugar e da Inércia Geográfica e Territorial". *Revista do Departamento de Direito da PUC/RJ - Rio*, "Direito, Estado e Sociedade", nº 10, jan/jul/1997.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. Coleção "Os Pensadores". RJ: Abril Cultural, 1973.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. RJ: Forense, 1983.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. "Espírito da Leis", RJ: Abril Cultural, vol. XXI, ed. 1973.
- RADICLIFFE Brown, A. R. *Estrutura e Função na Sociedade Primitiva*. SP: Vozes, 1973.

Atividades de Magistério e da Magistratura: Análise Comparativa do Conteúdo com a Atividade da Magistratura

*Guilherme Calmon Nogueira da Gama**

Muitas são as semelhanças nas atividades de magistrado e de professor, conforme é facilmente percebido pela leitura do livro *"Pedagogia da autonomia"* do falecido Professor PAULO FREIRE. As atividades pedagógica e jurisdicional demandam saberes indispensáveis ao bom desempenho das funções dos referidos profissionais, em suas respectivas áreas, além de estarem dotadas de características que são obrigatórias, entre elas, e talvez a mais importante, destaca-se a autonomia, no sentido da desvinculação a regimes governamentais no exercício de suas importantes missões, além da formação de pessoas independentes.

O livro ressalta a importância e a indispensabilidade do profissional no magistério ser dotado de eticidade, dignidade e competência, além de respeitar o educando, como sujeito sócio-histórico-cultural do ato de conhecer. Como bem resumiu MOACIR GADOTTI, na contracapa da obra, *"Autonomia que faz parte da própria natureza educativa. Sem ela não há ensino, nem aprendizagem"*.

No curso desta pequena análise crítica, serão pinçados elementos apontados pelo autor para a devida comparação com

* Mestre em Direito Civil/UERJ; Professor de Direito Civil da UERJ; Juiz Federal da 6ª Vara do Rio de Janeiro.

a atividade judicante, tentando traçar um paralelo entre as funções de magistério e de magistratura.

Inicialmente, ainda nas suas *Primeiras Palavras*, PAULO FREIRE acentua a responsabilidade ética dos docentes no exercício das tarefas atinentes à profissão:

“Este pequeno livro se encontra cortado ou permeado em sua totalidade pelo sentido da necessária eticidade que conota expressivamente a natureza da prática educativa, enquanto prática formadora.” (p. 16)

E, no exercício das funções judicantes, está justamente o dever de *“cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício”* (artigo 35, inciso I, da Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, a Lei Orgânica da Magistratura - LOM). Entre os princípios e normas legais - aí, obviamente, incluídas as normas constitucionais -, encontra-se o princípio da isonomia, insculpido no artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Assim, como um dos princípios fundamentais, aparece a isonomia, não a meramente formal, mas sim a material, devendo ser permanentemente observada pelo magistrado nas suas funções.

A retidão ética, pois, é fundamental ao professor e, obviamente, também ao magistrado, sem significar que não o seja para as demais profissões, mesmo aquelas que não possuam a característica da autoridade. Entre os deveres impostos ao magistrado, há a vedação legal do magistrado

“manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças,

de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério” (artigo 36, inciso III, da LOM).

Assim, mesmo a divergência de orientações jurisprudenciais, altamente salutar para o exercício da jurisdição, deve ser pontuada pelo respeito e pela lealdade, tal como adverte PAULO FREIRE em relação aos professores na análise e crítica feitas as posturas de outros.

A postura política com que se apresenta o autor Paulo FREIRE também é uma marca da obra em análise, no sentido da negação do *determinismo*, ao mencionar que

“somos seres condicionados mas não determinados; reconhecer que a História é tempo de possibilidade e não de determinismo, que o futuro, permita-se-me reiterar, é problemático e não inexorável” (p. 21).

Os magistrados, do mesmo modo, desempenham relevante papel neste particular, pois não há como negar as repercussões sociais e a postura transformadora dos julgamentos proferidos, bastando, tão-somente, citar o caso dos *concupinos* que, de profundamente discriminados no início do século, tiveram seus direitos paulatinamente reconhecidos nos tribunais no curso do tempo, a ponto de ter a relação reconhecida em nível constitucional, e serem contemplados com vários direitos e vantagens à semelhança do casamento, por leis recentes. Não há prova mais concreta que o exemplo acima referido para demonstrar o descompasso da ideologia *fatalista, imobilizante, neo-liberal*, utilizando-me das palavras de PAULO FREIRE com a realidade.

No capítulo 1, do livro, PAULO FREIRE destaca que *“ensinar não é transferir conhecimento, mas criar as possibilidades para a sua produção ou a sua construção”* (p. 25), inexistindo docência sem discência. Tomadas as devidas proporções, diante das especificidades da atividade jurisdicional, que não envolve a docência, deve ser salientado que o magistrado, ao apreciar

as causas que chegam ao seu conhecimento, a par de proferir julgamento acerca da causa, sempre se depara com situações jurídicas novas que demandam tratamento específico e, conseqüentemente, a aprendizagem passa também fazer parte do dia-a-dia do magistrado que, desse modo, deve estar atento às mudanças sociais, econômicas, políticas, históricas, religiosas, etc. A necessidade do magistrado ter noções de outras Ciências, em diversas causas, mostra-se crescente, como nas causas de família, nas quais noções de psicologia, assistência social, sociologia, economia e outras são indispensáveis para o aperfeiçoamento das funções jurisdicionais nestas ações.

“*Ensinar exige rigorosidade metódica*”, nas palavras de PAULO FREIRE, significa produzir as condições aos educandos para aprenderem criticamente: “... *exigem a presença de educadores e educandos criadores, instigadores, inquietos, rigorosamente curiosos, humildes e persistentes*”. Diante da noção de que os educandos passam a ser reais sujeitos da construção e da reconstrução do conhecimento, a tarefa docente envolve o ensino a *pensar certo*. Evidentemente, o magistrado, nas suas funções, não propriamente deve ensinar a pensar certo, mas nos julgamentos, deve fundamentar seu *decisum*, explicitando as razões de fato e de direito que o levaram a tal decisão, não como mero repetidor de fórmulas e regras apriorísticas, mas sim diante da realidade do mundo atual, trazendo normas editadas no passado para sua adequada e perfeita aplicação no mundo moderno. A frase de PAULO FREIRE “*Dá que seja tão fundamental conhecer o conhecimento existente quanto saber que estamos abertos e aptos à produção do conhecimento ainda não existente*” (p. 31) bem poderia valer em obra destinada a analisar a atividade da magistratura.

“*Ensinar exige pesquisa*”, tal como julgar também o exige. Um dos princípios jurídicos inerentes à atividade da magistratura é a indeclinabilidade do julgamento sobre a causa, não importa a sua natureza, significando que o juiz não pode se escusar de proferir julgamento sob a alegação de que não possui condições cognitivas para tal. Assim, a atividade do magistrado exige uma constante pesquisa para *conhecer o que ainda não é conhecido (curiosidade epistemológica)*.

“Ensinar exige respeito aos saberes dos educandos” (p. 33). Neste tópico, a semelhança entre a atividade docente e a atividade judicante diz respeito à preocupação constante com a realidade social na qual estão inseridos os sujeitos (educandos e partes), não podendo os docentes ou magistrados desconsiderarem aspectos sociais específicos e próprios da experiência social daqueles.

“Ensinar exige criticidade”. “Ensinar exige estética e ética” (p. 34 e 36). As características da decência e da boniteza, realçadas por PAULO FREIRE em relação à prática docente, também devem existir na atividade da magistratura:

“Pensar certo demanda profundidade e não superficialidade na compreensão e na interpretação dos fatos. Supõe a disponibilidade à revisão dos achados, reconhece não apenas a possibilidade de mudar de opção, de apreciação, mas o direito de fazê-lo” (p. 37).

O mesmo se diga da atuação do magistrado. A coerência das posições do magistrado alcança, inclusive, a possibilidade de a todo tempo rever orientações e entendimentos anteriormente consolidados, mas que estão sujeitos à alteração diante do permanente estudo da realidade social e jurídica.

A segurança e a presteza nos julgamentos também devem ser caracteres próprios da atividade do magistrado, sendo normal a dissonância de orientações com outros profissionais na área do Direito, sem que tal represente a impossibilidade de revisão de sua posição. A generosidade deve prevalecer sobre a *raivosidade irrefreada*, nas palavras de PAULO FREIRE.

A atividade de julgar, tal como a atividade docente, envolve necessariamente o risco, a aceitação das inovações e mudanças (não apenas formais, mas de fato), e a rejeição a qualquer forma de discriminação, no trilho da eticidade exigida ao desempenho das funções referidas.

A correta formação do magistrado, à evidência, impõe pensamento crítico e dialético sobre as regras e princípios que possam ser aplicados aos julgamentos. O necessário é ser

aprendido que a correção não é imposta por força superior de forma a não ser questionada, como por exemplo os dogmas, e sim que ela deve ser considerada como fruto da produção do próprio profissional no exercício de sua atividade. Assim, a referência feita por PAULO FREIRE de que *“na formação permanente dos professores, o momento fundamental é o da reflexão crítica sobre a prática”* (p. 43) se encaixa perfeitamente na formação dos magistrados. A teoria, totalmente divorciada da prática, tende a ser transformada pelas sucessivas experiências que o juiz vivencia no exercício de suas funções. Assim, a ingenuidade é superada pela adequação da teoria à prática, tornando-se rigorosidade.

Tal como os docentes, os magistrados não são senhores da verdade e, portanto, deve ser refutada toda e qualquer atuação da magistratura no sentido da negação da formação democrática. Ninguém é dono da verdade e do saber articulado, sendo indispensável pensar-se com fundamento em princípios de solidariedade. A importância do espaço, tal como existe na escola, também se faz presente no fórum. A indispensabilidade dos móveis, objetos, adornos e outros elementos materiais na composição do espaço da Vara (sede do Juízo) se faz presente para o bom desempenho das atividades judicantes.

No Capítulo 2, PAULO FREIRE acentua a importância da conjugação do discurso teórico com o exemplo prático, concreto da teoria, no exercício da atividade docente, o que também é válido para a magistratura.

A humildade, condição necessária para se pensar certo na docência, também é requisito para a atividade da magistratura, diuturnamente predisposta à mudança, à inovação, com a plena consciência de que todos nós somos seres inacabados. *“Na verdade, o inacabamento do ser ou sua inconclusão é próprio da experiência vital; onde há vida, há inacabamento.”* (p. 55).

Mais uma vez retomando sua postura política, PAULO FREIRE aponta a necessidade da prática formadora, de natureza ética: *“E tudo isso nos traz de novo à radicalidade da*

esperança. Sei que as coisas podem até piorar, mas sei também que é possível intervir para melhorá-las" (p. 58). Daí a recusa da inexorabilidade do futuro.

O magistrado deve ser consciente de, como todos os outros, consubstanciar-se em ser condicionado, mas não determinado. A sua inserção na sociedade, no exercício de suas atividades, é indispensável para a melhoria da qualidade de seu serviço, não podendo dissociar seus julgamentos da realidade no mundo. Assim, há a tarefa histórica de interferir no mundo, com a devida conscientização de suas atribuições no contexto social, para que o magistrado se insira num permanente processo social de busca. Tal como PAULO FREIRE se refere à inconclusão assumida da formação docente, o mesmo ocorre com a formação do magistrado, durante todo o período de sua atividade judicante.

O tratamento do magistrado às partes e aos profissionais do Direito (advogados, procuradores, promotores, serventuários e auxiliares do Juiz) deve respeitar a autonomia e a dignidade de cada um, sendo imperativo categórico, e não mero favor que pode ser concedido. A posição do magistrado não é a de superior hierárquico em relação àqueles que o procuram para dar solução às lides, mas sim a de igualdade, inexistindo hierarquia, preservando, contudo, a equidistância que é indispensável para assegurar sua isenção, imparcialidade e tranqüilidade nos julgamentos. O juiz autoritário não possui tais predicados, e muitas vezes, não tem consciência da necessidade de adotar tal postura, impedindo o desenvolvimento regular das atividades de cada um na sua função.

A atividade de julgar, tal como a de ensinar, exige bom senso, inclusive quanto à avaliação que deve ser feita do trabalho realizado. O juiz é autoridade, membro do Poder Judiciário, mas não deve ser autoritário. Não se pode confundir *"autoridade com autoritarismo, licença com liberdade"*. A arbitrariedade é tão nociva quanto licenciosidade total.

"É o meu bom senso, em primeiro lugar, o que me deixa suspeito, no mínimo, de que não é possível à escola, se, na verdade, engajada na formação de educandos educadores,

alhear-se das condições sociais culturais, econômicas de seus alunos, de suas famílias, de seus vizinhos” (p. 70/71).

PAULO FREIRE aduz, ainda, que a responsabilidade do docente é muito grande, o mesmo servindo para os magistrados:

“Sua presença na sala é de tal maneira exemplar que nenhum professor ou professora escapa ao juízo que dele ou dela fazem os alunos. E o pior talvez dos juízos é o que se expressa na “falta” de juízo. O pior juízo é o que considera o professor uma ausência na sala” (p. 73).

Com efeito, o exemplo que o magistrado dá diuturnamente no exercício de suas funções é perspicazmente captado pelas partes e seus representantes: daí ser fundamental que o magistrado apresente os atributos inerentes à função, dentro do contexto de condições favoráveis ao bom e fiel exercício das funções jurisdicionais, inclusive no aspecto material.

Outrossim, o respeito ao juiz e à justiça deve ser a busca incessante da magistratura e do magistrado, sendo que por norma constitucional (artigo 95, incisos I e III), duas das garantias dos juízes são as da vitaliciedade e da irredutibilidade dos vencimentos. Tais garantias são reconhecidas como forma de preservar a autonomia e independência jurídica dos magistrados, indispensáveis para o exercício das funções sem qualquer retaliação ou vindita, assegurando a dignidade da prática judicante.

A frase *“aprender para nós é construir, reconstruir, constatar para mudar; o que não se faz sem abertura ao risco e à aventura do espírito”* (p. 77) bem poderia ter sido escrita referindo-se à atividade da magistratura.

A atividade judicante, a exemplo do que ocorre no ensinar, deve ser exercida com alegria e esperança, superando as concepções deterministas, de inexorabilidade do futuro. O determinismo nos leva à falta de opções, de decisão, de liberdade, de ética, representando, pois, a negação da esperança. O magistrado não pode ser um indivíduo acomodado, silente,

inóvel, sendo o dinamismo próprio das funções judicantes, diante da própria evolução da sociedade e das pessoas.

"Ensinar exige a convicção de que a mudança é possível" (p. 85). O mesmo se diga da atividade de julgar. O magistrado deve intervir como sujeito de ocorrências, tal como o professor, não sendo objeto da História, mas também seu sujeito. A constatação deve servir como instrumento que permita a mudança, intervindo na realidade, e não a adaptação a esta. O exercício da jurisdição envolve o pensamento de tornar a realidade mais justa, mais aproximada de valores éticos e morais adotados no mundo atual, não se conformando com o *status* com que ela é apresentada. A resignação quanto às situações de injustiça, de descaso, de imoralidade, de ilicitude, nunca pode existir no magistrado consciente do seu papel.

"Mudar é difícil mas é possível" (p. 88) é o pensamento que deve nortear o docente e o magistrado, nas suas atividades profissionais. O exercício da jurisdição é altamente humanístico, promovendo a distribuição da justiça para todos, independentemente de raça, sexo, credo, cor, classe e outras características. O juiz deve estar atento à nova realidade. Na fundamentação dos julgamentos, o magistrado deve apresentar as razões, inclusive produto de toda a pesquisa e aprendizagem realizadas, para que os destinatários possam alcançar o raciocínio realizado, conformando-se ou não com o resultado do trabalho exegetico.

Evidente que, como órgão dotado de poder, o magistrado deve exercer suas funções com autoridade, equilibrando-a com a noção de liberdade.

"O autoritarismo e a licenciosidade são rupturas do equilíbrio tenso entre autoridade e liberdade. (...) Autoritarismo e licenciosidade são formas indisciplinadas de comportamento que negam o que venho chamando a vocação ontológica do ser humano" (p. 99).

O autoritarismo é a negação da própria autoridade e, como tal, tende a desintegrar a legitimidade e força daquele

que o exerce. A conjugação das noções de liberdade e de autoridade, no sentido do ideal de respeito comum, somente tem a solidificar a atividade judicante.

No capítulo 3, outro ponto bem realçado por PAULO FREIRE diz respeito à segurança que se expressa na firmeza de atuação do docente, com que decide, respeita as liberdades, com que discute as suas próprias posições, com que aceita reverter-se. A autoridade se impõe por si mesma, diante da firmeza de sua atuação, sem desbancar para o autoritarismo, como visto.

A competência profissional, inerente à função docente, também se mostra evidenciada na atividade judicante. O magistrado que não aprofunde seu conhecimento, que pare no tempo, não se esforçando para o bom desempenho de suas funções, perde autoridade (*"a incompetência profissional desqualifica a autoridade do professor"*). A autoridade coerentemente democrática deve ser estímulo à liberdade, proporcionando a mais ampla discussão acerca da correção ou não dos atos proferidos, mesmo porque imbuídos de carga pública.

PAULO FREIRE aponta, com grande propriedade que

"papel da autoridade democrática não é, transformando a existência humana num "calendário" escolar "tradicional", marcar as lições de vida para as liberdades mas, mesmo quando tem um conteúdo programático a propor, deixar claro, com seu testemunho, que o fundamental no aprendizado do conteúdo é a construção da responsabilidade da liberdade que se assume" (p. 105).

O papel do magistrado, a par de sua atividade de julgar, é possibilitar a fixação dos parâmetros, dos limites claros a proporcionar a cada um o aprendizado de sua própria autonomia (a responsabilidade da liberdade na sua conduta).

É o respeito às situações jurídicas, aos direitos e deveres daqueles que receberão a resposta jurisdicional que permite ao magistrado superar, a cada passo, a sua própria ignorância. Da mesma forma, deve haver respeito, tratamento digno e decente da Administração Pública aos magistrados, tal como

adverte o Professor PAULO FREIRE em relação aos professores.

Julgar exige comprometimento, não sendo possível ao juiz se desvincular da sua maneira de ser, da sua forma de pensar, inclusive politicamente do exercício de suas funções. Assim, a transparência que deve existir na atuação do magistrado exige o seu aperfeiçoamento a todo instante, procurando sempre dar soluções aos litígios que chegam ao seu conhecimento.

“Enquanto presença não posso ser uma omissão mas um sujeito de opções. Devo revelar aos alunos a minha capacidade de analisar, de comparar, de avaliar, de decidir, de optar, de romper. Minha capacidade de fazer justiça, de não falhar à verdade”.

O compromisso do juiz é com a verdade, a realização da justiça, tendo necessariamente que intervir na realidade do mundo.

A jurisdição implica, inclusive, o exercício do controle dos atos dos demais Poderes da República, bem como de todo e qualquer ato praticado por particular. A ideologia dominante deve ser sempre combatida naquilo que for injusto e prejudicial às pessoas passíveis de abusos, injustiças e ilegitimidades perpetradas sob o manto da ideologia prevalente. A cidadania somente pode ser conquistada com a proteção dos direitos, a realização da justiça, não meramente particular, mas social. O juiz não está vinculado a qualquer grupo dominante, não podendo atuar a favor de alguém ou de algo, mas sim exercer a jurisdição, com a conseqüente distribuição da justiça, fulcrada nos princípios e regras democráticos, éticos e morais. Deve ser juiz

“a favor da decência contra o despudor, a favor da liberdade contra o autoritarismo, da autoridade contra a licenciosidade, da democracia contra a ditadura de direita ou de esquerda” (p. 115).

Deve ser juiz

“a favor da luta constante contra qualquer forma de discriminação, contra a dominação econômica dos indivíduos ou das classes sociais; (...), contra a ordem capitalista que inventou esta aberração: a miséria na fartura” (p. 115).

A liberdade, também na atividade judicante, não se confunde com licenciosidade. Quanto mais houver a busca da liberdade em assumir o limite indispensável, mais autoridade ela ganha para continuar existindo e sendo respeitada.

“A autonomia, enquanto amadurecimento do ser para si, é processo, é vir a ser. Não ocorre em data marcada. É neste sentido que uma pedagogia da autonomia tem de estar centrada em experiências estimuladoras da decisão e da responsabilidade, vale dizer, em experiências respeitadas da liberdade” (p. 121).

O juiz deve sempre pautar sua conduta em valores tais como a liberdade, possuindo seriedade, solidariedade, amorosidade pela função e pela justiça.

A coerência, apontada por PAULO FREIRE como sendo indispensável à prática docente, também deve ser observada pelo magistrado, que não pode apenas propalar ideais e noções progressistas, sob o aspecto formal, mas na prática adotar postura autoritária, imobilizante. A judicatura também possui a qualidade de ser política, tal como a educação, mas com um acréscimo: por ser órgão de poder, o juiz pode controlar, através das ações judiciais sob a sua jurisdição, atos praticados inclusive pelos demais poderes, com fundamento na Constituição Federal e nas leis vigentes.

Ao lado do relevante papel que a educação desempenha na luta pelas transformações sociais, a atividade de julgar, por sua vez, pode interferir, com maior eficácia e rapidez, na intervenção no mundo, com fito de proporcionar a mudança, não reproduzindo a ideologia dominante, caso esta não espelhe valores colimados, como a igualdade, a liberdade, a

legitimidade, a legalidade, a eticidade, a moralidade, e outros, exigíveis em todo Estado Democrático de Direito. Quanto maior for a participação da magistratura no processo de transformação social, maior será a sua autoridade, assegurando princípios e valores protegidos naquela sociedade.

Julgar, tal como ensinar, exige saber escutar, como forma de possibilitar ao magistrado ter pleno conhecimento da realidade daqueles que têm seus litígios levados ao Poder Judiciário, procurando adotar soluções que melhor se adequem às especificidades detectadas. Há, em causas que envolvam interesses disponíveis, a obrigatoriedade da busca da conciliação entre as partes e, nesse momento, o magistrado deve obter as maiores informações possíveis da realidade de cada um para avaliar a possibilidade de conciliação, inclusive para, se for o caso, já poder ter elementos para avaliação do julgamento a ser proferido, após o exercício pleno da jurisdição. Assim, o magistrado deve estimular o diálogo, a fala dos interessados. Quanto aos servidores, o papel do magistrado se insere no contexto do professor, na orientação, organização e desempenho das atividades forenses dos serventuários.

“É preciso que saibamos que, sem certas qualidades ou virtudes como amorosidade, respeito aos outros, tolerância, humildade, gosto pela alegria, gosto pela vida, abertura ao novo, disponibilidade à mudança, persistência na luta, recusa aos fatalismos, identificação com a esperança, abertura à justiça, não é possível a prática pedagógico-progressista, que não se faz apenas com ciência e técnica” (p. 136).

O mesmo deve ser dito quanto à atividade da magistratura. A humildade é também inerente ao magistrado: *“ninguém é superior a ninguém”*, porquanto cada um exerce sua função sem qualquer superioridade hierárquica, no clima de respeito, lealdade, amistosidade, alegria e otimismo.

O magistrado, para se resguardar das artimanhas da ideologia, não pode se enclausurar no ciclo de sua verdade, tal

como o professor, devendo estar exposto às diferenças, recusando dogmas. *“Atitude correta de quem se encontra em permanente disponibilidade a tocar e ser tocado, a perguntar e a responder, a concordar e a discordar”* (p. 151). O juiz deve estar disponível à realidade, construindo a sua firmeza e segurança no decidir. PAULO FREIRE acentua a importância da abertura do docente à realidade social, principalmente dos menos favorecidos:

“No fundo, diminuo a distância que me separa das condições malvadas em que vivem os explorados, quando, aderindo realmente ao sonho de justiça, luto pela mudança radical do mundo e não apenas espero que ela chegue porque se disse que chegará” (p. 156).

Outrossim, na atividade da magistratura são perfeitamente conciliáveis a seriedade judicante e a alegria, não sendo excludentes entre elas. Indubitavelmente, o juiz tem de ser vocacionado, como ocorre com o professor, o que justifica a opção de vários profissionais do Direito competentes, com notável saber jurídico pela magistratura, em vez de se tornarem advogados de renome, procuradores de órgãos públicos, consultores jurídicos. O amor pela atividade de magistratura é essencial para o bom desempenho do profissional na área. Trata-se de vocação, a despeito das diversas dificuldades e restrições que os magistrados sofrem, não somente institucionalmente, como também sob o lado material. Mas, ainda assim, a vocação não deve impedi-lo de lutar politicamente pelos direitos, prerrogativas e respeito à dignidade da função jurisdicional.

Durante toda a análise, procurei realçar as diversas semelhanças detectadas entre as atividades docente e judicante - da magistratura -, observando-se, no entanto, que elas bem poderiam ser apontadas para outras atividades humanísticas. O certo é que a magistratura e a docência, desempenham funções relevantes no aprimoramento das instituições sociais, cada uma dentro do seu campo específico. O caráter formador e de intervenção na realidade do mundo, contudo, abrange

ambas as atividades, detentoras de autoridade, mas não de autoritarismo.

“*O que fazer docente*”, entendido através da realidade prática de gente inacabada, curiosa, inteligente, ética, bem poderia se referir “*ao que fazer judicante*”. O exercício da jurisdição, na sua plenitude, deve conduzir à prática da produção e do desenvolvimento da autonomia e independência de todos, magistrados e jurisdicionados, dentro de uma sociedade mais livre, igual, séria, democrática, participativa, e, porque não dizer, justa. A prática da atividade da magistratura, tal como a docência, não pode ser realizada friamente, sem preocupação com a realidade do mundo, sem sentimentos ou emoções. E, ela deve ser constantemente aperfeiçoada com disciplina intelectual, mas principalmente com a simplicidade da ignorância, o que conduz à rigorosidade, ao exercício da curiosidade epistemológica.

Assim, uma sociedade livre, justa e solidária somente pode ser construída a partir do bom desempenho das atividades docentes e judicantes, munidas das características e atributos lançados na maior parte do texto do livro de PAULO FREIRE que, como visto, é perfeitamente aplicável à atividade da magistratura, com as devidas adaptações.

Atos Judiciais na suspensão da exigibilidade do Crédito Tributário*

*Alberto Nogueira***

SUMÁRIO: 1. Introdução ao tema (uma explicação metodológica). 2. A Jurisprudência. 3. Estado Contemporâneo. 4. O Estado Democrático de Direito. 5. Crédito Tributário (uma massa difusa). 5.1. Controle judicial. 5.1.1. Níveis. 5.2. Limites. 5.2.1. O processo como instrumento de justiça fiscal. 5.3. O art. 151 do CTN. 6. Tributo. 7. O Tributo como Dever. 8. À guisa de síntese.

1. Introdução ao tema (uma explicação metodológica)

Normalmente, quando se aborda o tema acima, tem-se em mente a questão da cobrança do crédito tributário. No Brasil, como em países de estrutura jurídica semelhante, toma-se como ponto de partida a legislação positiva, que, no nosso caso, está, grosso modo, no art. 151 do CTN.

Seguir esse caminho seria muito fácil, bastaria comentar, um por um, os quatro casos previstos para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Certamente que isso não

* Apresentado no I Congresso Internacional de Direito Tributário.

** Mestre e Doutor em Direito. Livre-Docente em Direito Tributário e Financeiro. Professor Titular da Universidade Gama Filho (graduação e pós-graduação em Direito). Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

traria nenhuma novidade, e tomaria o tempo de um auditório tão seletos, repetindo o que todos estão cansados de saber.

No ângulo de nossa perspectiva jurídica, a suspensão é uma consequência, e não uma causa, em suma, nada cria, apenas corta a seqüência de um procedimento direcionado para a cobrança do crédito tributário.

Nosso estudo, nesse contexto, se volta para o aspecto substancial daquilo que antecede a suspensão, e não da suspensão em si mesma considerada.

Dizendo de outra maneira, o que nos chama a atenção é o direito, ou pretensão, de o Fisco agir contra o contribuinte, ao exigir o dito crédito, a despeito de, em tese, fazê-lo indevidamente.

Nessa linha, deixamos de lado os aspectos estritamente processuais e, inclusive, administrativos, para nos situarmos, quase que com exclusividade, no campo material, com ênfase para os direitos do contribuinte, na moldura dos países, como o Brasil, que vêm, nos últimos tempos constitucionalizando a matéria tributária.

2. A Jurisprudência

No sentido moderno, tem-se entendido que o ato judicial é o produzido em um processo de acordo com as normas legais.

Nos sistemas, como o brasileiro, em que vige o princípio judiciarista, ou seja, nos quais é o Poder Judiciário, exclusivamente, o único dotado de força legal para dizer, em definitivo, o que é o Direito, com a efetivação do denominado "judicial control", a jurisprudência como que se confunde com o próprio ato judicial.

Contudo, nem sempre tem sido assim, mesmo em países de raiz latina, pois em outras circunstâncias, em ROMA a jurisprudência não era o que hoje é, mas, essencialmente, a interpretação qualificada, por pessoas competentes, para dizer o que era o DIREITO¹.

Nos países de feição anglo-saxônica, ainda se tem presente essa idéia, de cunho científico, de que a jurisprudência

corresponde ao DIREITO cientificamente produzido, ou seja, declarado por estudiosos, especializados em sua interpretação diante de situações concretas².

A prudência, nessa perspectiva, envolve a experiência, o conhecimento especializado, o "locus", a prática, ou a "praxis", de pessoas qualificadas para o desempenho dessa função, que não se localizavam dentro do Judiciário.

O jurista, nesse contexto, se confunde com o "prudente", de onde surge a figura exponencial do "jurisconsulto".

Com o advento do positivismo jurídico, notadamente nos países de filiação jurídica romana, esse quadro se alterou radicalmente, de sorte que a jurisprudência passou a ser compreendida como mera fonte de atos judiciais atrelados à lei positiva³.

O princípio *principis legibus solutus* se umbricou com a estrutura maciça do Estado Moderno, ou seja, de um Estado onipotente, tal como marcado por Frederico II, da Prússia, ao romper a estrutura das liberdades civis modelada pelos grandes pensadores da ciência jurídica medieval⁴.

Essa realidade perdurou por muito tempo e influenciou profundamente o campo da tributação, dentro do qual se estabeleceu que a mera previsão legal bastava para a exigência impositiva, independentemente de outros questionamentos.

Nos tempos atuais, isso se modificou radicalmente, com o surgimento do Estado Democrático de Direito, de tal sorte que para além da previsão legal se questiona a validade da exigência do tributo em face da totalidade do ordenamento jurídico, ressumando no topo deste as garantias do contribuinte inscritas no catálogo constitucional.

Esse tema foi objeto de vários estudos nossos, em trilogia constante das obras *O devido processo legal tributário*, *Os limites da legalidade tributária* e *a Reconstrução dos direitos humanos da tributação*.⁵

Nessa linha, o que releva examinar é o conteúdo e a extensão dos atos judiciais na suspensão da exigibilidade dos tributos, sempre na perspectiva atrás fixada de que a mesma tem por objeto a própria legalidade da exigência, e não apenas da

forma como o ato administrativo se desenvolveu. Isto quer dizer que o ato judicial controla a forma e o conteúdo da exigência, assumindo hodiernamente talvez a função mais importante dentro da cidadania, particularmente no campo da tributação.

Passamos ao tópico subsequente, dedicado ao Estado Contemporâneo.

3. Estado Contemporâneo

O Estado liberal, por suas limitações ontogênicas, redundou, na feliz expressão de UMBERTO ALLEGRETTI, na formação de um “modelo statocentrico” de ordenamento baseado na sua precedência e firmado com relação à pessoa (cidadão) e aos direitos desta⁶. Essa concepção, tomada de empréstimo do figurino francês, levou a uma separação entre o Estado e o cidadão⁷ (idem, p. 11, principalmente), o que há de ser superado pela convergência para um modelo unitário, uma vez que “dos direitos dos cidadãos deriva a competência do Estado e a missão da Administração”⁸. Com base nessas premissas, chegue-se à moderna concepção de uma “democracia administrativa”⁹, incompatível com sua separação da sociedade.¹⁰

Enfim, uma “administração humanizada” (“friendlismo”), também no campo específico da tributação.

4. O Estado Democrático de Direito

Abre-se este tópico com a declaração de JEAN-MARIE DENQUIN¹¹, contra a qual não se conhece qualquer contestação razoável: “A democracia e os direitos do homem não têm hoje em dia mais adversários nas sociedades ocidentais.”¹² Inobstante o virtual consenso, como a democracia e os direitos humanos, notadamente no plano da tributação, estão efetivamente implementados? Para encontrar uma resposta, é inevitável começarmos com A democracia de HANS KELSEN, na qual flui como núcleo da idéia central

desse sistema “o povo”. Em suas palavras, ao responder à própria pergunta, “Mas o que é esse povo?” (pluralidade de indivíduos que constitui uma unidade), averba certeira-mente: “o povo como unidade é - ou teoricamente deveria ser - não tanto objeto mas principalmente sujeito do poder.”¹³ Daí preconizar a reforma do parlamentarismo com vistas ao “reforço desse elemento democrático”.¹⁴

Nesse desiderato, sugere KELSEN que se leve em conta não apenas a “democracia da legislação” como também a “democracia da execução.”¹⁵ Para o notável jurista de Praga (11/10/1881 - 19/04/1973), “É o valor de liberdade e não o de igualdade que determina, em primeiro lugar, a idéia de democracia.”¹⁶

Para ele, “A luta travada no fim do século XVIII e no início do século XIX contra a autocracia foi essencialmente uma luta em favor da instituição parlamentar.”¹⁷ No ponto, parecemos que, nessa passagem, o grande pensador cometeu um dos mais frequentes equívocos de avaliação da realidade ao confundir os meios com os fins. A luta, em verdade, se travou contra o absolutismo e a carcaça insepulta do Antigo Regime para a extinção dos privilégios reais, da nobreza e do alto clero. O fortalecimento das instituições parlamentares foi um dos instrumentos (ou meios), sem dúvida o principal, para a criação de uma sociedade livre, igual e fraterna.

Isso talvez explique (ou mesmo justifique) o desencanto do autor, manifestado *logo* após o trecho acima transcrito: “Estamos, hoje, um pouco cansados do parlamento, ainda que não a ponto de se poder falar - como alguns fizeram de forma demasiado apressada - em uma ‘crise’, em uma ‘falência’ ou mesmo em uma ‘agonia’ do parlamentarismo.”¹⁸

Noutra parte, ao qualificar como um procedimento político a democracia no conceito de “governo do povo”, averba:

“A idéia política do século XIX, nascida das revoluções americana e francesa do século XVIII, foi a democracia. Sem dúvida, também existiam na civilização ocidental forças extraordinárias a serviço da manutenção do

princípio autocrático. Seus representantes, porém, foram estigmatizados como reacionários. O futuro pertencia a um governo pelo povo. Essa era a esperança de todos os que acreditavam no progresso, que defendiam padrões mais elevados de vida social. Foi, sobretudo, a jovem e ascendente burguesia que lutou por essa idéia."¹⁹

Na França, não foi apenas a burguesia que investiu contra o Antigo Regime, mas toda uma complexa diversidade de elementos integrantes do Terceiro Estado. A Revolução de 1789, a nosso ver, foi burguesa, no sentido de substituir, como classe, a nobreza e as instituições herdadas do feudalismo. Nem por outro motivo, consoante julgamos demonstrado nos tópicos precedentes, os grandes princípios da tributação inseridos nos arts. 13 e 14 da Declaração de 26 de agosto de 1789 foram progressivamente sendo abandonados com o retorno de práticas impositivas desfavoráveis ao povo e que passaram a atender, com isso, aos interesses específicos da burguesia. É preciso, pois, retomar o fio rompido da História e reconstruir o projeto de democracia interrompido, que acabou num pólo burguês de dominação, a Democracia Burguesa. Torna-se imperiosa a emancipação da democracia. Nas palavras de IGNACIO ARA PINILLA, ao rejeitar o primado do governo e das leis como fontes dos direitos subjetivos, para acolher a idéia de "cidadão total" (Ralf Dahrendorf):

*"É curioso, por conseguinte, que havendo se concretizado na democracia, entendida como consenso qualificado, o fundamento imediato dos direitos humanos, a regra objetiva da qual derivam os direitos subjetivos que caracterizamos agora como direitos subjetivos humanos, se nos diga agora que estes direitos subjetivos constituem, por sua vez, a fonte original da democracia, entendida ademais como democracia em seu mais íntimo conteúdo."*²⁰

Esse retorno, a nosso entender, parece ser a única fórmula de, sem os riscos dos regimes autoritários que flagelaram a própria

Europa na primeira metade deste século findante, superar os grandes problemas econômicos e sociais não resolvidos ou mal resolvidos na linha do pensamento de HANNAH ARENDT²¹.

Seguindo à sua maneira a mesma rota de Alexis de Tocqueville, LAURENT COHEN-TANUGI fez um interessante estudo, após uma permanência de dois anos na Harvard Law School, publicado sob o título de *Le droit sans l'Etat* e das muitas reflexões e teses ali expostas, recolhemos algumas delas. A primeira confirma o que sustentamos, relativamente ao projeto revolucionário de 1789:

“Na queda do Antigo Regime, o poder revolucionário, preocupado com sua própria tranquilidade, desativou o poder jurídico - ao qual paradoxalmente a Revolução muito devia - proibindo aos tribunais judiciais de decidir sobre ‘matéria administrativa’ e sobretudo de interferir em assuntos de interesse do Estado, ao prego de uma interpretação original do princípio da separação dos poderes. As decisões dos tribunais ficaram assim desituidas de qualquer força jurídica universal, em proveito da lei votada pelo legislativo. Em seguida, Napoleão codificou o direito e lhe conferiu domínio próprio, o das relações privadas, acentuando desta forma a separação do jurídico e do político e a marginalização do direito. A costumeira descentralização cedeu lugar à centralização administrativa; a exuberância do Antigo Direito, à aridez do Código Civil. O fortalecimento do poder central, resultante da Revolução e do Império, consagrava um enfraquecimento constante da regra de direito. A classe jurídica tornava-se o outro ‘Grande Mundo’ da República.”²²

Noutra passagem, aludindo ao “subdesenvolvimento” jurídico francês, que atribui, em grande parte, ao contexto acima reproduzido, aponra para a necessidade de sua superação (em linha semelhante ao que entre nós se convencionou chamar “custo Brasil”), oferecendo sua receita:

*“Uma parte importante das responsabilidades econômicas e sociais exercidas atualmente pelo Estado poderia retornar à sociedade civil, com a contrapartida de um controle judicial fortalecido, que passa pelo desenvolvimento da própria legislação e um fortalecimento institucional do poder jurídico encarregado de pô-la em execução.”*²³

A própria noção de Constituição, nas autorizadas palavras de DIDIER MAUS, “tem sido sempre contestada sob a V República. Nos anos que se seguiram a 1958, um dos mais talentosos autores qualificou o novo regime político de ‘Golpe de Estado permanente’.”²⁴

O Autor a que se refere DIDIER é, ninguém menos, que François Mitterant. É, em seguida:

*“Mais recentemente o presidente Louis Favoreu considerou que a mistura na mesma pessoa das funções de Chefe de Estado e de intérprete supremo da Constituição lançou uma dívida sobre a própria noção de regime constitucional. Em realidade, uma parte das dificuldades encontra sua origem na própria ambigüidade da tradição constitucional francesa.”*²⁵

E, por fim, tocando o nervo da questão em sua parte mais delicada e sensível: (...) “a tradição constitucional francesa cercou incontestavelmente a palavra ‘constituição’ de um conteúdo messiânico.”²⁶

Sobre esse “legado” da Revolução Francesa, perfeita a análise do então jovem mestre da Faculdade de Filosofia Santa Maria de Belo Horizonte e autêntico filho da velha Minas liberal, JOÃO CAMILLO DE OLIVEIRA TORRES:

“Homens de hoje estamos recebendo um duplo legado da Revolução Francesa: a democracia e o espírito revolucionário. Por democracia devemos entender aquele

tipo de governo baseado no fato de (vinda a autoridade de onde vier, de Deus ou do 'contrato social') ser dado o poder a pessoas indicadas pelo povo. (Apoiando-se nas análises do Sr. Pontes de Miranda em livro recente, consideramos Democracia, por sua terminação em cracia e não em arquia, um regime em que o poder efetivo e não a primazia na ordem ontológica compete, direta ou indiretamente ao povo). Herdamos, pois, da Revolução Francesa um ideal democrático cujos elementos principais são: a liberdade, a igualdade e o direito de participação no poder: cada homem concreto é livre e senhor de direitos; todos devem ser tratados igualmente; as divergências doutrinárias não são obstáculos, antes são condição da participação nos debates políticos. Não estudaremos aqui estes três temas em si mesmos, mas a sua situação atual: como podemos aceitar e como vemos o triplice ideal democrático da Revolução Francesa. "A outra parte da herança de 1789 é constituída pelo espírito revolucionário."²²⁷

Para autores marxistas,

"a ciência marxista vê na democracia, antes de tudo, um dos modos de organização do Estado. A democracia guarda íntima relação com as formas e o exercício do poder estatal. A condição política das classes e a natureza classista do poder representam o conteúdo básico da democracia."²²⁸

Para eles,

"a história conhece diversos modelos de democracia: escravista, feudal, burguês e socialista. Não são distintos nomes de um mesmo fenômeno, mas diversos tipos de democracia com as formas, instituições e bases sociais inerentes a eles. Todos os tipos mencionados se distinguem por sua essência."²²⁹

Noutra passagem:

“As revoluções burguesas deram origem à democracia burguesa. Introduziram mudanças radicais no regime político-jurídico da sociedade feudal.”³⁰ Por último, quanto à natureza do sistema socialista: “A essência da democracia socialista se funda na verdadeira soberania do povo. Significa que o poder do Estado é exercido pelo próprio povo, em nome do povo e em benefício do povo.”³¹

O que pensar dessas últimas colocações, tão parecidas com as que tradicionalmente são proclamadas na chamada “sociedade livre” do mundo Ocidental?

Como costumam dizer os juristas norte-americanos, a questão está entre a *law in book* e a *law on action*.

E para encerrar o tópico, algumas das mais atuais e respeitadas idéias de nossa época, a respeito da “democracia”, do francês ALAIN TOURAINE, a começar por uma observação básica e importante: “A democracia não reduz o ser humano a ser apenas um cidadão; reconhece-o como indivíduo livre que também faz parte de coletividades econômicas ou culturais.”³²

E, quanto à modernidade política:

“Na modernidade política, devemos distinguir dois aspectos. Por um lado, o Estado de direito que limita o poder arbitrário do Estado, mas sobretudo ajuda-o a se constituir e enquadrar a vida social pela proclamação da unidade e coerência do sistema jurídico; esse Estado de direito não está necessariamente associado à democracia; pode combatê-la, tanto quanto favorecê-la.” (...) “A democracia não surge do Estado de direito, mas do apelo a princípios éticos - liberdade, justiça - em nome da maioria sem poder e contra os interesses dominantes.”³³

O autor insere o moderno conceito de democracia basicamente em três dimensões, a saber:

“Esta exige, em primeiro lugar, a representatividade dos governantes, isto é, a existência de atores sociais cujos agentes políticos sejam os instrumentos, os representantes.” (...) “A segunda característica de uma sociedade democrática, tal como está implicada em sua definição, é que os eleitores são e se consideram como cidadãos.” (...) “Enfim, será que a livre escolha pode existir se o poder dos governantes não for limitado? Antes de tudo, deve sê-lo pela própria existência da eleição e, mais concretamente, pelo respeito às leis que definem os limites no interior dos quais o poder se exerce. O reconhecimento dos direitos fundamentais, que limitam o poder do Estado e também o das Igrejas, famílias ou empresas, é indispensável à existência da democracia.”³⁴

Sobre a discussão que atualmente se trava na França (o que será objeto de apreciação no próximo tópico):

“No momento da Revolução Francesa, é a idéia da cidadania que leva a melhor e Marx irá criticar os franceses por terem colocado sempre categorias políticas acima das categorias sociais. Tal julgamento foi, recentemente, ratificado pelo historiador François Furet ao demonstrar que, de fato, a Revolução só se explica em termos políticos, e não como uma revolução social, segundo a tese de Albert Mathiez que via nos acontecimentos franceses do final do século XVIII a primeira etapa de uma vitória das classes populares que devia culminar com a revolução soviética. Pelo contrário, a Grã-Bretanha sempre deu uma grande importância à representação dos interesses, à teoria utilitarista e ao papel das corporações intermediárias.”³⁵

Em contraposição, sobre o totalitarismo:

“Com efeito, não sendo concebível estabelecer um único tipo político geral dos fascismos - cuja unidade é frágil -

dos islamismos políticos e de outros regimes autoritários, temos de mencionar a família dos regimes contra-revolucionários autoritários criados por Franco, Salazar, coronéis gregos, Pétain ou Pinochet e seus equivalentes argentinos, uruguaios e brasileiros. Apesar da diversidade das situações, é possível colocar em evidência determinadas características comuns a todos esses regimes.” (...)

“E as ditaduras militares que se instalaram no Brasil, em 1964, na Argentina, em 1966 e 1976, no Chile e Uruguai, em 1973, não foram totalitárias, mas apenas autoritárias. Em compensação, a ditadura militar do general Stroessner, no Paraguai, assumiu aspectos mais totalitários já que a população foi, simultaneamente, mobilizada e colocada sob uma estreita vigilância por intermédio do partido colorado.

“A célebre tese de Hannah Arendt é mais extrema do que a tese que apresento aqui. Retomando as idéias de Le Bon e Freud sobre a psicologia das massas, ela define o totalitarismo pela dissolução das classes e o triunfo das massas.”²³⁶

Noutra passagem, adverte:

“A democracia está ameaçada mais diretamente pelos regimes autoritários e totalitários; no entanto, devemos reconhecer a existência de uma outra ameaça. Esta não vem de um poder onipotente que submeteria a sociedade à sua mercê, mas da própria sociedade que, na ordem política, vê apenas uma burocracia arbitrária ou corrupção e deseja reduzi-la à função de guarda noturno ou de um Estado mínimo, para não entravar a atividade dos mercados e a difusão dos bens de consumo e de todas as formas de comunicação de massa. Esse liberalismo tacanho pode ser considerado democrático porque respeita as liberdades e responde às demandas da maioria. Nos países ricos, o marketing tende a substituir o voto; nos países pobres, a erradicação

*da pobreza é reconhecida como prioritária e os discursos sobre as liberdades públicas são criticados como elitistas e inspirados pelo estrangeiro dominador. Por toda a parte, sob as mais diversas formas, cresce a idéia de que a defesa da liberdade consiste em reduzir a intervenção do Estado.*³⁷

A respeito do fenômeno da globalização:

*“No entanto, há muito tempo, o Estado nacional deixou de ser a figura da razão e foi superado, simultaneamente, pelos impérios e pela internacionalização da economia. O sonho da república espaiu-se, embora ainda apareça nos discursos de alguns políticos e de um punhado de intelectuais.”*³⁸

Nem por isso deve o modelo americano ser erigido a padrão universal, como bem adverte o mesmo autor:

*“Em razão do desmoronamento do sistema soviético, acreditam que a cultura e a sociedade americanas tornar-se-ão o modelo universal. Nada é mais falso. A globalização triunfante é acompanhada por uma segmentação acelerada. Por toda a parte, as identidades que se sentem ameaçadas fecham-se sobre si mesmas; além disso, as formas mais comunitárias de nacionalismo e de vida religiosa armam barricadas para resistir à invasão das tecnologias e formas de consumo vindas do centro hegemônico, ou para utilizar estas em benefício da força dos poderes políticos que se constituem para defendê-las.”*³⁹

Em última análise, para TOURAINE:

*“Foi nos Estados Unidos que se operou a passagem do conjunto Estado central-burguesia capitalista puritana-sociedade hierarquizada para o conjunto democracia-produção de massa-consumo ostentatório.”*⁴⁰

E, finalmente, um registro que nos toca mais de perto:

“Após a Segunda Guerra Mundial e o duplo desmoronamento dos Estados fascistas e impérios coloniais, triunfou o tema da modernização; a idéia de desenvolvimento opôs-se a essa concepção liberal; além disso, não é um acaso se Alfred Sauvy designou por Terceiro Mundo os países em vias de desenvolvimento, identificando-os assim como uma luta de emancipação e progresso que tinha sido a do Terceiro Estado na França, em 1789, e que unia uma vontade de independência e igualdade com a crença nos efeitos benéficos da ciência e técnica.”
(...)” Ora, esses novos regimes, quer sejam autoritários ou pluralistas, adaptaram-se facilmente a uma dependência que foi muito bem analisada pelos economistas latino-americanos, tendo à sua frente Celso Furtado; essa dependência implicava uma dualização estrutural e, portanto, um aumento das desigualdades sociais. Tal situação culminou, mais ou menos rapidamente, desde 1964 no Brasil e desde 1966 na Argentina - para nos limitarmos ao caso latino-americano - na queda dos regimes democráticos e na vitória das primeiras ditaduras militares que seriam seguidas por várias outras.”⁴¹

5. Crédito tributário (uma massa difusa)

O Estado, nessa visão, não mais passa a ser considerado o “titular” do crédito tributário, pois este, como substrato material do que classificamos como “direito de 3ª ou 4ª geração”, pertence à sociedade, ou seja, ao “povo” (na perspectiva do Estado Democrático de Direito), sendo aquele o mero “agente”, ou responsável pela cobrança (instituição e exigência do tributo).

Trata-se, portanto, de uma “massa difusa”, que se forma com a instituição (fase legislativa e abstrata) e exigência concreta, de acordo com a matriz democrática (consentimento dos contribuintes) pela Administração.

Uma vez que estamos diante de direitos coletivos (o que cada contribuinte paga ou deixa de pagar se reflete no conjunto da sociedade), impende seu controle, em termos de legalidade formal e material, tanto na esfera Administrativa como – e especialmente – na judicial, esta última apenas a seguir examinada para não transbordar o tema proposto.

5.1. Controle Judicial

5.1.1. Níveis

Nos países em que, como no Brasil, existe o sistema do “judicial control” extensivo a qualquer matéria, inclusive a tributária, o Poder Judiciário exerce uma função de extrema importância no controle da legalidade da tributação, tanto no plano abstrato (legalidade das normas tributárias em face da Constituição), como no concreto (legalidade da exigência de tributos em relação aos contribuintes).

É nesse contexto específico que situamos a função do controle da tributação pelo Poder Judiciário, ensejando a questão central da suspensão da exigibilidade do tributo, em dois planos, a saber: 1º) controle das normas impositivas em abstrato (controle direto de constitucionalidade), no Brasil, através do STF (ADINs e ADCs) e 2º) controle concreto da legalidade, em cada situação individualmente considerada, a cargo das chamadas instâncias ordinárias (Juízes e Tribunais ordinários) e especiais (STJ).

5.2. Limites

No plano judiciário, não há limites para o exercício desse controle, seja quanto aos aspectos de legalidade da exigência tributária (exame do ato administrativo) ou da própria constitucionalidade da norma legal (controle de constitucionalidade).

Temos sustentado, que esse controle é total, abrangendo tanto os aspectos formais como os materiais (de conteúdo),

desenvolvendo-se através do processo, que passa a superior função de instrumento de justiça fiscal.

5.2.1. O Processo como instrumento de Justiça Fiscal

Embora conservando sua tradicional função, técnica de composição de conflitos interpessoais, o processo vem assumindo cada vez mais um papel de suma importância na sociedade moderna. Piero PAJARDI, examinando os aspectos ideológicos e filosóficos subjacentes ao processo, oferece interessante tipologia de sua evolução no tempo: bíblico, greco antigo, romano *post-justinianum*, processo e organização judiciária no reino lombardo, medieval (alto), renascimento, *ancien régime* (término do milênio), processo penal da revolução francesa e, por fim, processos disciplinares institucionais⁴². Nessas sucessivas mutações, durante muito tempo serviu o processo de instrumento garantidor da liberdade individual e de outros direitos protegidos pelo Estado.

Sua mais recente e importante evolução, todavia, tem sido no sentido da concretização dos direitos da pessoa humana. Nessa linha, observa-se um paralelismo entre o processo e a própria concepção das “liberdades públicas”, incluindo-se os modernos “direitos e liberdades fundamentais”, sem dúvida o tema mais importante da atualidade política e jurídica⁴³.

Em suma, de mero “drana judiciário” destinado a atribuir a cada um o que é seu, o processo vem se transformando em eficiente instrumento de realização de justiça social, compelindo o Estado a cumprir suas responsabilidades institucionais.

Na moderna perspectiva de cidadania, frente ao Estado, de que é o principal provedor de recursos, afinal de contas não é o contribuinte o consumidor por excelência dos serviços públicos por aquele prestados direta ou indiretamente? E é justamente nessa função de consumidor e destinatário da massa dos serviços a cargo do Estado que o contribuinte passa a assumir o importante papel de fiscal dos recursos arrecadados e de sua real e efetiva destinação.

5.3. O Art. 151 do CTN⁴⁴

A matriz desse preceito que, por ser anterior ao vigente Código de Processo Civil (em vigor a partir de 1974), somente se refere à “liminar em mandado de segurança” se estende a novas hipóteses, notadamente no campo das medidas cautelares.

A jurisprudência, por seu turno, vem-se enriquecendo em face de um controle cada vez mais amplo e abrangente, penetrando cada vez mais na própria substância da tributação através da interpretação dos princípios e das garantias pertinentes.

6. Tributo

Nossa Teoria Geral do Direito Tributário

Simplificadamente, concebemos uma Teoria Geral do Direito Tributário como uma fórmula suficientemente abrangente e precisa que possa explicar e justificar os fundamentos de um número qualquer (ou ilimitado) de teorias específicas, cabendo a cada uma destas a modelação, no tempo e no espaço, de cada estrutura tributária.

O ponto de ligação entre as teorias específicas e a geral reside:

a) nos elementos da tributação: 1º) quem pode tributar, 2º) - o quê e como se tributa, e 3º) contra quem se tributa;

b) na identificação do “aparelho ideológico” utilizado na tributação e dos segmentos que se encontram em posição de “vantagem” ou de “desvantagem”;

c) o modelo que nos parece mais condizente com a civilização (ou sociedade) do Terceiro Milênio é o dos Direitos Humanos, ou seja, considerar o **tributo** como um de seus objetos, de tal modo que seja a imposição liberada de sua carga de dominação, como instrumento de transferência de riqueza dos mais fracos em favor dos mais fortes.

Nessa visão, os Direitos Humanos encontrariam seu fundamento, para, como direitos de terceira (ou quarta)

geração, ganharem seu devido espaço dentro da Teoria Geral do Direito. Parece-nos que, pelo menos no campo tributário, essa proposta atenderia à queixa de “ausência de fundamento”, formulada por ANDRES OLLERO TASSARA, na medida em que os localiza *proprio vigore*, e não sob a turela do mero positivismo, de um vago empirismo crítico ou de um nostálgico Direito Natural. Eis como o jurista espanhol formula sua crítica, no ponto assinalado:

“O resultado pode parecer desanimador, porém marca com nitidez o possível campo de jogo de uma concepção que considere os ‘direitos’ humanos como realidade jurídica proprio vigore. Tratar-se-ia de indagar que concepção do direito permitiria considerá-los como algo mais que uma indefinida substância embrionária ou uma mentira jurídica piedosa. Por paradoxal que seja, seria preciso empreender uma teoria jurídica’ dos direitos humanos.”²⁴⁵

Esse autor não se limita à crítica, pois, nessa empreitada, apontada para o moderno constitucionalismo e para o novo papel institucional do juiz (à semelhança de nossas proposições constantes de estudos precedentes) para a estruturação dos Direitos Humanos, a saber:

“Uma primeira consequência desta flexibilização do ‘normativismo’ é o notável aumento do protagonismo do juiz já reconhecido pelas críticas normativistas ao ‘legalismo’. A prioridade formal do Tribunal Constitucional - defensor e intérprete da ordem de valores em que consistiria a Constituição ‘materialmente’ entendida - sobre as iniciativas legislativas é um fenômeno paralelo - ainda que de notória expressividade - ao protagonismo prático do juiz: no momento de orientar a efetiva incidência da lei sobre o cidadão, e no momento de concretizar - por via de ‘princípio’ e sem a necessidade de intermediação de

*‘norma’ legal - a Constituição a respeito de casos individualizados. Trata-se de um fenômeno ao mesmo tempo positivo e arriscado que reconstrói a carga ético-antropológica de toda atividade jurídica.*⁴⁶

Nessa perspectiva, pretende que “a distinção entre *princípios* e *normas* nos parece, pois, esclarecedora, poque marca as limitações do normativismo como expressão do dinamismo jurídico.”⁴⁷

A nosso entendimento, entretanto, sequer há necessidade de recorrer-se à distinção entre “princípio” e “norma”, pois hoje se aceita sem maior discussão ser a Constituição também “norma fundamental”.

7. O Tributo como dever

A concepção do tributo como um dever do contribuinte tem sido freqüentemente defendida como uma forma de torná-lo, por sua própria natureza, justificável e sobretudo, inquestionável.

O positivismo jurídico se encarregou de formatá-la rigidamente, de tal sorte que a exigência do tributo, sendo dever do cidadão, somente pode ser por este repelida se, sob o aspecto formal, não se ajustar aos cânones da lei.

Como exemplo dessa doutrina, no Brasil, podemos citar o artigo 3º (em relação ao gênero “tributo”)⁴⁸ e artigo 16 (quanto à espécie “impostos”)⁴⁹.

No primeiro caso, uma vez que a “prestação” foi instituída em lei, o “dever” de pagá-la já está firmado, servindo os demais elementos da definição como identificadores da categoria “tributo”, cobrado mediante atividade administrativa plenamente vinculada (aspecto positivo) e que não decorra de sanção por ato ilícito (aspecto negativo).

No segundo caso, sendo ele da espécie “imposto”, afasta-se qualquer relação (ou causa), entre a prestação do contribuinte em si mesma considerada e qualquer atividade estrata específica.

Em outras palavras: o imposto é devido porque a lei o instituiu, e pronto: nenhuma contrapartida existe da parte da entidade estatal.

Nessa perspectiva, o tributo é um *dever* do contribuinte, a ser cumprido compulsoriamente, independente de sua vontade e mesmo de suas possibilidades econômicas, que se presumem existentes.

Isso não pode ser interpretado, todavia, como um “dever imposto” à pessoa, e sim, bem ao contrário, como expressão dos próprios direitos do homem, porque, na autorizada lição de JEAN RIVERO, “os direitos do homem são *liberdades*”, dentre estas a de propriedade, enquanto que “os direitos do cidadão são *poderes*: eles asseguram a participação de todos na direção da cidade” e, além disso, “excluem toda a possibilidade de opressão da parte de quem quer que seja: tais são ‘o direito de concorrer para a formação da vontade geral’” (art. 6º), o direito de consentir em relação ao imposto (art. 14), etc.”⁵⁰

Na Declaração, assinala o mestre francês, “as duas categorias, longe de se opor, são indissociáveis: somente o reconhecimento dos direitos do cidadão pode, na sociedade política, assegurar a conservação dos direitos do homem.”⁵¹

8. À guisa de síntese

A jurisprudência, em sua feição científica (dogmática ou doutrinária) ou judicial (interpretação do direito e sua aplicação a casos concretos), sempre exerceu forte influência no mundo jurídico.

Em nossa contemporaneidade, cada vez mais se percebe o crescimento e a importância da jurisprudência judicial, na medida em que a sociedade (civil) ressurgiu como o verdadeiro titular dos direitos individuais e coletivos, tutelados tradicionalmente pelo Estado.

Na simbiose entre o Estado (pós-burguês) e a sociedade (pluralista), passa ele por profundas mutações, adotando

modelos mais avançados de Estado de Direito, Estado Social de Direito (provedor das necessidades coletivas) e, finalmente, Estado Democrático de Direito.

O **tributo**, como um dos insumos mais importantes das diversas estruturas estatais (eis que responde pela maior parte dos recursos necessários à sua implementação), teria necessariamente de sofrer substanciais modificações em seu conteúdo e operacionalização, para, afinal, ajustar-se a cada uma dessas mutações estatais.

No estágio correspondente ao Estado Democrático de Direito, o poder público se divide entre o Estado e a Sociedade, assumindo aquele uma **função reguladora** (das relações jurídicas e econômicas, principalmente), e esta uma **função controladora** (do próprio Estado).

Os poderes clássicos do Estado Moderno agora se exercem através de novos papéis, cabendo basicamente: a) ao Executivo, **administrar**; b) ao Legislativo, **mediar as relações** entre o Estado e a Sociedade; c) ao Judiciário, **controlar o Estado** (certamente em suas funções legislativas e executivas), também como **representante da sociedade**.

No campo tributário, exerce o Judiciário o controle da mais ampla e completa legalidade (que não exclui outros controles, pelos demais Poderes) com força última, definitiva e de total abrangência, assim exercido: a) sobre a lei; b) sobre os atos administrativos; c) sobre a constitucionalidade das exigências (de tributo) previstas em leis ou na atuação do Fisco.

Sob o aspecto da técnica, esse controle se faz nos planos (a) ordinário (instâncias judiciais ordinárias ou comuns), (b) executória (instâncias administrativas especializadas integradas ou não ao Poder Judicial) e (c) constitucional (instância de controle direto da constitucionalidade das leis e de atos normativos).

Visto o tributo como direito de 3ª ou 4ª geração (ao mesmo tempo individual e coletivo) e o crédito tributário, em decorrência, como uma **massa difusa** (de natureza universal), operacionalizado pelo Legislativo (ao discipliná-lo em lei) e pelo Executivo (ao exigí-lo concretamente dos contribuintes), tudo em nome e por conta da sociedade civil (seu legítimo titular),

ao Judiciário cabe o papel de exercer o controle de legalidade em todas as suas dimensões e conseqüências, daí resultando, como base para esse exame e nas hipóteses pertinentes, a suspensão de sua exigibilidade através do processo judicial: a) pelo controle concreto, através das instâncias ordinárias, e, b) pelo controle direto (em abstrato ou em tese) das normas legais (ADIN e ADC), como sucede no sistema brasileiro.

Notas

¹ “JURISPRUDÊNCIA. Entre os antigos romanos era *‘divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia’* (o conhecimento das coisas divinas e humanas, a ciência do justo e do injusto), na definição de *Ulpiano*. Era, portanto, a própria ciência do direito. Modernamente, ‘é o conjunto das soluções dadas pelos tribunais às questões de direito’ (*Carlos Maximiliano*). É a interpretação que os tribunais dão à lei, adaptando-a a cada caso concreto submetido a seu julgamento. É uma das grandes fontes do direito. *Usus fori.*” cf. NAUFEL, José. Novo dicionário jurídico brasileiro. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 556.

² Daí a explicação de RUDOLF VON JHERING, que se encontra em seu notável *Bromas y veras en la jurisprudencia*: “*Como único detalle cabe aclarar que la palabra ‘jurisprudencia’ no está tomada aquí en su acepción hoy habitual, de ‘enseñanza doctrinal que dimana de las decisiones o fallos de autoridades administrativas y judiciales’, sino en la más primitiva de ‘ciencia del derecho’, que es también el significado que tiene, aún hoy, en lengua alemana.*” VON JHERING, R. *Bromas y veras en la jurisprudencia*: un regalo de navidad para los lectores de obras jurídicas. 9. ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1974. P.10. Também no Webster’s new encyclopedic dictionary, ed. 1994. Cologne, Germany: KÖNEMANN, 1994, p. 548: JURISPRUDENCE: “1: A system of laws, 2: the science or philosophy of law; 3: a department of law.”

A lição de JOHN GILISSEN é perfeita: “A *jurisprudência*, no sentido romano, era o conhecimento das regras jurídicas e a sua actuação pelo uso prático. É antes aquilo que nas línguas novilatinas se designa por doutrina; porque a *jurisprudência* designa nestas línguas o conjunto das decisões judiciais; o termo inglês

jurisprudence tem um sentido mais próximo do sentido romano. A jurisprudência era a obra dos jurisconsultos que desempenharam um papel capital na fixação das regras jurídicas. Na verdade, os jurisconsultos eram homens muito experientes na prática do direito, quer enquanto davam consultas jurídicas (*responsa*), quer enquanto redigiam actos e orientavam as partes nos processos, embora aí não intervissem. A autoridade das suas consultas decorria do seu valor pessoal e do seu prestígio social. A partir de Augusto, o imperador teria concedido a certos jurisconsultos o benefício (*beneficium*) do *ius respondendi ex auctoritate principis*, o direito de resposta sob a autoridade do príncipe; as *responsa* dos juristas investidos desta nova autoridade continuaram no entanto puramente privadas, sem valor oficial; não foi senão a partir de Adriano que os juízes foram obrigados pela *responsa*, mas somente em caso de unanimidade dos juristas autorizados.

Apesar do seu carácter privado, os escritos dos jurisconsultos constituíram uma verdadeira fonte do direito na época clássica, não somente pelos seus comentários de textos legislativos e de édito do pretor, mas sobretudo pela sua maneira de resolver as lacunas do direito. Pela abundância de matérias tratadas, e pela construção lógica das suas obras, os jurisconsultos elaboraram uma verdadeira ciência do direito.” GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979. P. 90-91.

³ Una tiranía legislativa, nas palavras do espanhol JOSÉ PUIG BRUTAU, constantes de seu prólogo à tradução de ROSCOE POUND: “Una tiranía, podemos añadir, que precisamente aparece muy pronto en el Continente, pues fué la concepción bizantina del Derecho como voluntad de un legislador absoluto la que dió lugar, como dice Pound, a la idea de que el legislador podía hacer brotar el Derecho por el solo esfuerzo de su razón, dando lugar a unos códigos que pretendían ser completos y que debían ser considerados por los jueces como expresión de la sabiduría definitiva.” BRUTAU, José Puig. Prólogo In: POUND, Roscoe. Las grandes tendencias del pensamiento jurídico. Barcelona: Ediciones Ariel, 1950. p. XXXVIII.

“Ya en los albores de la Edad moderna, MAQUIAVELO (1469-1527) seguiría un camino más expeditivo, basándose en la idea de la salvación de la patria, a la que tomó no solo por ley suprema en momentos de gravísimo riesgo, sino que la consideró permanente. Así centró todo el planteamiento de la filosofía política en la

cuestión fáctica de la conquista y el mantenimiento del poder y la del manejo de los hombres.

De ese modo, la causa eficiente ocuparía, en la política y en el derecho, el lugar que, en la filosofía del Bajo medievo, ocupaba la causa final moral. Y así, la política sería emancipada del derecho y éste convertido en una *técnica racional* del poder, sin otro fin que la detentación de éste. Por ello, el hombre de sujeto pasa a ser objeto. Las conductas humanas son estimadas 'solamente como un sistema de reflejos mecánicos que permiten casi siempre infalibles previsiones', para poder manipularlas con seguridad. Más delante, en 1576, reinando en Francia Enrique III, JEAN BODIN definiría y calificaría la soberanía como 'el poder absoluto y perpetuo de una república', 'no limitado ni en poder, ni en responsabilidad, ni en tiempo'. Por ello, el príncipe vuelve a estar *legibus solutus*. En cuanto 'está exento de las leyes de sus predecesores', menos aún está sujeto a sus propias leyes y ordenanzas, ni limitado por las asambleas de los Estados; y, aunque le obliguen las leyes de Dios y de la naturaleza, 'no es lícito que el súbdito contravenga las leyes de su príncipe so pretexto de honestidad y justicia'.

Tras de él, vendría HOBBS, en su *Leviathan*, a teorizar el absolutismo del poder y el positivismo legalista. ROUSSEAU erigiría por tal a *Demos*, representado por la *volonté générale*, aunque, para él, ésta debiera ser una voluntad pura, logro que de hecho no creía posible. Esa pureza de voluntad, KANT la presupondría, para someter al hombre *phaenomenon* al Estado *noumenon*, creador de un derecho teóricamente nouménico, olvidando que el Estado no deja de ser reflejo de los apetitos y pasiones fenoménicos de quienes detenten el poder.

De hecho, estas nuevas ideas se contraponían a la concepción de un derecho elaborado con independencia del poder político, es decir de su elaboración por juristas prácticos - como había sido el resultante de los *responsae* de los prudentes en Roma y como venía siéndolo el tejido por comentaristas y *conciliatores*, por tribunales y por notarios en el Bajo medievo." GOYTISOLO, Juan Berchmans Vallet de, *Metodología de la determinación del derecho*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, S.A., 1974. p.288.

⁴ Na límpida exposição de Juan Berchmans: "Frente a ese hombre, 'verdaderamente sujeto del ordenamiento jurídico, patrón de sí

mismo, que la ciencia jurídica medieval ha modelado, consolidado y protegido por los siglos venturosos'- sigue CALASSO- 'se yergue amenazadora las obra del *princeps legibus solutus* y la estructura maciza del Estado omnipotente', preanunciado por Federico II de Suavia que 'la ciencia jurídica había sido la única en comprenderlo y en denunciar la monstruosidad de esta obra (el 'Estado obra de arte' de Federico II), que con la perfección de sus engranajes constitucionales, majaba al individuo, 'contra Dios y la justicia' por la cual este Federico descenderá 'in pice et non in pace', y como, con palabras de ANDREA DE ISERNIA, se había amonestado y condenado a los príncipes de entonces para que no siguieran el ejemplo de un hombre '*cuius heredes hodie non sunt*'. Ciertamente Federico II Hohenstaufen, emperador de Occidente y rey de Sicilia (1198-1250) – como siguiendo a BURCKARDT, explica el Prof. GALVAO DE SOUSA – había realizado una tentativa para 'la transformación del pueblo en una masa inerte y abúlica cuya capacidad de tributación debía ser elevada al máximo'. Arrasó la nobleza como poder político autónomo, anuló las ciudades como corporaciones jurídico políticas, redujo los parlamentos a órganos pasivos de recepción de las órdenes y decisiones reales'; y, 'con sus decretos y actos de cancillería se lanzó a la empresa, totalmente insólita en su tiempo, de crear un Estado según el modelo concebido apriorísticamente por el soberano'. En esa misma línea situó GALVÃO a Felipe IV el Hermoso rey de Francia (1284-1314) y a Luis de Baviera, duque del Alta Baviera (1294-1347), rey de los romanos y de Italia (1314-16), y rey de Italia (1327-1347), emperador de Alemania (1328-47), a quién MARSILIO DE PADUA dedicó su *Defensor pacis*.

En la historia de todos los pueblos de Europa, durante este periodo ocurre lo mismo, en mayor o menor grado.⁵ GOYTISOLO, Juan Berchmans Vallet de, *Metodología de la determinación del derecho*, op.cit., p. 286 a 287.

⁵ NOGUEIRA, Alberto. *A reconstrução dos direitos humanos da tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. *Os limites da legalidade tributária no Estado Democrático de Direito: fisco x contribuinte na arena jurídica : ataque e defesa*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. *Tese de Livre Docência em Direito Tributário e Financeiro. O devido processo legal tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. *Tese de doutoramento em Direito*.

⁶ ALLEGRETTI, Umberto. *Amministrazione pubblica e costituzione*. Verona : CEDAM, 1996. p.4.

⁷ *Ibid.*, p. 11.

⁸ *Ibid.*, p. 12.

⁹ *Ibid.*, p. 103.

¹⁰ *Ibid.*, p. 139.

¹¹ A advertência desse autor em torno do conjunto “democracia-direitos do homem” é plenamente justificável: “Mas a unanimidade em torno dos direitos do homem e da democracia apresenta também efeitos perversos. Ela pode incitar a uma espécie de leve conformismo, onde a boa consciência se acalma, ou conduz comodamente a supor, por um otimismo maquinal e *a priori*, que essas noções sejam equivalentes.” (DENQUIN, Jean-Marie. *Les droits politiques*. Paris : Montchrestien, 1996. p. 23).

Mais adiante, completando esse pensamento, assinala que a democracia não implica a existência de direitos do homem, e, no sentido oposto, tampouco os direitos do homem significam democracia: “Negativamente, porque as ditaduras achincalham os direitos do homem, e positivamente porque somente a democracia oferece as garantias que lhes são necessárias para se expandirem.” (*Ibid.*, p. 31). Fórmula semelhante é empregada por HANS PETER SCHNEIDER: “A democracia, por conseguinte, pressupõe os direitos fundamentais da mesma forma que, ao contrário, os direitos fundamentais só podem adquirir sua plena efetividade em condições democráticas.” (SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 19).

¹² DENQUIN, Jean-Marie. *Les droits politiques*. p. 19.

¹³ KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo : Martins Fontes, 1993, p. 35.

¹⁴ *Ibid.*, p. 53.

Em discurso proferido na Assembléia Legislativa do Rio de Janeiro, por ocasião do recebimento da Medalha Tiradentes, em

27 de novembro de 1995, no qual se fez uma análise dos Poderes da República em face da atualidade, afirmamos, relativamente à instituição parlamentar:

“Vitoriosa a Revolução Francesa de 1789, despontava o Poder Legislativo como instrumento por excelência de consolidação do Estado Burguês, retomando, para tanto, no plano normativo, o processo de unificação do direito francês a se completar com a subsequente fase das Codificações à montante de Napoleão Bonaparte, na reelaboração do monopólio imposto por JUSTINIANO com o monumental Corpus Juris Civilis.

A representação parlamentar, nessa fase dedicou-se quase com exclusividade à função de fazer leis, por isso mesmo é que, com fidelidade ao modelo de MONTESQUIEU, tomou o nome de Poder Legislativo, constando de sua obra clássica Conselhos sobre como se devem elaborar leis.”

Essa nobre função, na atualidade, continua de extrema importância. Noutra passagem, o que entendemos seja o objetivo dessas basilares instituições:

“No prosclênio do Terceiro Milênio, uma redefinição de papéis, no conjunto dos Poderes do Estado, se faz imperiosa pela necessidade do Estado Pós-Burguês, de perfil ainda pouco visível, mas que desponta como o da igualdade de oportunidades (Justiça Material) e da superação das iniquidades.”

E, por fim, quanto às funções específicas do Legislativo:

“Além dessa atuação legislativa, de feição tradicional, tem à sua frente a Representação Parlamentar duas tarefas de fundamental importância: a) a adequação do aparato infraconstitucional aos parâmetros da Constituição pela via da atuação legislativa, removendo o chamado “entulho autoritário” e trazendo à luz um novo corpo normativo compatível com o Estado Democrático de Direito, abandonando, no ponto, a velha máxima *“a forma vem de cima e o conteúdo vem de baixo”*, para revestir o tecido normativo de um conteúdo que possa tornar realidade os imperativos da Lei Maior; b) a gerência política da Administração Pública, seja no controle e definição das verbas públicas, seja nas “decisões” de prioridades e opções para atendimento das necessidades públicas.

Tanto numa como noutra tarefa, põe-se o Poder Legislativo na implementação da “constituição-dirigente” (J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA), pois que *“a constituição não é um código nem um livro esgotante ou exaustivo do Estado e da sociedade”*, ante a *“impossibilidade teórica, metódica e prática de reduzir a legislação*

a uma contínua e reiterada tarefa de execução constitucional."

Nessa linha, a tarefa do legislador consiste em transformar o conteúdo virtual da constituição em realidade efetiva, devendo, nesse mister, ao dar cumprimento ao programa traçado pelo Constituinte, acima de qualquer outro propósito, impregnar as normas infraconstitucionais de conteúdo democrático - pedra de toque de todo o sistema (CE, art. 1º)."

¹⁵ KELSEN, Hans. *A democracia*, *op. cit.*, p. 80.

¹⁶ *Ibid.*, p. 99.

¹⁷ *Ibid.*, p. 111.

¹⁸ *Ibid.*, p. 111-112.

¹⁹ *Ibid.*, p. 139.

²⁰ ARA PINILLA, Ignacio. *Las transformaciones de los derechos humanos*. Madrid : Tecnos, 1994. p. 90.

²¹ ARENDT, Hannah. *A condição humana*, p. 277.

²² COHEN-TANUGI, Laurent. *Le droit sans l'Etat*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. p. 60-61.

²³ *Ibid.*, p. 126.

²⁴ MAUS, Didier. *La notion de constitution sous la Ve République*. In: TROPER, Michel, JAUME, Lucien (orgs.) *1789 et l'invention de la constitution*, p. 235.

²⁵ *Ibid.*, p. 235.

²⁶ *Ibid.*, p. 235.

²⁷ TORRES, João Camillo de Oliveira. *A libertação do liberalismo*. Rio de Janeiro: Casa do Estudante do Brasil, 1949. p. 28.

²⁸ TEORÍA del Estado y el derecho. Moscú: Progreso, 1988, p. 108. Manual preparado por um grupo de catedráticos e professores

da Universidade Estatal M. Lomonósov, Moscou. Traduzido do russo por V. Médnikov.

²⁹ *Ibid.*, p. 108-109.

³⁰ *Ibid.*, p. 110.

³¹ *Ibid.*, p. 115.

³² TOURAINE, Alain. O que é a democracia? Petrópolis: Vozes, 1996. p. 29.

³³ *Ibid.*, p. 36-37.

³⁴ *Ibid.*, p. 43-45.

É a nova rota dos países europeus, a partir da implementação das Cortes Constitucionais como instrumento de controle não apenas da legalidade, mas sobretudo dos direitos fundamentais, humanos, e liberdades públicas. Na autorizada lição de um dos maiores especialistas da atualidade, LOUIS FAVORBU: "O desenvolvimento da justiça constitucional é certamente o acontecimento mais marcante do direito constitucional europeu da segunda metade do século XX. Não mais se concebe hoje em dia sistema constitucional que não adote esta instituição, e na Europa todas as novas Constituições têm prevista a existência de uma Corte constitucional." (FAVOREU, Louis. *Les cours constitutionnelles*. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. p. 3). Sua explicação para a eclosão, também no Velho Mundo - e por método diverso do norte-americano (e também do nosso modelo brasileiro), o inserido por Hans Kelsen na Constituição austríaca de 1920 -, é magistral: "a) *A sacralização da lei é uma primeira explicação. A partir da Revolução de 1789 e ao longo de todo o século XIX e começo do século XX, o dogma rousseauianista da infalibilidade da lei se impõe e dificilmente é repostado em causa. O reino do direito é o reino da lei: 'o conceito de legitimidade ... coincide com o de legalidade, quer dizer, com a conformidade das atividades públicas e privadas com as lei votadas pelo Parlamento. O direito (*jus law, diritto, derecho, recht*) é cada vez mais estritamente identificado com as leis do Parlamento (*Lex, statute, legge, ley, Gesetz*)'* (M. Cappelletti, Relatório Geral, simpósio de Uppsala). Mas então, como diz Kelsen (RDP, 1928, p. 199), 'se se admite que a lei é

todo o direito, regularidade equivale à legalidade (e) não é pois mais evidente que se possa entender mais a noção de regularidade.³ Nos Estados Unidos, a Constituição é sagrada; na Europa é a lei que é sagrada. b) *A incapacidade de o juiz ordinário exercer a justiça constitucional é uma outra razão que M. Cappelletti colocou bem claro ...* c) *A ausência de uma unidade de jurisdição é uma outra explicação complementar ...* d) *A insuficiente rigidez da Constituição pode ser considerada também como uma causa de rejeição do sistema americano em alguns países europeus de entre as duas guerras.* (Ibid., p. 8, 9 e 10).

A diversidade de modelo em nada altera o resultado, pois tanto nos sistemas em que o controle de constitucionalidade se faz dentro do Judiciário (tal como nos Estados Unidos e no Brasil) como através de uma Corte Constitucional dele não integrante, o objetivo é um só: a garantia dos preceitos constitucionais, como Lei Fundamental, em face de quaisquer atos do Parlamento ou do Poder Público em geral, ou seja, a sacralidade da Constituição, e não da lei, como antes se concebia.

No tópico bem a propósito intitulado “Uma legitimidade construída sob o fundamento dos direitos do homem” DOMINIQUE ROUSSEAU, professor da Universidade Montpellier I e Diretor do Centro de Estudos e Pesquisas Comparativas Constitucionais e Políticas, chama a atenção para a necessidade de se “reivindicar uma Constituição é querer submeter os representantes políticos a regras de condutas e a princípios de decisão definidos por outros que não eles próprios, quer dizer, definidos pelo soberano, o povo; este último exprime sua vontade suprema na Constituição e não na lei que é a expressão da vontade dos representantes.” (ROUSSEAU, Dominique. *La justice constitutionnelle en Europe*. 2. ed. Paris : Montchrestien, 1996. p. 42).

Em outras palavras, a lei já não é mais considerada como a representação da “vontade geral”, e sim dos representantes eleitos pelo voto popular, ao mesmo tempo em que a “vontade geral” se expressa na própria Constituição.

Como corolário dessa tese, hoje à prova de qualquer contestação razoável, segue-se nas palavras do referido autor, é que “os Conselhos, Cortes e Tribunais Constitucionais se põem, nessa lógica, como os órgãos do espaço dos cidadãos.” (ibid., p. 42-43). E, arrematando: “Parlamento, governo e, em certos países, a Presidência da República, são as instituições do espaço dos

representantes; as Cortes Constitucionais são uma das instituições do espaço dos cidadãos.” (*ibid.*, p. 43).

Nessa linha, avança em profundo mergulho em direção ao “coração da matéria”, para empregar aqui a expressiva e feliz fórmula de Graham Greene: “O controle de constitucionalidade tem pois uma parte de sua legitimidade democrática na função que ele cumpre: assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos cidadãos ... Os jusnaturalistas e positivistas se encontram nesta legitimidade funcional, os primeiros porque afirmam que esta função se deve ao caráter superior e exterior ao Estado dos direitos do homem, os segundos porque consideram, como Michel Troper, que esta proteção é apenas uma das condições do funcionamento normal da democracia.” (*ibid.*, p. 44).

Na opinião do citado autor, a idéia de controle de uma certa maneira já se fazia presente na Declaração de 1789 (*ibid.*, p. 45), sendo certo que as modernas Cortes Constitucionais, como “órgãos de controle dos Poderes”, têm por finalidade, ou função, “a garantia e salvaguarda da liberdade individual e mais genericamente dos direitos fundamentais.” (*ibid.*, p. 46)

A análise que GEORGES RIPERT faz nos longínquos anos 50 sobre essa temática é digna de sua reconhecida genialidade, valendo como uma antecipação à “grande virada” que hoje se desenvolve na velha Europa, e particularmente na França.

Com efeito, a idéia de uma “Declaração Universal” dotada de força maior do que uma Constituição Política é, a todos os títulos, a lúcida e antecipada visão de um mundo novo que hoje se descortina em toda a sua exuberância, ao se referir “a *uma espécie de Constituição civil*”.

Mais ainda, um instrumento jurídico estruturado sobre princípios, a base essencial do moderno constitucionalismo, cujo germe, na correta percepção de RIPERT, já se inoculava irreversivelmente na Declaração de 1789.

Alguns trechos de *Les forces créatrices du droit* não podem aqui faltar: “A idéia vem naturalmente de dar aos princípios ideológicos um valor muito grande, precisando seu conteúdo e proclamando-os em um ato solene. Cria-se assim uma espécie de Constituição civil que o legislador deve respeitar. É por esta razão que certos princípios são afirmados pela Constituição. Estas *declarações de direitos* são célebres. Elas têm sido e são ainda muito admiradas. A que foi adotada em 1789 era visivelmente inspirada na idéia do direito natural. Podia-se admitir em razão disso que as regras de

direito fossem superiores às do direito positivo. Mas o abandono desta concepção deixou as declarações de direitos sem virtude e sem força. Após 1789 outras foram redigidas. Depois, as constituições da França se limitaram a reportar e a reafirmar a primeira.” (RUPERT, Georges. *Les forces créatrices du droit*. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1994 [1955]. p. 338). E, ainda: “Não renunciamos ainda a dizer que existem princípios que o legislador deve respeitar.” (*ibid.*, p. 339).

Finalmente, a tirada magistral e premonitória: “O legislador pode sem dúvida violar os princípios jurídicos, uma vez que não existem recursos contra o ato legislativo, mas esta ausência de recurso nada prova. Ela se deve apenas à ausência de organização do controle jurisdicional e não à idéia de soberania.” (*ibid.*, p. 340).

Lastimavelmente o autor dessas frases não viveu o suficiente para ver concretizada em toda a sua grandeza a idéia, em seu país, do controle da constitucionalidade das leis através dos princípios retores do moderno constitucionalismo europeu, e, em especial, dos que se referem aos direitos humanos, liberdades públicas e direitos fundamentais.

A análise de BERNARD BEIGNIER é ainda mais impressionante, em termos da “reconstrução” de 1789, a começar pela célebre decisão de 17 de julho de 1971, do Conselho Constitucional que, na feliz fórmula de JEAN RIVERO, duplicou o volume da Constituição francesa de 1958 (v. nos comentários em NOGUEIRA, A. O devido processo legal tributário, principalmente notas nº 3 e 4, e NOGUEIRA, A. Os limites da legalidade tributária, p. 116 a 118), “que deveria verdadeiramente subverter a ordem jurídica francesa. O lance inesperado de 1971 não era, malgrado tudo, imprevisível.” (BEIGNIER, Bernard. *Les arrêts de règlement*. *Revue Française de Théorie Juridique*. Paris, n. 9, p. 50, 1989). E, adiante, numa tirada (*boutade*) ao mesmo tempo densa e graciosa: “... dois séculos após a Revolução, o absolutismo legislativo não mais existe na França” (*ibid.*, p. 54).

Noutra, não menos original, responde por antecipação aos que invocam o princípio (sem dúvida importantíssimo) da segurança jurídica em defesa da intocabilidade do *status quo*: “o perigo da virada da jurisprudência denunciado muitas vezes por seu caráter imprevisível, até mesmo arbitrário, é de ordinário um benefício. Uma velha jurisprudência que cai é um galho morto cortado que fará a árvore produzir melhores frutos.” (*Ibid.*, p. 54).

³⁵ TOURAINÉ, Alain. O que é democracia? *op. cit.* p. 47.

³⁶ *Ibid.*, p. 136-137 e 142. Por fundamentos diversos, também CLAUDE POLIN, professor da Universidade Paris-Sorbonne, faz idêntica sustentação, excluindo os regimes brasileiro, argentino, chileno e uruguaio da qualificação totalitária, que usava para os do nazismo (alemão) hitlerista e comunista (soviético), conforme seu livro *Le totalitarisme*.

³⁷ *Ibid.*, p. 182-183.

³⁸ *Ibid.*, p. 177.

³⁹ *Ibid.*, p. 190.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 222.

⁴¹ *Ibid.*, p. 218.

⁴² PAJARDI, R., 1985.

⁴³ Encerrando sua "síntese" sobre os trabalhos do congresso realizado em 1981, em Aix-en-Provence, que tratou da proteção dos direitos fundamentais, assim se expressou Jean RIVERO: "Si la judicialización del Derecho constitucional a nivel de garantías fundamentales conduce a lograr un mejor servicio para el hombre, una mejor protección de la dignidad humana, entonces ¡ viva la judicialización del Derecho constitucional y vivan los coloquios al servicio de esta protección de la dignidad del hombre!" (RIVERO, J., 1984, p. 682).

⁴⁴ Art. 151: "Suspensem a exigibilidade do crédito tributário: I - moratória; II - o depósito do seu montante integral; III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo; IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança. Parágrafo único. O dispositivo neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes."

⁴⁵ OLLERO TASSARA, Andrés. *Derechos humanos y metodología jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 147.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 160.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 161-162.

⁴⁸ Art. 3º do CTN: "Tributo é 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."

⁴⁹ Art. 16 do CTN: "Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte."

⁵⁰ RIVERO, Jean. *Les libertés publiques*. 7. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1995. v 1 : Les droits de l'homme, p. 54.

⁵¹ *Ibid.*, p. 55.

Referências bibliográficas

ALLEGRETTI, Umberto. *Amministrazione pubblica e costituzione*. Verona: CEDAM, 1996.

ARA PINILLA, Ignacio. *Las transformaciones de los derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1994.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BEIGNIER, Bernard. *Les arrêts de règlement*. *Revue Française de Théorie Juridique*. Paris, n. 9, 1989. p. 45-55.

BOURETZ, Pierre. Declaração dos direitos do homem e do cidadão. In: CHATELET, F., DUHAMEL, O., PISIER, E. (coord.) *Dicionário das obras políticas*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993. p. 302-314.

BRUTAU, José Puig. Prólogo. In: POUND, Roscoe. *Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1950.

- CARNELUTTI, Alexandre. *La diversité des approches: consommation et société. Revue Française d'Administration Publique*, n. 56, p.581-589, oct/dec. 1990.
- CHATELET, F, DUHAMMEL, O., PISIER, E. (coord.) *Dicionário das obras políticas*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993.
- COHEN-TANUGI, Laurent. *Le droit sans l'Etat*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.
- DENQUIN, Jean-Marie. *Les droits politiques*. Paris: Montchrestien, 1996.
- FAVOREU, Louis. *Les cours constitutionnelles*. 2ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. (Coleção Que sais-je?)
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.
- GOYTISOLO, Juan Berchmans Vallet de. *Metodologia de la determinacion del derecho*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, S.A. , 1994.
- KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- MAUS, Didier. La notion de constitution sous la Ve République. *In: TROPER, Michel, JAUME, Lucien (orgs.). 1789 et l'invention de la constitution*. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994. p. 235-248.
- NÁUFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.
- NOGUEIRA, Alberto. *A reconstrução dos direitos humanos da tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- NOGUEIRA, Alberto. Os limites da legalidade tributária no Estado Democrático de Direito: fisco x contribuinte na arena jurídica: ataque e defesa. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. Tese de Livre Docência em Direito Tributário e Financeiro.

NOGUEIRA, Alberto. *O devido processo legal tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. Tese de doutoramento em Direito.

OLLERO TASSARA, Andres. *Derechos humanos y metodología jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

PAJARDI, Piero. *Processo al processo: esperienze personale, libere annotazione riflessioni sparse, di un giurista-giudice, su filosofia, ideologie, modelli, miti, realtà, operatori, strutture, prassi del processo*. Padova: A. Milani, 1985.

POLIN, Claude. *Le totalitarisme*. 3^a ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1994. (Coleção Que sais-je?).

RIPERT, Georges. *Les forces créatrices du droit*. 2^a ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1994 [1955].

RIVERO, Jean. *Les libertés publiques*. 7^a ed., Paris: Presses Universitaires de France, 1995. v. 1: Les droits de l'homme.

_____. A Modo de síntese In: _____ *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. (Colección Estudios Constitucionales.) Tradução do original francês: Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux. Marseille: Presses Universitaires; Paris: Librarie Economica, 1982.

ROUSSEAU, Dominique. *La justice constitutionnelle en Europe*. 2^a ed. Paris : Montchrestien, 1996.

SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

TAO, Jingzhou. *Le droit chinois contemporain*. Paris: Presses Universitaires de France, 1991. (Coleção Que sais-je?).

TEORÍA del Estado y el derecho. Moscu: Progreso, 1988. Manual preparado por um grupo de catedráticos e professores da Universidade Estatal M. Lomonósov, Moscou. Traduzido do russo para o espanhol por V. Médnikov.

- TORRES, João Camillo de Oliveira. *A libertação do liberalismo*. Rio de Janeiro: Casa do Estudante do Brasil, 1949.
- TOURAINÉ, Alain. *O que é a democracia?* Petrópolis: Vozes, 1996.
- TROPER, Michel, JAUME, Lucien (orgs.). *1789 et l'invention de la constitution*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994.
- VON JHERING, Rudolph. *Bromas y veras en la jurisprudencia: un regalo de navidad para los lectores de obras jurídicas*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974.
- WAQUET, Philippe. *Gerir un contentieux de masse; la gestion du contentieux social*. Revue Française d'Administration Publique. n. 57, p.35-43, jan/mar. 1991. Número especial: L'Administration de La Justice.
- WEBSTER'S New Encyclopedic Dictionary. 3. ed. Cologne, Germany: Könnemann, 1994.
- ZORGBIBÉ, Charles. *L'imperialisme*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. (Coleção Que sais-je?).

Carentes de Justiça*

*Marcelo Leonardo Tavares***

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito à assistência jurídica gratuita. 2.1. Conceito. 2.2. Natureza. 3. Assistência judiciária gratuita na Justiça Federal. 3.1. Espécies de Assistência Judiciária. 3.2. Defensoria Pública da União. 3.3. Assistência Voluntária por Advogado. 3.4. Assistência Nomeada por Advogado. 4. Conclusão.

1. Introdução

O acesso à justiça pelas pessoas em igualdade de oportunidades inclui-se entre as grandes preocupações dos Estados como garantia de aplicação justa da ordem jurídica.

Na verdade, de pouco adiantaria a existência formal dos direitos se não houvesse preocupação com a efetivação da igualdade das partes no processamento dos litígios porventura decorrentes do desrespeito a esses direitos, bem como na possibilidade de esclarecimento e oferecimento de solução de problemas extrajudicialmente.

* Trabalho apresentado no Curso de Mestrado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, no primeiro semestre de 2000, na matéria de Acesso À Justiça e Tutela De Direitos.

** Juiz Federal da Vara de Itaperuna da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro - Mestrando em Direito Público - Professor da Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho, 1ª. Região - EMATRA.

A assistência jurídica gratuita encontra-se prevista em diversos ordenamentos jurídicos e possui, na ordem pátria, normatização de estatura constitucional, além de longa tradição de previsão legislativa, desde os tempos imperiais. Em que pese isso, nem sempre houve uma preocupação sincera em se dar efetividade à norma, com a criação de mecanismos que proporcionassem a abertura real dos órgãos judiciários à população carente, seja porque resultasse em despesas para o Estado a criação e aperfeiçoamento das instituições que desempenhassem essas funções, ou porque a realização do acesso poderia possibilitar o aumento de litígios em face do próprio Estado, tantas vezes patrocinador de abusos e desrespeitos aos direitos individuais, além de lento implementador de políticas sociais. Como afirma JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA¹ “De nada valeria inscrever na Constituição o princípio de que todos têm o direito de pleitear em juízo, se não se cuidasse de pensar no problema daqueles que, sentindo essa necessidade, não dispõem todavia dos meios necessários para o custeio do processo. Houve quem dissesse ironicamente: a justiça, assim como o Hotel Ritz, está aberta a todos. É preciso que nós asseguremos concretamente a possibilidade do acesso, não ao Hotel Ritz, que, convenhamos, é supérfluo, mas à justiça, que não é tão supérflua assim. Como prover a essa necessidade? E como prover, especificamente, no que diz respeito - e é o tópico que nos vai interessar mais de perto - à atuação dos profissionais por meio dos quais as partes se farão representar em juízo?”.

A observação, precisa, adequa-se com perfeição à distância real ainda existente entre a população carente e a Justiça Federal.

2. Direito à assistência jurídica gratuita

2.1. Conceito

Historicamente², o problema do acesso à justiça pelas pessoas desprovidas de recursos remonta à antiguidade. Na

Grécia, havia a nomeação anual de dez advogados para defender os pobres, perante os tribunais civis e criminais e, em Roma, a instituição do patronato servia para prestação de socorro quando os cidadãos necessitavam recorrer à Justiça. Na idade medieval, atribuiu-se à justiça eclesiástica a competência para processar e julgar as causas em que fossem interessadas pessoas de poucos recursos, pois, nessa época, a justiça prestada pelos aparelhos judiciários exigia a retribuição remuneratória diretamente pelas partes aos juizes. Foi somente na idade moderna que surgiu a idéia de patrocínio gratuito pelos advogados como um dever honorífico, solução insatisfatória que ainda permanece no ordenamento jurídico pátrio³.

Nos dias atuais, diversas Cartas Constitucionais⁴, elencando direitos fundamentais, incluem a assistência judiciária como instrumento garantidor do acesso à justiça. Como exemplo, temos a Constituição Política da República do Chile (art. 19, 3º.), a Constituição Espanhola (art. 119), Constituição da República Italiana (art. 24), Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos (art. 17 e 20) e a Constituição de Portugal, de 1976, onde se lê: "Art. 20. A todos é assegurado o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios econômicos".

No Brasil, a assistência judiciária foi prevista pela primeira vez na Constituição de 1934, no art. 113, no. 32. Após o silêncio normativo da Carta Ditatorial de 1937, a Constituição de 1946 retomou a garantia no art. 141, parágrafo 35, sob a égide da qual foi publicada a Lei no. 1.060/50 (Estabelece Normas para a Concessão de Assistência Judiciária aos Necessitados) e o art. 150, parágrafo 32, da Carta de 1967 prosseguiu na tradição (mantida pela EC no. 1/69).

Atualmente, a Constituição da República, no art. 5º, LXXIV, dispõe: "LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

A assistência jurídica integral envolve não somente representação em juízo, mas também o esclarecimento e prestação de consultoria jurídica para o exercício de direitos

subjetivos perante os órgãos judiciários, bem como extrajudiciais. A prestação, a ser feita pelo Estado, poderá ser fruída por aqueles que comprovem insuficiência de recursos. Sobre o tema, BARBOSA MOREIRA⁵ mais uma vez observa

“a Constituição abandona aquela orientação restritiva de cuidar do assunto unicamente com referência à defesa em juízo; abandona a concepção de uma assistência puramente judiciária e passa a falar em “assistência jurídica integral”. Obviamente, alarga de maneira notável o âmbito da assistência, que passa a compreender, além da representação em juízo, além da defesa judicial, o aconselhamento, a consultoria, a informação jurídica e também a assistência a carentes em matéria de atos jurídicos extrajudiciais, como, por exemplo os atos notariais e outros que conhecemos.”

Assim é que disserta ALEXANDRE FREITAS CÂMARA⁶

“Facilmente se constata que a redação do dispositivo constitucional é amplo a ponto de assegurar algo mais do que a assistência gratuita em processos judiciais (o que resulta da garantia à assistência judiciária). Ao assegurar a assistência jurídica integral, a Constituição eleva à categoria de garantia fundamental não só a já anteriormente assegurada assistência judiciária gratuita, mas também a assistência gratuita na esfera extrajudicial.”

Aspecto merecedor de atenção é que, a rigor, não existe serviço estatal gratuito, pois as despesas estatais serão mantidas por alguma fonte de ingresso público, distribuindo-se o encargo por toda a sociedade, em regra, através da arrecadação dos impostos, tributos não vinculados. A utilização do termo “gratuita” significa, apenas, que não haverá prestação tributária específica pelos usuários do serviço que comprovarem a impossibilidade de pagamento. Trata-se, portanto, de imunidade condicionada a taxa⁷ relativa ao serviço público de assistência jurídica.

Sendo assim, assistência jurídica integral e gratuita compreende a imunidade às taxas relativas à representação judicial, a consultoria jurídica e a assistência em atos jurídicos extrajudiciais às pessoas que comprovarem impossibilidade em arcar com o pagamento do serviço público.

A medida é fundamental na conquista da cidadania plena e para a legitimação do próprio Estado, merecendo o comentário de CÂNDIDO DINAMARCO⁸

“As tradicionais limitações ao ingresso na Justiça, jurídicas ou de fato (econômicas, sociais) são óbices graves à consecução dos objetivos processuais e, do ponto-de-vista da potencial clientela do Poder Judiciário, constituem para cada qual um fator de decepções em face das esperanças frustradas e insatisfações que se perpetuam; para a sociedade, elas impedem a realização de práticas pacificadoras destinadas ao estabelecimento de clima harmonioso entre os seus membros, para o Estado, é fator de desgaste de sua própria legitimidade e da dos seus institutos e do seu ordenamento jurídico. Existe um leque mais ou menos aberto de causas dessa lamentada estreiteza. Situam-se no campo econômico (pobreza, alto custo do processo), no psicossocial (desinformação, descrença) e no jurídico (legitimidade ativa individual).”

A assistência jurídica integral e gratuita integra, dessa forma, a visão ampla do acesso à justiça, como aspecto central do moderno Estado Social (*welfare state*), movimento que, nos países ocidentais, tem transparecido em três ondas, segundo informam MAURO CAPELLETTI e BRYANT GARTH⁹: Segundo os autores, a primeira onda consiste na assistência jurídica (superação dos obstáculos decorrentes da pobreza); a segunda diz respeito às reformas necessárias para a legitimação à tutela dos interesses meta-individuais, especialmente os respeitantes aos consumidores e os pertinentes à higidez ambiental; e a terceira onda traduz-se em múltiplas tentativas com vistas à obtenção de fins diversos, entre os quais: a) procedimentos mais acessíveis, simples e racionais,

mais econômicos, eficientes e adequados a certos tipos de conflitos; b) promoção de uma espécie de justiça coexistencial, baseada na conciliação e no critério de equidade social distributiva; c) criação de formas de justiça mais acessível e participativa, atraindo a ela os membros dos grupos sociais e buscando a superação da excessiva burocratização.

Em complementação à previsão constitucional de assistência jurídica gratuita, a Lei no. 1.060, de 5/02/1950, prevê a isenção de adiantamento das despesas processuais para aquele “cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo...sem prejuízo do sustento próprio ou da família”. Consiste o benefício em ficar o assistido exonerado do dever de antecipar as despesas do processo (art. 19, do Código de Processo Civil), que serão imputadas na sentença, afinal, ao vencido, nos termos de art. 20, do CPC. Na Justiça Federal, o Regimento de Custas, Lei no. 9.289/96, no art. 4º, II, ainda prevê isenção de custas para os que provarem insuficiência de recursos e os beneficiários da assistência judiciária gratuita. Vencido o beneficiário, a ele caberá pagar as despesas do processo, relativamente a seus atos e ressarcir as antecipadas pela outra parte e os honorários advocatícios de sucumbência, “desde que possa fazê-lo sem prejuízo do sustento próprio ou da família”. A obrigação ficará prescrita “se dentro de cinco anos, a contar da sentença final”, o assistido não puder satisfazer o pagamento (art. 3º, 11, 12 e 13, da Lei no. 1.060/50). Sendo assim, em relação às despesas processuais devidas pelo assistido ou antecipadas pela parte contrária, bem como aos honorários advocatícios de sucumbência, a cobrança do crédito dependerá da verificação de condição suspensiva, qual seja, a comprovação da perda da qualidade de beneficiário da assistência gratuita, no prazo de cinco anos, a partir do trânsito em julgado.

Aspecto crítico em relação às despesas do processo se dá quanto ao adiantamento do pagamento dos honorários do perito (art. 33, do CPC). Os profissionais liberais nomeados, muitas vezes, não têm como arcar com a realização de trabalhos sem remuneração, até mesmo porque poderiam ter que utilizar materiais de consumo adquiridos com dinheiro próprio. Se o

requerente da produção da prova pericial for a parte beneficiária da assistência gratuita, estará isento do adiantamento das custas pela Lei no. 1.060/50, do que resultará eventualmente em pedido para desoneração do encargo pelo auxiliar do juízo; mesmo porque, de qualquer forma, se for vencido o assistido pela gratuidade de justiça, dificilmente haverá pagamento final dos honorários periciais¹⁰. Diante da dificuldade enfrentada para a produção de prova pericial de interesse da parte necessitada, algumas soluções alternativas têm sido adotadas pelo próprio Poder Judiciário, como a realização de convênios com hospitais públicos para a realização de perícias médicas¹¹. Recentemente, buscou-se solução alternativa para o problema no Juízo Federal de Itaperuna da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Alguns feitos encontravam-se sem andamento, diante de sucessivas negativas de médicos em servir como auxiliares do juízo em perícias relativas a ações previdenciárias cujos objetos eram a condenação do INSS em conceder benefícios ligados à incapacidade para o trabalho (auxílio doença e aposentadoria por invalidez); com declarações dos profissionais que “agradecendo a honra da designação, declinavam do *munus* por motivo de foro íntimo”. A solução foi conseguir junto à Procuradoria do INSS o custeio das perícias, arbitrando-se valor próximo a dois terços do salário mínimo (correspondente ao valor mediano de uma consulta médica na região), por analogia à obrigação da Autarquia no adiantamento das custas nas ações de acidente do trabalho, prevista no art. 129, da Lei no. 8.213/91. A partir de então, reduziu-se a quase zero o número de casos de recusa na realização de perícia médica. A solução obteve grande alcance social, diante do elevado número de ações desta natureza que ficariam aguardando por longo prazo a devida prestação jurisdicional, ou, pior, poderiam estar passíveis de reduzido grau de certeza nas sentenças prolatadas, se o juízo se apoiasse somente em outras modalidades de prova.

2.2. Natureza

A assistência jurídica integral e gratuita é garantia individual vinculada aos princípios constitucionais da igualdade (art. 5º., caput), do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), bem como da inafastabilidade do acesso ao judiciário (art. 5º., XXXV); consubstanciando-se em pedra de toque do regime democrático e do exercício da cidadania.

Com efeito, não existe igualdade processual real de oportunidade entre as pessoas quando não se proporciona paridade de forças de expressão junto ao judiciário¹².

O instituto é corolário do princípio do devido processo legal, na feliz expressão de KAZUO WATANABE¹³, do “acesso à ordem jurídica justa”. A garantia transcende o aspecto simplesmente formal da cláusula do *due process of law*, para abranger também seu aspecto material, isto é, é vital para possibilitar à parte a obtenção de uma tutela jurisdicional efetiva e justa, que ficaria prejudicada diante do desequilíbrio econômico e social existente entre as pessoas, refletido na relação processual. Não basta que os demandantes sejam iguais perante a lei, pois o tratamento formalmente igual de partes que se encontram em condições desiguais de acesso à justiça chancela e ratifica o desequilíbrio social e econômico existente entre elas.

A norma constitucional de assistência jurídica gratuita prevê que o Estado deverá prestar assistência jurídica ao necessitado, proporcionando-lhe possibilidades reais de resolução das questões jurídicas, judicializadas ou não, em igualdade de condições. Ao dever estatal de prestação do serviço, corresponde o direito subjetivo público de exigi-lo.

O termo “o Estado prestará” configura a norma constitucional como de natureza de eficácia limitada, de aplicabilidade indireta e mediata e princípio institutivo, exigindo a criação¹⁴ de órgão com capacidade de prestar a assistência jurídica, no que é complementada pelo art. 134 da Constituição, carente ainda de efetivação quanto à criação da defensoria pública da União.

Relacionando-se com o princípio do contraditório e da ampla defesa, a assistência jurídica gratuita efetivada é capaz de conferir igualdade de oportunidade às partes carentes de se desincumbirem dos ônus processuais necessários à comprovação de seus direitos subjetivos¹⁵. A prestação positiva do serviço de estatal destina-se a igualar processualmente pessoas social e economicamente desiguais, de modo que o mais abastado não seja favorecido com a dificuldade processual do mais fraco, vencendo-o de forma injusta¹⁶.

O regime democrático fortalece-se com a assistência, pois mais pessoas podem ver seus problemas jurídicos resolvidos, judicialmente ou não, dando mais legitimidade ao Estado, que poderá cumprir uma de suas funções típicas relacionadas à soberania, garantindo o bem comum¹⁷.

3. Assistência jurídica gratuita na Justiça Federal

3.1. Espécies de Assistência Judiciária

A Lei no. 1.060/50, no art. 1º, dispõe que “os poderes públicos federal e estadual, independentemente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos desta lei.” Sendo assim, acometeu-se à estrutura administrativa da União e dos Estados, ainda sob a normatividade da Constituição de 1946, o dever de promover a assistência judiciária gratuita, havendo ainda a criação de mecanismos subsidiário de defesa sem oneração através de serviços prestados mediante colaboração da OAB e dos municípios. O dispositivo pretendeu regulamentar o parágrafo 35, do art. 141, daquela Carta “O poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados”, norma de eficácia limitada, de princípio programático, dependendo de lei para ter aplicabilidade plena. Sua interpretação sugere caber ao poder público providenciar a assistência judiciária dos necessitados, não determinando, de

antemão, que o serviço deveria ser prestado diretamente pelo Estado. Sendo assim, naquela época, nada impediria a edição de norma legal complementar atribuindo a assistência a advogados liberais, por exemplo, desde que o Estado cuidasse do custeio do serviço; ou, invertendo os pólos da prioridade na assistência, acometendo a prestação principal à OAB e, subsidiariamente, ao poder público. Contudo, como já se observou, a legislação ordinária preferiu conferir a obrigação primeiro aos Estado e à União, com apoio da OAB e dos municípios. A Carta de 1967 (e a Emenda no. 1/69) dispôs sobre o tema da seguinte forma “será concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei”, portanto, sem sequer atribuir encargo aos poderes públicos de forma explícita. Como não havia qualquer tipo de incompatibilidade material, o teor normativo do art. 1º, da Lei no. 1060/50 foi considerado recepcionado por ela.

Ocorre que o art. 5º, LXXIV, da atual Constituição, modificou o tratamento da matéria. Ao invés de atribuir à lei a missão de disciplinar como se implantaria a assistência judiciária, resolveu impor ao Estado, diretamente, o dever de prestar a assistência jurídica gratuita, sem deixar à legislação a possibilidade de normatização diferenciada. Sendo assim, a obrigação correspondente ao direito público individual previsto deve ser satisfeita pelo Estado, através de órgãos próprios. A norma constitucional, apesar de continuar a ter eficácia limitada e aplicabilidade mediata e não integral como na Constituição de 1946, não atribui à lei a complementação legislativa programática, e sim requer a criação de uma instituição -, isto é, constitui-se em norma e eficácia limitada de princípio institutivo. Complementa-se o tratamento do tema através do art. 134, da própria Carta “a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”, portanto, a assistência jurídica gratuita deve ser mantida por órgão do Estado, vinculado ao Executivo - a Defensoria Pública -, a atuar em todas as instâncias judiciais.

Uma interpretação mais radical do dispositivo do direito individual à assistência poderia levar à conclusão de que a parte da norma do art. 1º, da Lei no. 1.060/50 que se refere à colaboração da OAB teria deixado de ser recepcionado pela atual Constituição; entretanto, na realidade, o dispositivo continua em vigor, agora com esteio no art. 133, da Carta “o advogado é indispensável à administração da justiça...”, permitindo-se que a parte, alegando necessidade, mesmo assim possa preferir a representação de advogado liberal. Da mesma forma, mantém-se a possibilidade de nomeação judicial de causídico, se verificado pelo juízo a inércia na instituição da Defensoria Pública, medida garantidora do direito fundamental do amplo acesso à Justiça.

Três são, portanto, as formas de garantir-se a representação judiciária gratuita: através da Defensoria Pública (sendo essa a prioritária e que atende mais efetivamente à intenção constitucional); a representação voluntária de advogado; e, na impossibilidade, repita-se, na impossibilidade das anteriores, através de nomeação de causídico, medida atualmente de previsão excepcional.

3.2. Defensoria Pública da União

Mesmo com a previsão normativa da Lei Complementar no. 80/94 (Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e Prescreve Normas Gerais para sua Organização nos Estados e dá outras providências), a Defensoria Pública da União ainda não se encontra instalada a contento e atuando na defesa dos direitos de pessoas pobres que necessitem da tutela jurisdicional prestada pelos órgãos judiciários da União. Conforme já se afirmou, a atual Constituição determina que o serviço deve ser prestado diretamente pelo Estado, não se justificando a falta de vontade do Poder Executivo em criar condições materiais de instalação dos órgãos da defensoria, passados aproximadamente doze anos de promulgação da Carta. O que se observa é que há um esforço claro do Executivo federal para propiciar o melhor funcionamento possível dos órgãos de defesa estatal, com o

aparelhamento e fortalecimento da Advocacia da União e da Procuradoria da Fazenda Nacional, enquanto que inexistente o mesmo empenho na efetivação do funcionamento da Defensoria Pública da União; negando-se aos necessitados o efetivo acesso à justiça federal, para litigar em face do Estado, esvaziando-se a intenção do legislador constituinte originário e tornando-se prejudicados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório quando em litígio a administração pública da União e pessoa impossibilitada de custear os serviços de acesso à justiça.

ROBERTO GONÇALVES DE FREITAS FILHO¹⁸ manifestou-se sobre o problema da inércia em se efetivar criação da defensoria pública da União ¹⁶ “Pretende-se que a Defensoria Pública seja um organismo burocrático destinado a encaminhar petições referentes a litígios entre pobres. Não se deseja uma instituição forte que propicie à massa de deserdados a ampla discussão e a pretensão de seus direitos em juízo. Sabem nossas elites que o funcionamento eficaz da Defensoria Pública implicaria num primeiro momento na dedicação aos litígios *interna corporis* da pobreza, as separações os alimentos etc. mas que, num segundo momento, vencido o grosso da demanda inicial, o cidadão pobre desse País viria a discutir outros direitos seus, estes em conflito com aquela elite que sempre espoliou. Mais que descaso, a Defensoria Pública é motivo de temor...a União está devidamente representada em todos os estados brasileiros por seus advogados, os demais interesses também contam com os representantes do Ministério Público, enquanto o cidadão pobre que tiver processos na área da Justiça Federal há de aguardar, resignadamente, que haja defensor Público da União em seu estado - o que ainda não ocorre. Vemos que o Estado cuidou de si e abandonou a nação...”¹⁹

Sendo assim, há inversão da intenção da norma constitucional: a assistência jurídica gratuita prestada diretamente pelo Estado, com previsão legislativa prioritária, encontra-se sem efetivação; tornando predominante, na prática, as outras formas de assistência, voluntária e nomeada, praticada pelos advogados, que mereceram tratamento normativo subsidiário.

3.3. Assistência Voluntária por Advogado

A assistência voluntária gratuita prestada por advogado liberal encontra previsão legal no parágrafo 4º, do art. 5º, da Lei no. 1.060/50 "será preferido para a defesa da causa o advogado que o interessado indicar e que declare aceitar o encargo". Apesar de a Ordem dos Advogados do Brasil recomendar aos advogados que não prestem serviços gratuitos, salvo nos casos previstos na legislação¹⁹, nada impede o profissional de patrocinar causa sem cobrar pelo trabalho desempenhado como mandatário. Na Justiça Federal, essa forma de patrocínio é bastante comum, principalmente quando o hipossuficiente ocupa o pólo ativo da relação processual, seja em ações de natureza previdenciária, ou quando a parte vem representada por advogado com quem mantém vínculo de parentesco ou amizade²⁰. Pesquisa²¹ realizada em Varas da Justiça Federal na Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro demonstrou que essa modalidade de assistência é encontrada em aproximadamente 60% dos autos nas Varas Previdenciárias (desses, 30% são vitoriosos), 70% dos processos nas Varas localizadas no interior do Estado (metade de vitórias) e 20% nas ações que tramitam em Varas Cíveis (metade de vitórias), sendo praticamente inexistente nas Varas de Execução Fiscal e Criminais.

O que caracteriza a assistência judiciária voluntária é a antecipação do profissional à nomeação judicial formal, apresentando-se voluntariamente para atuar em determinado feito por vontade própria, sem cobrar honorários contratuais e requerendo o reconhecimento da qualidade de necessitado jurídico do representado, para fim de isenção de despesas processuais, nos termos da Lei no. 1.060/50.

3.4. Assistência Nomeada por Advogado

Como forma última de assistência judiciária gratuita, o art. 5º, da Lei no. 1.060/50, ainda prevê a nomeação de advogado para a defesa de necessitados, não havendo órgão

da defensoria pública instalado. A indicação do causídico deve ficar a cargo da Seção ou da Subseção da OAB, somente cabendo ao juízo a escolha direta quando não houver, na região, órgãos de representação de classe. Nomeado, deverá o advogado cumprir o *munus*, sob pena de incorrer em infração disciplinar (art. 34, XII, da Lei no. 8.906/94) e multa, podendo recusar-se nas hipóteses previstas pelo art. 15, da Lei no. 1.060/50.

Como já afirmado, a previsão de representação gratuita nomeada é medida excepcional, quando não houver prestação de assistência pela defensoria pública. É solução insatisfatória, sendo natural que os advogados, em certa medida, resistam um pouco em se verem onerados com uma pluralidade de causas que não comportem remuneração. A situação é ainda mais grave em locais onde grande parte da população é pobre e encontra na assistência gratuita a única forma de acesso à justiça. Nessas localidades, além de haver um maior número de casos de nomeação de advogados, os honorários advocatícios, nos feitos em que são cobrados, pouco remuneram o advogado, o que torna bastante difícil o exercício da profissão.

Na Justiça Federal, o que era para ser exceção, na prática transforma-se em regra, diante da inércia do Estado em dar cumprimento à norma constitucional de instalar efetivamente os órgãos da defensoria pública da União. É a própria administração judiciária quem vem se empenhando em firmar convênios, seja diretamente com a Ordem dos Advogados do Brasil ou com escritórios de prática forense de Instituições de ensino jurídico²², na tentativa de suprir parcialmente a necessidade inatendida de acesso aos órgãos judiciários federais, cuidando, outrossim, de não sobrecarregarem determinados causídicos com número excessivo de representações gratuitas. De qualquer forma, a medida é insatisfatória e precária, somente existindo diante da preocupação dos juízes em proporcionar um mínimo de acesso à justiça aos necessitados com possibilidade de litigar devidamente representadas por profissional habilitado. A nomeação de advogados ocorre principalmente quando o hipossuficiente é réu, já que, como autor, a maioria das assistências gratuitas ocorre de forma voluntária. A pesquisa

realizada em Varas Federais da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro também mostrou que esse tipo de representação ocorre em maior parte em Varas Criminais (aproximadamente 30% dos processos; desses, 30% de absolvições) e Varas localizadas em municípios do interior do Estado (10% dos feitos; desses, 50% de vitórias), sendo praticamente inexistente nas Varas Cíveis, de Execução Fiscal e Previdenciárias.

O art. 22, parágrafo 1º, da Lei no. 8.906/94, dispõe

“o advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado”.

Contudo, a remuneração dos defensores dativos tem sido feita com base em tabela estabelecida por resolução do Conselho da Justiça Federal em valores que variam de cem a duzentos reais, ficando, em média, bastante abaixo dos valores previstos pela tabela de honorários mínimos da OAB²³. Por esse motivo, ocorre algumas vezes que a representação nomeada fica por conta de profissionais recém formados, que não possuem qualificação técnica primorosa ou conhecimento jurídico específico das matérias em litígio, reduzindo as chances de sucesso do pleito dos hipossuficientes, pois encontram, na defesa dos interesses da administração pública, órgãos da Procuradoria da Fazenda Nacional e da Advocacia da União bem aparelhados, com profissionais em regra bem preparados, oriundos de rigorosos concursos públicos e especializados nos temas em discussão.

Não é por outro motivo que afirma CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO²⁴

“...o patrocínio gratuito não passa de solene promessa constitucional, cumprida em casos que ainda são muito poucos. O Estado não o oferece como deveria e prometeu;

os profissionais liberais não se consideram obrigados a prestar serviço gratuito, ainda que isso seja de grande relevância social²².

4. Conclusão

1. A Constituição de 1988 determina que a assistência jurídica integral e gratuita será prestada diretamente pelo Estado. Cuida-se de norma de eficácia limitada de princípio institutivo dependente da criação de órgão para que possua aplicabilidade plena. É complementada pelo art. 134, da Carta, que prevê a criação de órgãos de defensoria pública.

2. O termo assistência jurídica gratuita pressupõe não somente representação em juízo, mas também o esclarecimento e prestação de consultoria jurídica para o exercício de direitos subjetivos perante os órgãos judiciários, bem como extrajudiciais. A Lei no. 1.060/50, por outro lado, dispõe sobre a isenção de adiantamento de despesas judiciais por aqueles que não tiverem condições de arcar com as mesmas sem prejuízo da própria manutenção e da família.

3. A assistência jurídica integral e gratuita é garantia individual vinculada aos princípios constitucionais da igualdade (art. 5º, caput), do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), bem como da inafastabilidade do acesso ao judiciário (art. 5º, XXXV); consubstanciando-se em pedra de toque do regime democrático e do exercício da cidadania.

4. Existem três formas de se garantir a representação judiciária gratuita: através da Defensoria Pública (sendo essa a prioritária e que atende mais efetivamente à intenção constitucional); a representação voluntária por advogado; e, por fim, através de nomeação de causídico. Dessas, a segunda pressupõe ato volitivo do profissional permitido por lei, e a terceira é medida excepcional baseada no art. 133, da Constituição e na Lei no. 1.060/50.

5. Na Justiça Federal, a assistência judiciária gratuita voluntária e nomeada, que eram para ser exceções, transformam-se em regra, diante da inércia do Estado em instalar os órgãos da defensoria pública da União. Em relação à assistência nomeada, a própria administração judiciária vem se empenhando em firmar convênios, seja diretamente com a Ordem dos Advogados do Brasil ou com escritórios de prática forense de Instituições de ensino jurídico. A medida, contudo é precária e tecnicamente insatisfatória.

Notas

¹ O Direito à Assistência Jurídica. Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, no. 8, p. 123.

² Humberto Peña de Moraes. A Assistência Judiciária Pública e os Mecanismos de Acesso à Justiça, no Estado Democrático. Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, no. 9, p. 71/72.

³ Art. 34, XII, da Lei no. 8.906/94 (Estatuto da OAB).

⁴ Constituição do Brasil e Constituições Estrangeiras. Senado Federal. 1987.

⁵ op. cit., p. 123/125.

⁶ Lições de Direito Processual Civil, vol. I, 1a. ed, Freitas Bastos Editora. 1998. P. 43/44.

⁷ Art. 77, do Código Tributário Nacional.

⁸ A Instrumentalidade do Processo. 8a. ed, Malheiros, 2000, p. 274/275.

⁹ Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet., Sergio Antonio Fabris Editor. 1988

¹⁰ O problema não ocorre com os serventuários servidores públicos que recebem suas remunerações do Estado. Quanto aos serviços notariais e de registro sob delegação do poder público, poderá o juízo requerer a extração de certidões para utilização como meio de prova para os assistidos, nos termos da Lei no. 8.935/94, desde que requerido

¹¹ Mesmo nesses casos, muitos diretores de hospitais públicos já declararam a impossibilidade das instituições continuarem com os serviços periciais, sob o fundamento de acúmulo de trabalho (como se a realização da perícia gratuita aos carentes não fosse também prestação de serviço público).

¹² Como afirma Mauro Capelletti “está bem claro hoje que tratar “como igual” a sujeitos que econômica e socialmente estão em desvantagem, não é outra coisa senão uma ulterior forma de desigualdade e de injustiça.” Em *Proceso, Ideologia, Sociedad*, 1974, p. 67.

¹³ *Assistência Judiciária e o Juizado de Pequenas Causas em Juizado Especial de Pequenas Causas*. Revista dos Tribunais. São Paulo. 1985, p. 161.

¹⁴ As normas constitucionais de princípio institutivo são “aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei” na definição de José Afonso da Silva, em *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3a. ed., Malheiros ed., São Paulo. 1998, p. 126.

¹⁵ Celso Ribeiro Bastos, . *Curso de Direito Constitucional*. 1997. 226/228.

¹⁶ Antonio Carlos de Araujo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover afirmam que “a absoluta igualdade jurídica não pode, contudo, eliminar a desigualdade econômica; por isso, do primitivo conceito de igualdade, formal e negativa (a lei não deve estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos), clamou-se pela passagem à igualdade substancial. E hoje, na conceituação positiva da isonomia (iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado), realça-se o conceito

realista, que pugna pela igualdade proporcional, a qual significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais.” Teoria Geral do Processo, 1994, p. 53/54

¹⁷ Dalmo de Abreu Dallari ressalta a finalidade no conceito de Estado “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo em determinado território”, esclarecendo que se apóia na definição de bem comum dada pelo Papa João XXIII, na Encíclica *Pacem in Terris II*, “O bem comum consiste no conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana.” Elementos de Teoria Geral do Estado, p. 24 e 118.

¹⁸ O autor ainda disserta que a Lei Complementar no. 80, organizadora da Defensoria Pública sofreu vetos presidenciais que a mutilaram, tais como a legitimação da Defensoria Pública para a propositura da Ação Civil Pública (art. 4o, XII). Obstáculos Institucionais: a Defesa dos Pobres. Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, no. 5, p. 118/127.

¹⁹ Observações Gerais da Tabela de Honorários Mínimos da OAB/RJ. Tribuna do Advogado. Junho/98.

²⁰ Nas causas previdenciárias, muitos profissionais ainda vinculam a necessidade de patrocínio gratuito à isenção de adiantamento das custas; contudo, o art. 128, da Lei no. 8.213/91, concede a isenção das taxas judiciárias em causas de até determinado valor, independentemente da prestação de assistência judiciária gratuita

²¹ A pesquisa foi realizada em duas Varas Federais de cada especialidade na Capital da Seção Judiciária e três Varas Federais localizadas no interior, considerando-se as sentenças prolatadas no ano de 1999.

²² Provimento no. 116, de 14 de julho de 1997, da Corregedoria-Geral da Justiça Federal – TRF – 2ª Região, desenvolvendo o Programa de Assistência Judiciária Gratuita, na modalidade Convênio Aberto.

²³ A Resolução atual, no. 208, de 27/04/99, estabelece como valores mínimos para ações de procedimento ordinário, ações diversas e ações criminais o valor mínimo de R\$170,19 e máximo R\$231,91;

para mandados de segurança, habeas corpus, execuções fiscais, execuções diversas, ações de procedimento sumário e reclamações trabalhistas, mínimo de R\$141,80 e máximo R\$193,26; delitos não contenciosos e procedimentos criminais R\$118,80 e R\$161,04; diversos, mínimo de R\$118,16 e máximo R\$161,04. Somente como comparação, a tabela de honorários mínimos da OAB/RJ fixa, para procedimentos sumários valores em torno de 800 UFIR. Os pagamentos são feitos pelos ordenadores de despesa da Justiça Federal - na primeira instância, pelo Diretor do Foro e na segunda, pelo Presidente do Tribunal. A remuneração dessa forma não cumpre a previsão legal, possibilitando aos causídicos cobrar da diferença da União.

²⁴ op. cit., p. 276.

Referência bibliográficas

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "O Direito à Assistência Jurídica." *Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*, no. 8.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. Ed. Saraiva. 1997. 18ª. ed., São Paulo.
- CÂMARA, Alexandre Freitas, *Lições de Direito Processual Civil*, vol. I, 1ª. ed., Freitas Bastos Editora. 1998.
- CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tít. *Original Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report*. Trad. Ellen Gracie Northfleet., Sergio Antonio Fabris Editor. 1988.
-
- Proceso, Ideologia, Sociedad*, Buenos Aires, Edicionaes Juridicas Europa-America, trad. Santiago Sentís Melendo Y Tomás A. Banzhar, 1974.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, ed. Malheiros, 11ª. ed, 1994. São Paulo.

Constituição do Brasil e Constituições Estrangeiras. Senado Federal. 1987.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. Ed. Saraiva. 20ª ed., 1998. São Paulo.

DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*. 8ª. ed, Malheiros, 2000.

FREITAS FILHO, Roberto Gonçalves. "Obstáculos Institucionais: a Defesa dos Pobres." *Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*, no. 5.

PEÑA DE MORAES, Humberto. "A Assistência Judiciária Pública e os Mecanismos de Acesso à Justiça, no Estado Democrático." *Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*, no. 9.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3ª. ed., Malheiros ed., São Paulo. 1998.

WATANABE, Kazuo. "Assistência Judiciária e o Juizado de Pequenas Causas em Juizado Especial de Pequenas Causas." *Revista dos Tribunais*. São Paulo. 1985.

Considerações sobre o regime de precatório para pagamento dos débitos judiciais pela Fazenda Pública*

*Simone Schreiber***

A questão da execução de julgados contra a Fazenda Pública é tormentosa e tem mobilizado um grande número de estudiosos do Direito. De fato, o Poder Judiciário em um Estado Democrático deve ser eficiente e ágil no exercício de sua função constitucional: a proteção de direitos, o restabelecimento do Direito quanto alguém sofre um dano por ato ilícito.

No âmbito da Justiça Federal, cuja competência é julgar as causas em que a União, suas autarquias ou empresas públicas, forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes (art. 109, I, CF), o tema toma especial relevo.

Como garantir a justiça ágil e eficaz na proteção de direitos dos particulares, quando violados pela Administração Pública Federal? É um desafio a ser enfrentado. É preciso encontrar fórmulas alternativas para as regras processuais atualmente vigentes que permitam a simplificação do processo (sem sacrifício da segurança jurídica) e ainda a implementação

* Trabalho apresentado no Seminário Precatórios na Justiça Federal, coordenado pela EMARF e Faculdade de Direito da UFF, com apoio do CEJ/CJE, no mês de abril de 2000, em Niterói/RJ.

** Mestre em Direito Constitucional pela PUC/RJ; Juíza Federal da 29ª Vara do Rio de Janeiro; Vice-Presidente da AJUFE na 2ª Região.

no mundo dos fatos do mandamento contido nas sentenças e acórdãos proferidos contra a Administração Pública.

Os juízes federais, na sua atuação cotidiana, devem ter um compromisso firmado com a Justiça democrática e eficaz. A autoridade dos julgados, sua necessária implementação através da atividade executória rápida e eficiente, está intimamente ligada ao aprimoramento da democracia brasileira, ao resgate da credibilidade do Poder Judiciário Federal perante a população, ao fortalecimento da cidadania, do sentimento de constituição e de crença nas instituições democráticas.

Há soluções propostas *de lege ferenda*: simplificação do processo, revisão das normas que asseguram prazos ampliados para a Fazenda Pública, revisão do reexame necessário, imposição de ônus maiores para o exercício do direito de recorrer aos tribunais superiores, criação dos juizados especiais cíveis na Justiça Federal, etc.

Mas há também possibilidade de enfrentar o problema com uma interpretação razoável das normas processuais, uma interpretação que parta de uma adequação do processo à Constituição Federal. Sem violar o devido processo legal, e os princípios que lhe são inerentes (contraditório, defesa, juiz natural, etc.), é importante ter em mente que o processo é instrumento para a consecução de um fim: proteção eficaz dos direitos individuais, sociais, coletivos eventualmente violados pelo Estado.

O processo não pode servir à não prestação da Justiça. Pelo contrário: ele deve ser instrumento de realização da justiça rápida. E tal realização não se limita à prolação da sentença que reconhece que o direito foi violado. Ela só ocorre com o restabelecimento de tal direito no mundo real, com a entrega do bem da vida àquele que ganhou a causa.

A respeito do tema manifestou-se de forma precisa o professor da Faculdade de Direito do Recife Maurício Rands:

“Ninguém desconhece que a lentidão e a excessiva burocratização da administração da Justiça são poderosos fatores da perda de eficácia e legitimidade do Judiciário. Para recuperá-las, na linha de raciocínio

de Boaventura de Souza Santos, urge redesenhar as instituições judiciárias adequando-as às atuais exigências. É neste marco, portanto, que a resistência dos ortodoxos às experiências inovadoras do campo do judiciário parecem equivaler à passividade dos suicidas. Diante de tantas mudanças no antigo monopólio regulador do Estado, deixar de experimentar mudanças em sua estrutura significa aceitar sua perda de eficácia e conseqüente morte. Com todos os custos que disso decorrem para a sociedade e as gerações futuras. Por isto, não soa exagerado admitir que as propostas voltadas a agilizar e tornar mais eficaz a administração da Justiça representam, em última análise, um esforço para assegurar a própria sobrevivência da instituição que se pretende reformar".¹

Especificamente quanto à execução dos julgados que contenham obrigação de dar quantia certa pela Fazenda Pública, sujeita ao regime de pagamento por requisição feita pelo Judiciário para que a verba necessária seja incluída na lei orçamentária do exercício seguinte (pagamento através de precatórios requisitórios), o desafio está em garantir a eficiência do sistema, de modo a que o *quantum* devido ao particular seja efetivamente e integralmente pago, em um prazo razoável.

Lamentavelmente, o sistema, tal como regido pela Constituição Federal de 1988, e especialmente a interpretação conservadora que vem sendo dada pelos Tribunais à norma constitucional têm gerado uma situação de absoluta incapacidade de o Judiciário cumprir, neste tema, sua função constitucional.

Vejamos algumas questões que vêm sendo suscitadas a respeito e ainda algumas iniciativas, por parte tanto da doutrina quanto da jurisprudência, e ainda dos Tribunais em sua função normativa-administrativa, que, mesmo *de lege lata*, buscam viabilizar o efetivo acatamento das sentenças contendo obrigação de dar quantia certa pela Fazenda Pública.

Incidentes processuais em precatórios

Questão que suscita grandes indagações é o processo de verificação da regularidade do precatório expedido pelo Tribunal responsável pela requisição do *quantum*.

Compete ao juízo da execução, de primeira instância, realizar os atos necessários à liquidação do julgado contra a Fazenda Pública, promover sua citação na execução e processar e julgar eventuais embargos de devedor opostos pela executada. Dirimidas as controvérsias referentes à fixação do *quantum debeatur*, o juiz de primeiro grau remete ao Tribunal o precatório requisitório, regularmente instruído, a fim de que o Presidente do Tribunal requisiite o pagamento à Administração.

No Tribunal, o precatório será submetido à avaliação quanto à sua regularidade formal, podendo o Presidente do Tribunal ordenar as diligências necessárias a seu saneamento, a fim de viabilizar o pagamento da verba requisitada.

A atividade do Presidente do Tribunal aqui tem natureza administrativa, e não jurisdicional, não sendo possível que o mesmo altere os cálculos de liquidação, se substituindo ao juiz da execução na apuração do *quantum debeatur*². Note-se que toda a controvérsia referente à liquidação do julgado já foi previamente travada no primeiro grau, com participação das partes, e todas as decisões do juiz de execução são passíveis de recurso.

Constituiria evidente violação do devido processo legal a reabertura da discussão já travada a respeito dos critérios adotados para a elaboração do cálculo ou dos índices de atualização monetária adotados pelo juízo da execução. Note-se inclusive que, tratando-se da União Federal, o processo em si já é extremamente moroso, em vista das prerrogativas processuais de que goza a Fazenda Pública, cabendo citar por exemplo os prazos ampliados, o reexame necessário das sentenças que lhe são desfavoráveis, a não aplicação dos efeitos da revelia, em vista da indisponibilidade dos bens públicos, a impossibilidade da transação, a necessidade de intimação pessoal de seus procuradores, e finalmente, a impenhorabilidade dos bens públicos.

A expedição do precatório indica que a *via crucis* do processo já foi percorrida, motivo pelo qual os atos realizados pelo Presidente do Tribunal visando dar efetividade ao precatório expedido, no que tange ao exame da regularidade da conta, são restritos.

Este já é há muito o entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1098-1-São Paulo, Relator Ministro Marco Aurélio, aquele Tribunal, examinando o art. 337, III, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que dispõe:

“art. 337 - Compete ao Presidente do Tribunal de Justiça:

III - ordenar, de ofício ou a requerimento das partes, a correção de inexatidões materiais ou a retificação de erros de cálculo;”

julgou procedente em parte a ação quanto a esta norma para, “sem redução do texto, excluir outras interpretações que não a de que as inexatidões materiais e as retificações por erro de cálculo, a que se refere o dispositivo, são aquelas originariamente decorrentes da atualização”.

Mais recentemente, a Suprema Corte reafirmou sua posição a respeito do tema no julgamento em sessão plenária de medida cautelar, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1662-7-São Paulo, Relator Ministro Maurício Corrêa.

Tal ação questiona a inconstitucionalidade de diversos incisos da Instrução Normativa nº 11, de 10.4.97, do Tribunal Superior do Trabalho, que uniformiza procedimentos para expedição de precatórios e ofícios requisitórios no âmbito da Justiça do Trabalho. No que tange ao tema sob exame, A medida cautelar foi deferida, nos seguintes termos:

“O Item VIII, alínea ‘b’, ao estabelecer que ao Presidente do Tribunal Regional compete: ... b) determinar, de ofício ou a requerimento das partes, a correção de inexatidões materiais ou a retificação de erros de cálculo, alcança, apenas, a correção das diferenças resultantes de erros materiais ou aritméticos, ou de inexatidões dos cálculos dos valores dos precatórios, não podendo alcançar o critério adotado para a elaboração dos cálculos nem a adoção de índices de atualização monetária diversos do que foram utilizados na primeira instância, tal como decidido por este Tribunal ao examinar o art. 337, III, VI, e VII, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça paulista (ADI nº 1098, j. em 11.9.96)”.

O Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região editou recentemente a Instrução Normativa IN-21-03, cujo objeto é definir procedimentos acerca dos precatórios judiciais, que estabelece, em acatamento à orientação contida na Resolução 211, de 13.8.99, do Conselho da Justiça Federal, sistemática específica para processamento de precatórios de valor superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Para análise, cumpre transcrever os seguintes dispositivos da Resolução 211/99, do Conselho da Justiça Federal:

Art. 6º - Nos precatórios de valor superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a Contadoria do Tribunal deverá fazer a análise dos elementos dos cálculos objeto da depreciação.

Art. 7º - Os precatórios mencionados no artigo anterior deverão ser encaminhados ao Ministério Público Federal para parecer.

Por sua vez, dispõe a Instrução Normativa do TRF da 2ª Região, acima mencionada:

06 - Compete à Seção de Apoio de Cálculo Judiciário (SECAJU/SAJ) analisar os elementos de cálculo, objeto da depreciação, nos precatórios de valor superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), e nos casos determinados pelo Presidente”.

02.3.11 - O precatório conterá, obrigatoriamente, as seguintes peças, além de outras que o Juiz julgar necessárias ou que as partes indicarem:

g) parecer do Ministério Público Federal sobre a regularidade do instrumento formado, em precatórios de valor superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)

Disposições Finais - 01 - Os precatórios com valor acima de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com entrada neste Tribunal até 1º de julho de 2000, serão encaminhados pela Divisão de Precatórios, independentemente de despacho, ao Ministério Público Federal.

01.1 - A SECAJU procederá à análise dos elementos de cálculo, após a manifestação do Ministério Público Federal nos autos do precatório.

Em resumo, a Instrução Normativa estabelece: oitiva necessária do Ministério Público “sobre a regularidade do instrumento formado” e ainda “análise dos elementos de cálculo” pelo Setor de Cálculos do Tribunal nos precatórios de valor superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Tal análise dos “elementos de cálculo” de precatórios de valor superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) é determinada também na Resolução do Conselho acima transcrita.

A interferência do Ministério Público no exame da regularidade dos precatórios não constitui novidade. Não obstante, tal parecer do Ministério Público só pode versar sobre o atendimento das formalidades extrínsecas do precatório. Quanto à conta em si, o *parquet* só poderia postular

a correção de erros materiais, como autorizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Não teria sentido em obstar-se que o Presidente do Tribunal pudesse alterar os critérios adotados pelo juiz para a feitura dos cálculos de liquidação e permitir-se ao Ministério Público que suscitasse tais questões nesta fase do processo executório.

Entendo que sequer a remessa dos autos do precatório ao juiz da causa para a retificação da conta, no que tange aos critérios adotados, seria pertinente.

Autores como Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva e Francisco Wildo Lacerda Dantas defendem que, sendo a atividade desenvolvida pela Presidência do Tribunal meramente administrativa, eventual irregularidade deve ensejar a devolução do precatório ao juiz de primeiro grau que decidirá sobre a questão suscitada, sendo tal decisão (de caráter judicial) recorrível.³

A Instrução Normativa em exame dispõe também que a Divisão de Precatórios do TRF da 2ª Região, ao ser “apontada alguma irregularidade, deve providenciar a remessa dos autos à Vara de origem para saneamento, após determinação da Presidência”.

No entanto, sequer ao juiz da causa é possível rever decisões já preclusas a respeito dos critérios fixados para a liquidação do julgado em sede de precatório requisitório. A vedação estabelecida pelo STF, quando restringe eventual retificação da conta à ocorrência de “erros materiais ou aritméticos” não se refere apenas ao Presidente do Tribunal, porque não é juiz da execução. A meu ver, o problema está em violação da coisa julgada ou do instituto da preclusão, quanto a matérias já decididas no processo.

Da forma como estão redigidas as normas da Instrução Normativa 21-03 acima transcritas, podem dar ensejo à interpretação de que, quanto a precatórios requisitórios de valor superior a R\$ 10.000,00, seria possível a reavaliação dos critérios adotados pelo juiz da execução para a elaboração da conta de liquidação, e além disso, de que nesses casos o parecer do

Ministério Público pudesse também versar sobre tais critérios.

Entretanto tal interpretação não se coaduna com a jurisprudência assentada pelo Supremo Tribunal Federal, notadamente nas duas ADINs acima referidas.

A tendência do Ministério Público Federal a extrapolar o exame da regularidade do precatório, apenas quanto às suas formalidades extrínsecas, muitas vezes decorre do fato de que o Ministério Público normalmente não atua como *custos legis* no processo de liquidação do título judicial, ou mesmo em ação de embargos oposta pela Fazenda Pública.

No entanto, a solução para o problema poderia estar em uma reavaliação de qual “interesse público” determinaria ou pelo menos aconselharia a participação do Ministério Público nos processos da Justiça Federal. É comum que o *parquet*, quando intimado para manifestar-se no processo de cognitivo ou mesmo executivo, negue intervenção, sob a alegação de que nem todo interesse da Fazenda Pública se traduza em “interesse público” a justificar sua atuação.

Se é assim, e admitindo como pacificada esta orientação nos Tribunais, também não é possível que o Ministério Público, ao intervir apenas no procedimento de caráter administrativo de requisição da verba para quitação do débito judicial da Fazenda Pública, pretenda transformar tal procedimento em uma espécie de ação de revisão dos atos judiciais realizados no processo judicial propriamente dito.

Normalmente os chamados “incidentes processuais em precatórios” referem-se a questões atinentes à correção da conta de liquidação ou aos critérios de atualização do *quantum*. Mas outras questões podem ser suscitadas.

Por exemplo, quanto à possibilidade de o juiz determinar a expedição do precatório logo que profere sentença na ação de embargos, e independentemente de tal sentença ter sido apreciada (ou por força de recurso, ou de remessa necessária, para os que a consideram cabível nesta fase) pelo Tribunal *ad quem*.

A questão é evidentemente controversa. Em minha atividade judicante, pois sou juíza titular da 29ª Vara Federal do Rio de Janeiro, tenho por hábito determinar a imediata

expedição de precatório requisitório quando profiro a sentença em ação de embargos à execução, independentemente do trânsito em julgado ou do fato de eventual recurso ter sido apreciado pelo Tribunal *ad quem*. E o faço por entender que a sentença proferida contra a União Federal em ação de embargos à execução não se submete à reexame necessário, devendo a União Federal, querendo, interpor o competente recurso.

Tal entendimento tem apoio em jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça (RESP 232753/SC, Relator Ministro Edson Vidigal, DJ 08.3.2000, pag. 150; RESP 232758/RS, Relator Ministro Fontes de Alencar, DJ 28.2.2000, pag. 130; RESP 235476/SP, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 3.4.2000, pag. 164).

Eventual apelação a ser interposta pela União Federal será recebida no efeito meramente devolutivo (art. 520, V). Ou seja, se a execução sofrera suspensão pela oposição de embargos, desacolhidos deve prosseguir, com a imediata expedição de precatório, inclusive dispensando-se o oferecimento de caução pelo exequente, pois a execução é definitiva, já que o título exequendo transitou em julgado (neste sentido: José Carlos Barbosa Moreira, in *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 14ª. ed., Ed. Forense, pag. 244).

Veja-se em apoio à tese o seguinte julgado do E. Superior Tribunal de Justiça:

“EMENTA: Processual Civil. Recurso Especial. Vulneração ao art. 588, do-GPC. Execução Provisória. Prestação de caução. I - A caução tem por objetivo evitar o denominado risco processual a que se submete o executado. No vertente caso, a execução ensejará a expedição de ofício requisitório, que será prenotado segundo a ordem cronológica, de modo que, não se cuidando de levantamento de importância, improcede a exigência de caução, a qual só será devida quando o Estado depositar a importância dos autos. III - Assim, a vulneração ao artigo 588, do CPC, é inconsistente, posto que a finalidade da caução é evitar futuro dano, o

que, na hipótese, só ocorrerá com o depósito do quantum debeatur e não com a expedição do precatório. IV - Recurso especial não conhecido (Recurso Especial 37008-6 - SP, Relator Ministro Pedro Aciole, RSTJ 62/334)."

Entendo que o fato de a inflação estar sendo mantida há alguns anos em patamares aceitáveis torna recomendável a adoção de uma política de expedição imediata de precatórios, após a prolação de sentença em embargos, sem prejuízo de reexame da mesma pelo Tribunal, de modo a viabilizar a rápida satisfação das dívidas e encerramento dos processos.

A medida ora defendida permite a agilização do processo, já que o julgamento da apelação interposta na ação de embargos corre paralelamente ao procedimento de inscrição do débito no orçamento. Desde que o pagamento efetivo do *quantum* seja condicionado ao trânsito em julgado da decisão que julgou a conta, nenhum prejuízo há para a Fazenda Pública.

Pelo contrário, tal medida, acredito, beneficia a Fazenda Pública, pois todos sabem que a maior parte da dívida nas chamadas "indenizações milionárias" é composta de correção monetária e penalidade de mora. De todo o modo, a discussão ora proposta referir-se à interpretação que o juiz da execução dá às normas processuais pertinentes. Ou seja, a decisão sobre se é cabível a expedição do precatório independentemente do trânsito em julgado da sentença (ou preclusão da decisão interlocutória) que fixou o *quantum debeatur*, compete ao juiz da causa, e em grau de recurso, ao órgão *ad quem*.

Então considero questionável que a Resolução do Conselho da Justiça Federal, o Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e ainda a Instrução Normativa que regulamenta a matéria, arrole como requisito essencial para o processamento do precatório a juntada da certidão de trânsito em julgado da decisão que julgou a conta⁴.

Na verdade, o Presidente do Tribunal, ao determinar ao juiz de primeiro grau que "regularize o precatório", instruindo-o com a certidão de trânsito em julgado da decisão que julgou a conta, estaria interferindo na atividade jurisdicional do juiz

da execução. Nessa hipótese entendo que o juiz da execução deve informar ao Presidente do Tribunal seu posicionamento, o qual deve ser acatado pelo Presidente, este no exercício de atividade administrativa.

De todo o modo, o problema pode ser superado se interpretarmos as normas administrativas em exame de modo a considerar a comprovação do trânsito em julgado da decisão que julgou a conta como requisito essencial ao levantamento do valor depositado à disposição do juízo e não à requisição da inclusão do débito no orçamento.

A correção monetária do débito inscrito no precatório

O art. 100, parágrafo primeiro, da Constituição Federal de 1988, dispõe:

“É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento dos débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, data em que serão atualizados seus valores, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte.”

Milton Flaks defende que tal dispositivo beneficiou os credores, ao poupá-los do

“dilema com que se defrontavam no regime anterior: promover a atualização do cálculo e a expedição do precatório o mais próximo possível de 1º de julho, sacrificando sua posição na ordem de precedência, ou adotar desde logo tais medidas, sujeitando-se a ver o seu crédito relacionado em moeda corrente, por um valor corroído pela inflação”.⁵

Interpretando tal dispositivo como obstativo de que o

quantum sofra atualização posterior à prevista na Constituição, o autor observa que o legislador constituinte incorporou ao direito positivo a doutrina do Supremo Tribunal Federal, a qual se firmou em três etapas:

“a) primeiramente a Suprema Corte declarou inconstitucionais disposições do Reg. Interno do TJSP (Resoluções ns. 6/84 e 7/84) que obrigavam o Executivo a atualizar os valores constantes dos precatórios na data do efetivo pagamento;

b) depois, não admitiu o seqüestro de rendas públicas, determinado pelo mesmo Tribunal, sob o fundamento de que incorre preterição no direito de precedência se a Administração paga ao credor pelo valor singelo em moeda corrente - cruzeiros, à época - não obstante haver sido o precatório expedido em moeda de conta - ORTN;

c) por último, assentou que contrariava o art. 117, § 1º da EC nº 1/69, a expedição de precatórios em moeda de conta - ORTN”.

Tal posicionamento do STF decorre da alegada incompatibilidade da indexação do débito com a previsão orçamentária, em moeda corrente não indexada:

*“Se fosse admitida a atualização até a data do efetivo pagamento, no curso do exercício financeiro seguinte, o Executivo sempre poderia alegar erro na estimativa da inflação e desatender aos precatórios remanescentes, uma vez esgotada a verba orçamentária, visto que o texto constitucional não vai ao ponto de exigir suplementações, mesmo porque estas dependem de superavit, anulação de outras dotações ou operações de crédito”.*⁶

Entretanto, a alegada incompatibilidade entre a atualização integral do crédito (até a data do efetivo pagamento)

e as normas que regem o orçamento não resiste a uma verificação superficial de como hoje são manejadas as verbas orçamentárias pelo Poder Executivo.

Em primeiro lugar, o Chefe do Executivo hoje lança mão de medidas provisórias para transferências de verbas no orçamento, a seu talante. De fato, o Presidente Fernando Henrique Cardoso, em 30.6.2000, já havia editado desde o início do seu primeiro mandato 4242 medidas provisórias, contra 812 editadas pelos demais governos, desde a promulgação da Carta de 1988.⁷ Inúmeras destas medidas provisórias tratam de re-alocação de verbas no orçamento.⁸

Em segundo lugar, temos hoje a aprovação de emenda constitucional (27/2000), a qual acrescentou ao ato das disposições constitucionais transitórias da Carta de 1988 o artigo 76 prevendo a desvinculação de 20% da arrecadação de impostos e contribuições sociais da União, o que aumenta – e muito – a discricionariedade do Executivo na aplicação das verbas públicas.

Ou seja, a alegada rigidez de previsões orçamentárias a inviabilizar a satisfação integral do crédito judicial pela Administração não corresponde à realidade. O que não há é vontade política de adotar mecanismos que permitam o pagamento dos débitos judiciais atualizados até a data do pagamento (muito embora o discurso oficial de que o Governo hoje se preocupa com a propalada crise do Judiciário, que tem como principal causa a incapacidade de entrega do bem da vida ao vencedor da ação em prazo razoável).

A norma constitucional determina a atualização dos valores inscritos no precatório após sua apresentação no Tribunal, em 1º de julho. O pagamento poderá ser efetuado até dezoito meses depois (no final do exercício financeiro seguinte), o que gera evidentemente defasagem. Mesmo que, a partir do Plano Real, a inflação tenha sido reduzida a níveis toleráveis, haverá sempre perda para o credor que recebe o valor nominal do *quantum* dezoito meses após a última atualização.

Mais recentemente, já sob a égide da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal, apesar de manter o entendimento de que, por força do art. 100, § 1º, da Carta

Constitucional, a atualização do *quantum* deve ser feita no dia 1º de julho do ano anterior àquele em que será efetuado o pagamento, considerou constitucional o art. 57, § 3º, da Constituição do Estado de São Paulo, o qual prevê que os créditos de natureza alimentícia serão pagos através de precatórios, de uma só vez, e devidamente atualizados até a data do efetivo pagamento.

Ou seja, entendeu o Supremo Tribunal Federal que, muito embora não haja norma que obrigue a atualização dos valores até o dia do pagamento, não há impedimento a que o constituinte estadual assim estabeleça, como o fez o constituinte paulista para os créditos alimentares. Cabe ressaltar a posição defendida pelo Ministro Marco Aurélio Mello, no sentido de que todos os créditos devem ser necessariamente atualizados até a data do pagamento, independentemente de sua natureza e, além disso, que o pagamento do resíduo inflacionário dispensa a expedição de novo precatório, bastando mera requisição que não deve ser submetida novamente à ordem de apresentação. Sustenta o eminente jurista:

*“Os precatórios, quer os relativos aos créditos de natureza alimentares, quer aos comuns, viabilizam, a teor da Constituição Federal, a satisfação integral da obrigação imposta mediante provimento judicial. O fato de o artigo 100 do Diploma Básico aludir à atualização em 1º de julho tem objetivo único, ou seja, saber-se, exatamente, o valor a ser considerado na dotação orçamentária. A diferença decorrente dos nefastos efeitos da espiral inflacionária, seja de que gradação for, há de ser satisfeita, também, no prazo constante do § 1º do artigo 1000 do Texto Maior em vigor, contando o Estado, para isso, com o instituto do crédito suplementar. A hipótese sugere simples complementação e não a volta à via crucis do precatório, em infundável círculo vicioso como já salientado.”*²⁹

No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 1098-1-SP, relator Ministro Marco Aurélio, ocorrido em

11.09.96, o Supremo Tribunal Federal, examinando a constitucionalidade do art. 337, VII, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹⁰, considerou constitucional a requisição de verbas, com prazo de noventa dias, para complementação de depósitos insuficientes, dando no entanto interpretação restritiva para tal dispositivo.

Tal complementação, que autorizaria a requisição, só poderia referir-se

“a diferenças resultantes de erros materiais ou aritméticos ou de inexatidões dos cálculos dos precatórios, não podendo dizer respeito ao critério adotado para a elaboração do cálculo ou a índices de atualização diversos dos que foram atualizados em primeira instância, salvo na hipótese de substituição, por força de lei, do índice aplicado”.

Entretanto, em julgamento mais recente (11.9.97), de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, ADIN 1662-7-SP, Relator Ministro Maurício Corrêa, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucionais os itens III e XII da Instrução Normativa nº 11/97¹¹, do Tribunal Superior do Trabalho, os quais estendiam a possibilidade de efetivação de seqüestro de verbas pelo Presidente do Tribunal competente para as hipóteses de não inclusão pura e simples das verbas requisitadas no orçamento e ainda para o caso de pagamento a menor do *quantum* requisitado.

Assim fundamentou o Ministro Relator a declaração de inconstitucionalidade das normas administrativas em comento:

“Vê-se que o constituinte de 1988 não foi pródigo na autorização de seqüestros, ao prever a sua efetivação exclusivamente para o caso de preterimento do direito de precedência. Não vejo possibilidade de harmonizar o elástico que a Instrução Normativa do Tribunal Superior do Trabalho deu para o seqüestro com a parcimônia do constituinte, ao menos por três motivos: primeiro, tanto a não inclusão no orçamento da verba necessária ao

pagamento dos precatórios como o seu pagamento a menor, por não estar atualizado ou porque feito fora do prazo, constituem-se em evidente descumprimento de ordem judicial, sujeitando o Estado infrator à intervenção federal, como expressamente prevê o inciso VI do art. 34 da Constituição (a União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: VI – prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial); segundo, seqüestros indiscriminados determinados pela Justiça do Trabalho perturbam seriamente a execução do orçamento, implicam no preterimento do direito de precedência dos demais credores e ainda incidem sobre valores nele previstos e que foram liberados para pagamento de outros débitos; terceiro, como no caso do item III, o seqüestro ocorre sem que haja o mínimo contraditório, ouvindo-se, apenas, o Ministério Público”.

Cabe uma crítica, com a devida vênia, à nossa Suprema Corte. O apego à interpretação literal da norma constitucional leva à inviabilização da execução célere e integral dos julgados contra a Fazenda Pública, com comprometimento da credibilidade do Poder Judiciário, como já observado no início desse trabalho. Não há diferença ontológica entre a atitude de desrespeitar a ordem de inscrição dos créditos no momento de efetuar o pagamento, e a de pura e simplesmente não inscrever crédito apresentado até o dia 1º de julho, como determina a Constituição. Nos dois casos há violação do direito do credor de receber seu crédito e, principalmente, desrespeito à determinação do Poder Judiciário de inscrever o crédito no orçamento e de efetuar o pagamento.¹²

Não obstante, a obrigatoriedade expressamente consignada na Constituição Federal de inclusão no orçamento dos créditos inscritos até o dia 1º de julho, não há mecanismos eficazes de coerção e de sanção para o descumprimento da norma constitucional. A intervenção federal no Estado infrator, admitida pelo STF como única sanção para o descumprimento da requisição judicial no julgado acima citado, implica em medida

excessivamente drástica e cuja adoção atende à lógica e injunções políticas, por isso mesmo, é de difícil concretização.

É premente portanto a revisão da jurisprudência hoje assentada no Supremo Tribunal Federal, no que toca à atualização do *quantum* até a data do efetivo pagamento, possibilidade de requisição de verba complementar, sem necessidade de expedição de novo precatório, para o caso de pagamento inidôneo (a menor) e ampliação das hipóteses de cabimento de seqüestro, o que é possível a partir de interpretação extensiva do “preterimento” previsto na norma constitucional.

Conclusão

Procurou-se no presente trabalho suscitar-se algumas questões atinentes ao sistema de precatórios, adotado para a execução de obrigação de dar quantia certa pela Fazenda Pública, tanto no que tange a eventuais incidentes que podem retardar o processamento dos precatórios nos Tribunais, quanto no que toca à adoção de mecanismos que assegurem a satisfação integral do débito judicial em prazo razoável, com a terminação dos processos, evoluindo-se de uma estrutura hoje kafkiana em que a integral quitação das débitos judiciais da Administração Pública é inviável.

O Poder Judiciário é por sua vez devedor da sociedade brasileira no desempenho de sua função constitucional de restabelecer o Estado de Direito, quando violado. A busca de soluções para o problema do mal funcionamento do Poder Judiciário, hoje, o resgate de sua inadimplência incontestável perante a sociedade brasileira, é urgente, estando em jogo o próprio fortalecimento da democracia em nosso país.

Notas

¹ *In* Precatório: pode continuar como está?, LTr - Legislação do Trabalho, ano 63, n. 2, fev/99.

² É este o entendimento do juiz federal Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, in Execução Contra a Fazenda Pública, Malheiros Editores, 1999, pag. 116: "A atuação da Presidência do tribunal no processamento do precatório é meramente administrativa, desprovida de qualquer conteúdo jurisdicional, salvo no caso de seqüestro (medida processual) e intervenção (medida política). A fixação de critérios de correção bem como a denominação de 'precatório alimentar', v.g., são da alçada do juiz da execução. Os incidentes da execução, nesta fase, devem ser decididos pelo juiz da execução, e não pela presidência do tribunal".

³ Segundo noticia Ricardo Perlingeiro (ob. cit., pag. 117), "O Supremo Tribunal Federal, pelo lapidar voto do Min. Rodrigues de Alckmin, assim se posicionou: "A função de natureza administrativa do presidente do Tribunal, ao atender à precatória, não comporta decisão e conseqüentes recursos de natureza jurisdicional. Se não é mero autômato e não está impedido de verificar a regularidade do precatório, se verifica erro, deve encaminhá-lo à autoridade judiciária que o expediu porque esta, sim, é a competente, com função jurisdicional, como juiz do processo, para decidir o erro e, evidentemente, corrigi-lo. Nem se diga que o presidente do tribunal não pode estar submetido à decisão do juiz de primeira instância. No caso, o presidente age como autoridade administrativa desvestida, aí, do poder jurisdicional. E da decisão do juiz de primeiro grau poderão, os interessados, interpor os remédios cabíveis para o tribunal competente". No mesmo sentido: Francisco Wildo Lacerda Dantas: O Sistema do Precatório, RT 754/72-98.

⁴ Dispõe o art. 2º e seu inciso V, da Resolução 211/99, do Conselho da Justiça Federal: *Art. 2º - O precatório conterá, obrigatoriamente, as seguintes peças, devidamente autenticadas, além de outras que o juiz julgar necessárias ou as partes indicarem: V - decisão que se tiver pronunciado sobre a conta e inteiro teor do acórdão, no caso de ter havido recurso, com a respectiva certidão de trânsito em julgado, ou certidão de que não foram opostos embargos ou qualquer outra impugnação aos respectivos cálculos. Também a Instrução Normativa 21-03 do TRF da 2ª Região, ao arrolar as peças que obrigatoriamente instruem o precatório, entre tais peças prevê: "inteiro teor da sentença e, quando houver, de acórdão do Tribunal Regional Federal, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, sempre com a certidão de trânsito em julgado"*.

⁵ Milton Flaks, Precatório judiciário na Constituição de 1988, in Revista Forense 306/107.

⁶ Milton Flaks, ob. cit., pag. 112.

⁷ dados obtidos no site <http://www.planalto.gov.br>, em 11.7.2000.

⁸ para citar apenas alguns exemplos de medidas provisórias que tratam de transferência de verbas no orçamento: medidas provisórias 1653/98; 1645/98; 1600/97; 1582/97; 1418/96; 1455/96; 1564/97; 1419/96; 1181/95; 997/95.

⁹ in A Eficácia dos Precatórios, Seleções Jurídicas COAD, abril de 1997.

¹⁰ *in verbis*: “Compete ao Presidente do Tribunal de Justiça: VII – requisitar das entidades devedoras a complementação de depósitos insuficientes no prazo de noventa dias, determinando vista aos interessados no caso de desobediência.”

¹¹ as normas consideradas inconstitucionais são as seguintes: *Item III - O não cumprimento da ordem judicial relativa à inclusão, no respectivo orçamento, pela pessoa jurídica de direito público condenada, de verba necessária ao pagamento do débito constante de precatório regularmente apresentado até 1º de julho, importará na preterição de que tratam os §§ 001º e 002º do art. 100 da Constituição da República e autorizará o Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, a requerimento do credor, expedir, após ouvido o Ministério Público, ordem de seqüestro nos limites do valor requisitado; e Item XII - Na hipótese ressalvada no item anterior [referente ao art. 57, § 3º, da Constituição de São Paulo que determina o pagamento de precatórios alimentares com atualização até a data do pagamento], caso efetivado o pagamento por meio inidôneo, a menor, sem a devida atualização ou fora do prazo legal, poderá o Juiz da Execução, a requerimento da parte interessada, requisitar ao Presidente do Tribunal o seqüestro da quantia necessária à satisfação do crédito, após a atualização do débito e oficiada a entidade devedora com prazo para pagamento.*

¹² neste sentido, Maurício Rands, In Precatório: pode continuar como está?, LTr - Legislação do Trabalho, ano 63, n. 2, fev/99.

Referências bibliográficas

- GRECO FILHO, Vicente. *Da execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- FEDERIGHI, Wanderley José. *A Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução contra a Fazenda Pública*. Malheiros Editores, 1999.
- FERRO, Marcelo Roberto. "Execução de crédito de natureza alimentícia contra a Fazenda Pública – Exegese do art. 100 da CF", in *Revista Forense* 329/111.
- RANDS, Maurício. "Precatório: Pode continuar como está?", *LTZ - Legislação do Trabalho*, ano 63, n. 2, fev/99.
- FLAKS, Milton. "Precatório Judiciário na Constituição de 1988", in *Revista Forense* 306/107.
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. "O sistema do precatório", in *Revista dos Tribunais*, 754/72.
- MELLO, Marco Aurélio. *A Eficácia dos Precatórios*, Seleções Jurídicas COAD, abril de 1997.

Juizados Especiais Federais

*J.E. Carreira Alvim**

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares. 2. Juizados especiais – Democratização do processo. 3. Competência e estrutura dos juizados especiais. 4. Meios alternativos de resolução dos conflitos. 5. Aplicação subsidiária da Lei n. 9.099/95. 6. Legitimação para agir como autor. 7. Poder de transigir dos entes federais – Base da conciliação. 8. Tutela antecipada nos juizados especiais – Possibilidade. 9. Recursos nos juizados especiais. 10. Desfunção do mandado de segurança como sucedâneo recursal – Agravo de instrumento das interlocutórias de mérito. 11. Impossibilidade de ação rescisória e possibilidade de revisão criminal. 12. Considerações finais.

1. Considerações preliminares

Estas considerações me parecem importantes, no momento em que se busca viabilizar em nível infraconstitucional os juizados especiais federais, previstos na Emenda Constitucional n. 22, nestes termos:

* Professor de Direito Processual Civil da PUC-Rio; Juiz do Tribunal Regional Federal da 2ª Região; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP); Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

“Art. 98.....
Parágrafo único. Lei federal disporá sobre a criação de
juizados especiais no âmbito da Justiça Federal”.

Não podemos deixar passar o bonde da história, porque é este o momento para repensarmos os grandes problemas enfrentados pelos juizados especiais estaduais, para não incidirmos nos mesmos erros e tropeçarmos nos mesmos obstáculos.

2. Juizados especiais federais – Democratização do processo

Vejo o juizado especial federal como uma solução diversa da Justiça tradicional, feita nos moldes do Código de Processo Civil, ainda apegado ao formalismo, e, sobretudo, uma excelente oportunidade para *democratizarmos* o processo, tratando as partes *paritariamente*, sem qualquer privilégio para os entes federais.

Penso que se não acabarmos com os privilégios que são reconhecidos aos entes públicos neste País, esse juizado especial que se pretende criar será tão *emperrado* como é a Justiça tradicional. De modo que, a nova lei que vier a criá-lo deve conter um dispositivo mais ou menos assim: “Os prazos processuais das entidades públicas são os mesmos prazos processuais das partes”; ou então: “Os prazos processuais são idênticos para todas as partes”.

Vamos acabar com todos os privilégios dos entes públicos, que não se justificam em face das pequenas causas que são objeto dos juizados especiais; vamos pôr fim aos privilégios de prazo em dobro para recurso, prazo em quádruplo para contestar, eliminar o precatório como instrumento de pagamento de débitos judiciais. Vamos utilizar essa “cova rasa” para sepultar esses odiosos e injustificáveis privilégios com que o nosso ordenamento jurídico ainda brinda a União Federal e suas autarquias e fundações.

A isso se denomina *democratização do processo*, que no Brasil do neoliberalismo vem sendo, a todo momento, afrontado por medidas provisórias.

3. Competência e estrutura dos juizados especiais federais

Penso que a competência dos Juizados Especiais Federais não deve ser elencada nos moldes da Lei n. 9.099/95, como sugerido por alguns doutrinadores, copiando simplesmente a competência dos Juizados Estaduais. Ao contrário, devemos levar em consideração as peculiaridades da Justiça Federal, pois temos muitas demandas que são comuns à Justiça Estadual, como as demandas providenciárias, as relativas à correção monetária, as execuções, mas temos também demandas próprias da Justiça Federal, ajuizadas em face dos entes referidos no art. 109, I, da Constituição.

Penso também que não devemos incidir no mesmo erro da Lei n. 9.099/95, ao instituímos o juiz leigo, fazendo-o recair na pessoa do advogado, nem identificar a função de conciliador com a de bacharel em direito. Penso que o juiz leigo deve atuar como um juiz *instrutor* e ser leigo mesmo (sem ser necessariamente advogado), principalmente para viabilizarmos os Juizados Especiais nas comarcas que não contam com esses profissionais —, como nos inúmeros municípios do Norte e Nordeste deste País — atribuindo-lhe também poderes para resolver o litígio de acordo com a equidade.

Tenho sempre dito e sustentado que indicar o advogado para ser juiz leigo, é o mesmo que indicar um juiz de direito sem concurso, porque ele, pela sua formação profissional, tenderá a ser tão técnico quanto é o juiz togado.

4. Meios alternativos de resolução dos conflitos

Acredito que seja esta uma excelente oportunidade para prestigiarmos a *mediação* e a conciliação, instituindo de um

sistema semelhante ao sistema de *portas* do Direito americano; ou seja, ninguém chega ao juiz togado diretamente, pela porta da frente. A parte autora chega ao Juizado Especial por uma porta *especial*, através de uma espécie de *consultor*, que vai examinar previamente a sua pretensão, as provas de que dispõe, etc., esclarecendo-lhe a sua real situação processual. Esses consultores devem ser pessoas esclarecidas, sendo até aconselhável que sejam de algum modo ligadas ao direito (estudantes das últimas séries do curso de Direito, seria o suficiente), pessoas que poderiam até dissuadir o eventual autor de que a sua demanda teria pouca ou nenhuma chance de sucesso.

Devemos prestigiar também a arbitragem, porque esta será o grande instrumento jurídico da Justiça do futuro, e, infelizmente, não sei por qual razão, os juizes togados temem a arbitragem, como temem os juizes leigos; e não se tem notícia de que a arbitragem tenha funcionado nos Juizados Especiais Estaduais. Temos que prestigiar a arbitragem, porque, afinal, é a única forma de se fazer justiça fora da estrutura estatal, lenta, emperrada e sem possibilidades de solução satisfatória a curto ou médio prazo.

5. Aplicação subsidiária da Lei n. 9.099/95

Quanto à aplicação subsidiária da Lei 9.099/95, penso que devemos também fazer referências específicas ao que não se aplica aos Juizados Especiais Federais, porque lidamos com causas diferentes, e, sobretudo, onde predomina mais matéria de direito do que matéria de fato. Portanto, a contumácia do autor não tem muito sentido na Justiça Federal. Numa demanda alimentar, perante a Justiça Estadual, se o autor não comparece, presume-se que não tenha mais interesse nos alimentos, mas, se aplicarmos a mesma regra nas demandas previdenciárias, vamos acabar levando todos os nossos “velhinhos” (com todo carinho) da Previdência Social à presença do juiz, porque, na sua ausência, o processo será extinto e arquivado. E eles vão comparecer lá só para olhar

para a cara do Juiz, porque o INSS não aceita conciliação, e toda a matéria fática já está provada por documento.

Todos se lembram o quanto juramos para acabar com a contumácia do autor, de forma a resolver de vez o litígio, e o legislador de vez em quando cisma em reinstaurar a contumácia do autor, o que, num grande número de casos, é apenas uma forma de empurrar o desfecho da causa com a barriga. Porque todo mundo que vai à Justiça e tem um processo arquivado, porque não compareceu em juízo, volta a propor a demanda de novo, percorrendo outra vez o mesmo caminho para se alcançar a satisfação do seu direito.

6. Legitimação para agir como autor

Quanto à União entidades estatais participarem dos Juizados Especiais na qualidade de autoras, penso que não devem ser admitidas, e por uma razão bem simples. Todos sabemos que as grandes responsáveis pelo acúmulo de demandas na Justiça são exatamente estes entes, por conta da recalcitrância dos poderes públicos em cumprir a lei nesse país. Sempre que me perguntam quando se resolverá o problema da morosidade da Justiça no Brasil, eu respondo com a experiência de magistrado por mais de uma década: “Quando os poderes públicos – desculpem a rigidez da expressão – tomarem vergonha na cara”. Enquanto a própria Administração Pública e seus agentes, de forma reiteradamente irresponsável, se utilizarem da Justiça para não cumprir a lei, e, sobretudo para se utilizarem desse famigerado “precatório” —, que nem depois de ter dado as conseqüências que deu no Sul, foi extirpado do ordenamento jurídico —, para pagar dívidas judiciais, não teremos justiça rápida neste País.

Por isso, se abriremos as portas do Juizado Especial a essas entidades para lá comparecerem como autoras, podem ter certeza de que serão essas entidades as primeiras a *inviabilizarem* também os nossos Juizados Especiais, e amanhã

estaremos sugerindo a criação dos Juizados Especialíssimos, porque os Juizados Especiais já não resolverão mais os problemas da Justiça Federal.

Penso também que, nessa nova lei, não se deve deixar que o legislador venha com o famoso “poderão”, que na verdade não cumpre finalidade nenhuma. Se disser a lei que “Poderão os representantes da União e entidades estatais deixar de recorrer”, nenhum procurador deixará de fazê-lo, podem ter certeza.

Neste País, o agente público tem medo de tomar decisões, ou seja, desde as autoridades máximas desta República até as menores, todos têm medo de tomar uma decisão. Quando a lei diz que o agente da Administração “poderá”, ele fica com receio de se omitir, e acaba praticando o ato que a lei o isentou de praticar, segundo o seu livre discernimento. O termo “poderão”, entre nós, não surte efeito nenhum.

7. Poder de transigir dos entes federais – Base da conciliação

Penso que deve vir expresso na lei o poder dessas entidades de transigir naquelas causas sujeitas à jurisdição dos Juizados Especiais Federais. A própria lei já deve dar o poder direto aos representantes dessas entidades, para não deixar nenhuma dúvida, de que, lá, haverá possibilidade de transação, e, conseqüentemente da conciliação, base de apoio e suporte dessa especial forma de Justiça.

Não se deve dar um poder indireto aos representantes do Poder Público, porque todas as vezes em que se pretendeu fazer isso, a norma legal não cumpriu a sua finalidade.

8. Tutela antecipada nos juizados especiais – Possibilidade

Um dos grandes problemas dos Juizados Especiais tem sido a antecipação da tutela.

Quando fiz a primeira palestra sobre essa matéria — “Tutela antecipada nos juizados especiais” — afirmei que os Juizados Especiais não comportavam tutela antecipada, como também pensava que a justiça trabalhista não a comportava. Isso porque esses juízos são juízos *concentrados*, e em todo juízo concentrado ou sumário, a justiça é feita *hic et nunc* (aqui e agora), ou seja, de imediato. Até que um dia, um juiz do Sul me disse o seguinte: “Havia chegado lá um jurisdicionado pedindo justiça, pois ele era locatário de um barracão situado nos fundos de uma casa, e o locador, que queria a devolução do barraco, havia cortado a luz, e ele se encontrava com sua pequena geladeira sem força, e lá estavam as “papinhas” das crianças, o leite, etc., e se a luz não fosse religada tudo se perderia. A pauta de audiências desse juiz estava congestionada pelos próximos quatro ou cinco meses. Aí ele me perguntou: “Carreira Alvim, amigo, o que é que deveria fazer?”. Lógico que antecipei a tutela, disse-me ele, e resolvi o problema angustiante daquele jurisdicionado, em face da arbitrariedade do seu locador.

A antecipação da tutela, como se vê, é realmente necessária, principalmente em casos como estes, e, muitas vezes, nas causas previdenciárias, em que o INSS suspende *manu militari* o benefício previdenciário regularmente concedido ao segurado. Certa vez, eu reformei uma decisão de um juiz de primeiro grau, dando efeito ativo a um agravo de instrumento, num caso em que fora cancelado o benefício previdenciário, e esse juiz denegara a tutela antecipada porque não vira *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, a dar suporte ao provimento antecipatório.

9. Recursos nos juizados especiais – Turma recursal

Penso que devemos também preservar os Juizados Especiais contra os recursos, porque estes são a grande praga que infesta o processo civil, impedindo que o processo se desenvolva de forma rápida, a permitir a prestação efetiva e ágil da Justiça.

No fundo, supõe a lei que o juiz sempre erra, ao proferir a decisão ou sentença, ou seja, e dá-lhe recurso, de todos os tipos e de todas as formas. Quem tem o direito de errar por último é o Supremo Tribunal Federal, e, mesmo assim, porque não existe uma Corte superior a ele.

Dá-se recurso no suposto de que o juiz de primeiro grau errou; a Turma do Tribunal confirma, por maioria, a sentença, negando provimento à apelação, mas também supõe-se que ela errou; dão-se embargos infringentes para a Seção, que confirma o acórdão da Turma, mas, de novo supõe-se que ela errou; dá-se recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, que também confirma o acórdão da Seção; e, por fim, como também se supõe que o STJ errou, dá-se recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal. E os recursos só param aí porque não tem nenhum outro órgão sobreposto ao STF, para dizer que ele errou, pelo que prevalece enfim o erro. Estou dizendo isso, não especificamente do nosso Supremo Tribunal Federal, mas da Corte Suprema de qualquer país. Isso é uma absurdo.

Então, temos que partir do princípio oposto, ou seja, parte do princípio de que o juiz acertou, e que a sentença está correta, podendo inclusive ser provisoriamente executada.

Portanto, concordo em que se deva restringir os recursos nos Juizados Especiais Federais ao mínimo indispensável para atender a essa íntima satisfação da parte de recorrer, ainda que para perder. Valha a assertiva feita por Carnelutti, de que a parte é sempre vendida, mas nunca convencida.

Deve-se admitir recurso para uma turma recursal – que poderia chamar-se apelação, embargos infringentes, recurso ordinário, ou qualquer outro nome que se queira dar-lhe – órgão este constituído por três juizes do primeiro grau, que funcionariam num sistema que preservasse o juizado especial de se transformar num apêndice mal acabado da Justiça comum federal.

O recurso poderia ser interposto pela própria parte – diversamente do que acontece com a Lei n. 9.099/95 – mediante simples manifestação de vontade de recorrer da

decisão, independentemente do oferecimento de razões, nos moldes como sucede com a apelação criminal, tudo bem informal, como deve ser um juizado especial. A parte contrária seria intimada para responder, podendo fazê-lo, também, pessoalmente, sem a interferência de advogado.

10. Desfunção do mandado de segurança como sucedâneo recursal – Agravo de instrumento das interlocutórias de mérito

Por outro lado, aceitar, nos Juizados Especiais, o mandado de segurança como meio de se impugnar eventualmente um provimento liminar, quer tenha quer não tenha sido concedida a tutela antecipada, é o maior absurdo, a maior teratologia que se pode conceber. Em outros termos, esse sucedâneo recursal transforma o juiz —, que está amparado na *garantia política* reconhecida aos membros do Poder Judiciário, de não serem responsabilizados pelas decisões e sentenças que proferem —, de órgão julgador (verdadeiro juiz que é) em autoridade coatora, e, como tal, autoridade responsável por uma ilegalidade ou abuso de poder.

Por isso, venho sustentando o seguinte. Realmente o Juizado Especial não foi feito para ter antecipação de tutela, porque, sendo um juízo sumário e concentrado, a justiça se faz *simpliciter et de plano*. Mas se a tutela antecipatória se faz necessária, mediante decisão interlocutória, *quid iuris?*

Ora, se importamos o remédio, ou seja o provimento antecipatório, vamos importar também o antídoto, quando o remédio não tenha sido adequadamente ministrado, e esse antídoto não pode ser outro senão o agravo de instrumento, que, por sinal, tem configuração mandamental. E com maiores vantagens do que a admissão do mandado de segurança contra ato judicial. Neste, não se transforma o juiz, de julgador em autoridade coatora, porque ele (juiz), em princípio, fica fora da discussão, só presrando as informações se o relator do agravo reputar necessário. Não se houve, necessariamente, o órgão

do Ministério Público, cuja audição no mandado de segurança é indispensável; enfim, a discussão da questão interlocutória se passa entre agravante e agravado, entre quem foi prejudicado e beneficiado pela decisão agravada.

Assim, não vejo sentido em não se utilizar do agravo, que é um recurso previsto nas leis processuais para se impugnar decisão interlocutória, e onde se mantém a legitimidade das partes, sem transformar o juiz em autoridade coatora, para utilizar o mandado de segurança, que só foi admitido no ordenamento jurídico para se impugnar decisões teratológicas, na falta de um mecanismo como o agravo de instrumento interposto diretamente no tribunal, nos moldes atuais.

Com isso, não se vai admitir recurso das decisões interlocutórias *tout court*, mas apenas daquelas que contiverem conteúdo de decisão substancial, material ou de mérito – como são as que concedem ou denegam tutela antecipada – permanecendo irrecorríveis todas as demais interlocutórias situadas fora dos lindes das interlocutórias de mérito. Apenas para a impugnação destas, será admitido o agravo; não para as demais, que permanecerão irrecorríveis.

Digo sempre, que no dia em que alguém propuser uma ação contra o Estado porque um juiz, como autoridade coatora, errou ao conceder ou não conceder uma tutela antecipada no Juizado Especial, e o Estado voltar-se regressivamente contra o juiz para obter dele o ressarcimento do que pagou, o Tribunal se dê conta da irracionalidade de se admitir mandado de segurança como recurso ordinário de Juizado Especial (e também na Justiça do Trabalho).

O mandado de segurança não deve ser admitido como regra, porque existem tantas teratologias (decisões verdadeiramente absurdas), que, muitas vezes, o tribunal não tem outra alternativa a não ser corrigir a decisão através do *mandamus*; mas isso deve ser excepcionalíssimo, de modo a não transformar o mandado de segurança em recurso atípico de Juizado Especial, ou seja, um recurso com prazo de 120 dias. Quer dizer, enquanto todos os recursos legais, e até mesmo os recursos especial e extraordinário, que são

constitucionais, devem ser interpostos no prazo máximo de 15 (quinze dias), tendo para o Juizado Especial um “recurso mandamental”, ou sucedâneo recursal, como se queira, com um prazo dilatado de 120 dias. Aliás, no extinto Tribunal Federal de Recursos, já se admitia o mandado de segurança como sucedâneo recursal, mas exigia-se a interposição concomitante do recurso cabível (agravo, apelação, etc.), dentro do prazo legal, para que o *mandamus* recursal não tivesse o seu prazo dilatado para 120 dias.

11. Impossibilidade de ação rescisória – Possibilidade de revisão criminal

Por fim, a ação rescisória de sentença cível também não deverá ser admitida nos Juizados Especiais Federais; porquanto a sentença criminal estará sempre sujeita a revisão criminal, aplicando-se analogicamente a legislação processual penal comum.

A ação rescisória é um recurso extraordinário que, no Brasil, é tratado como meio autônomo de impugnação, justo porque o seu objetivo é agredir (desconstituir) a coisa julgada. Por isso, só também excepcionalmente deve ser admitido.

O projeto dos Juizados Especiais Federais elaborado por juízes integrantes da AJUFE chega a dar competência para o julgamento da ação rescisória ao Tribunal Regional Federal, o que constitui mais um desvio na linha lógica que compõe esse especial modalidade de fazer Justiça. Isso porque, embora a lei não admita nenhum recurso para o TRF – já que o recurso nos Juizados Especiais ficam circunscritos às turmas recursais – a rescisória acabaria por possibilitar recurso para aquele Tribunal, pois bastaria a parte, depois de transitada em julgado a sentença, em primeiro grau ou na turma especial, valer-se da ação rescisória. É que no Brasil, mesmo em se tratando de rescisória de sentença, os tribunais não se limitam ao *iudicium rescindens* (rescisão da sentença), adentrando no campo do *iudicium ressessorium* (rejuizando a causa). Para mim, isso é um

erro, pois o tribunal deveria limitar-se a rescindir o julgado, restituindo o processo ao órgão julgador originário, para que julgue de novo; tarefa similar à que exercita noutros países as Cortes de Cassação. Porque senão a ação rescisória acaba fazendo o papel de apelação. Pode-se apelar, mas se deixa transitar em julgado, rescinde-se e o Tribunal acaba julgando de novo a causa. Não sendo assim, a ação rescisória acaba funcionando como apelação, nas causas de alçada, mormente quando o tribunal se depara com decisões equivocadas, o que estimula a admissibilidade do pleito rescisório.

12. Considerações finais

Estas as considerações que tinha a trazer a respeito, no momento em que se cuida de disciplinar, em sede infralegal, os Juizados Especiais Federais, que só cumprirão seus objetivos na medida em que, sobre os princípios da oralidade, da simplicidade e da celeridade, paire sobranceiro o princípio da informalidade processual.

Natureza Jurídica da Medida Liminar

*Reis Friede**

Não obstante, através de uma leitura menos atenta à obra de CALAMANDREI, ser possível concluir precisamente que as **medidas liminares** se classificam entre as chamadas medidas do terceiro grupo, concernentes às “medidas cautelares que **antecipam** a decisão do litígio”, leituras posteriores mais técnicas da obra do autor italiano, e mesmo autores como LIEBMAN, CHIOVENDA e CARNELUTTI, simplesmente repulsam a idéia de que existia algum tipo de identidade entre o objeto da **providência cautelar**, em forma ou não de **medida liminar**, e o objeto da **ação principal**, não existindo, portanto, no entender desses autores (especialmente LIEBMAN), qualquer possibilidade que a medida cautelar possa vir a **antecipar** (salvo por vias transversas) a decisão da lide em seu aspecto meritório de direito material.

De fato, a **medida liminar** (1), na qualidade de instrumental formalizante de **providências cautelares**, alude sempre a uma **jurisdição impropriamente considerada** com referibilidade exclusivamente processual (e, nesse sentido, autêntica forma de extensão de jurisdição cognitiva de caráter meritório), desprovida, portanto, de qualquer intenção de **satisfatividade** do direito reclamado.

* Mestre e Doutor em Direito Público, é atualmente Professor Titular e Coordenador dos Cursos de Pós Graduação *Latu Sensu* na UNBSA, Magistrado Federal e ex-membro do Ministério Público, é autor da obra “Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares”, 3ª edição, Forense Universitária/RJ.

O sentido único e específico da medida, por efeito, se traduz em simples objetivo de prover o efetivo acautelamento ao processo em que se discute a lide (ou a sua execução), sem tecer, em qualquer hipótese, considerações sobre o tema e ao conseqüente direito material controvertido que a envolve.

Interpretar a natureza jurídica essencialmente cautelar (2) da medida liminar, de outra forma, seria desafiar o tênue equilíbrio entre a imprescindível observância do princípio do contraditório (e seus principais corolários) e a própria efetividade da prestação jurisdicional cognitiva.

“O desenvolvimento da temática do acesso à justiça levou ao questionamento do problema da efetividade da tutela dos direitos e, por conseqüência, da efetividade do processo. A problemática da efetividade do processo está ligada ao fato tempo, pois não são raras as vezes que a demora no processo acaba por não permitir a tutela efetiva do direito.

Entretanto, se o Estado proibiu a autotutela, não pode apontar o tempo como desculpa para se desonerar do grave compromisso de tutelar de forma pronta e adequada os vários casos conflituivos concretos.

A tutela cautelar, até poucos anos, era um instrumento excepcional e suficiente para evitar que a demora do processo conduzisse à inefetividade da tutela jurisdicional. Atualmente, porém, constata-se a proliferação das medidas cautelares e mesmo a distorção do seu uso. Trata-se de fenômeno oriundo das novas exigências de uma sociedade urbana de massa, que torna inaceitável a morosidade jurisdicional imposta pelas formas tradicionais de tutela. Na verdade, a prática forense, sob o rótulo de “tutela cautelar”, passou a conceber várias tutelas antecipatórias, próprias à tutela efetiva dos direitos que precisam ser realizados de forma urgente.”

(Luiz Guilherme Marinoni *in* Efetividade do Processo e Tutela de Urgência, 1ª ed., Sérgio Fabris Editor, RS, p. 37).

Alguns doutrinadores mais recentes tem inclusive admitido, por intermédio de uma nova leitura da obra de CALAMANDREI, que o festejado autor não defende (e jamais defendeu) a tese segundo a qual o provimento liminar (ou a forma alternativa de instrumentalização da providência cautelar; ou seja, a sentença cautelar) se exterioriza através de simples antecipação satisfativa dos efeitos da tutela jurisdicional de conhecimento que, em essência, o mesmo apenas deveria, em termos objetivos, assegurar. Nesse sentido, a tradução mais aproximada do vocábulo *liminar* estaria mais no sentido formal de *anteceder* e não no material de *antecipar* (3)(4).

“A sentença cautelar, realmente, não pode antecipar os efeitos próprios da sentença do processo principal. Deveras, como escreveu Donald Armelino, uma das formas de distorção do uso da tutela cautelar, verifica-se sempre que se dá o resultado de uma prestação de tutela jurisdicional cautelar uma satisfatividade que não pode ter.”

(Luiz Guilherme Marinoni in *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*, 1ª ed., Editora Revista dos Tribunais, SP, 1992, p. 77).

“(...) a medida liminar em mandado de segurança é uma providência cautelar.

Esta é a sua natureza jurídica.

Toda medida cautelar é caracterizada pela provisoriedade, no sentido de que a situação preservada ou constituída mediante o provimento cautelar não se reveste de caráter definitivo e, ao contrário, destina-se a durar por espaço de tempo delimitado (...) Por sua natureza, estão destinadas a ser absorvidas ou substituídas pela solução definitiva da lide”.

(Renato Maneschy in *Natureza Jurídica da Medida Liminar* (art.)

Por outro lado, a luz de considerações de ordem lógico-jurídica, deve ser observado, em complementação elucidativa,

que quando a pretensão jurisdicional primitiva (de índole meritória) é, de algum modo, antecipadamente satisfeita, - através de instrumental de natureza nitidamente acautelatória -, esvazia-se o objeto próprio e específico da tutela cautelar, uma vez que nada mais pode ser assegurado, em virtual cumprimento ao mandamento original da função primária acautelatória, considerando a ausência objetiva de referendabilidade processual a um direito efetivo a ser, de fato, protegido.

“É imprescindível que a tutela não satisfaça a pretensão própria do processo principal para que possa a mesma adquirir o fim cautelar”.

(Luiz Guilherme Marinoni, ob. cit., p. 77)

“As medidas propriamente cautelares - enquanto tutela apenas 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”.

(Ovídio Baptista da Silva *in* Comentários ao CPC, ed. Lejur, RS, p. 66).

No escopo próprio de atuação da medida liminar, onde inexistente efetiva jurisdição e lide meritória (a lide impropriamente considerada, para aqueles que a admitem, é apenas “de dano”), é importante observar, - em necessária ratificação às posições autorais expostas e em virtual obediência aos preceitos normativos doutrinários fundamentais também já mencionados -, que há, em todos os casos, sempre um aspecto de referendabilidade processual (e não propriamente material, comum nas tutelas cognitivas) a um direito efetivo que se deseja, a seu tempo, ver confirmado no processo principal (abusivo, em última análise, a uma autêntica jurisdição, de índole cognitiva, com caracterização de lide meritória).

É, pois, exatamente esta característica de cautelaridade referencial - que se opõe à satisfatividade exauriente pretendida no processo de conhecimento - que deve ser perseguida e encontrada necessariamente na tutela assecuratória, objetivando

permitir e viabilizar, em última análise, sua plena identificação e, por efeito, o pleno desvendar quanto aos segredos mais íntimos de sua específica natureza jurídica.

Notas

1. Característica da Medida Liminar

A característica da medida cautelar está, segundo CHIOVENDA e LIEBMAN (Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, nº 83; Liebman, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, 4ª ed., 1980, vol. I, p. 94): a) na provável existência de um direito, cuja tutela se pede no processo principal (*fumus boni iuris*); b) no fundado temor de que, enquanto se espera aquela tutela, venham a falhar aquelas circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela (*periculum in mora*). Para a concessão da medida cautelar, concorrem, na opinião desses autores, pois, duas condições: a possibilidade (contemporaneamente entendido como juízo de probabilidade, com efetiva plausibilidade da ocorrência) do direito e a possibilidade (ibidem) do dano. Verifica-se a possibilidade do direito através da sua aparência, embora, embora este exame seja, em *summaria cognitio* (Chiovenda, *Instituições*, ob. cit. vol. I, p. 83). Verifica-se a possibilidade do dano, não para assegurar a um dos litigantes uma posição mais favorável; antes, como ensina CARNELUTTI, para evitar que a duração do processo resulte em uma alteração do equilíbrio inicial de força entre as partes (Carnelutti, *Diritto e Processo*, p. 356).

Para esses autores, especialmente ENRICO TULLIO LIEBMAN (*Apud* Castro Villar, ob. cit., 61) e ANTONIO CONIGLIO (*Il Sequestro Giudiziario e Conservativo*, 3ª ed., 1949, nº 16, p. 21), inexistente, de forma efetiva, um direito substancial de cautela, sendo a medida cautelar, em forma ou não de liminar, exclusivamente decretada não em razão da possibilidade de êxito da pretensão material da parte, mas da necessidade de assegurar eficácia e utilidade ao provimento do processo principal. Neste aspecto, não se pode acolher, portanto, como razoável, o condicionamento da tutela preventiva à exclusiva verossimilhança do direito substancial da parte.

2. Autonomia da Função Cautelar

Lenta e não sem recuos mostrou-se a evolução da doutrina italiana, fonte e matriz do direito processual moderno (embora não do processo contemporâneo de feição germânica e norte européia), na fixação da autonomia da função cautelar e no objeto específico de sua natureza jurídica. Inicialmente, foi necessário afastar a posição das legislações e das doutrinas alemã e austríaca que a consideraram mero apêndice da Execução. Sem dúvida, como bem lembra GALENO LACERDA, deve-se a o primeiro e grande passo nesse sentido, ao consagrar como autônoma a ação cautelar (Chiovenda, Instituições, 1ª ed., Bras., vol. 1º, nº 82, p. 384).

Depois seguiu-se a obra clássica de CALAMANDREI, que viu no procedimento a tônica da autonomia (Calamandrei, *Introduzione cit.*, ps. 4 e segs.).

Negaram-na porém, embora com posições diversas, ALLORIO (Allorio, *Per una Nozione del Processo Cautelare*, na *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, 1936, I, p. 18), LANCELOTTI (Lancellotti, *Osservazioni Critiche intorno all' Autonomia della Tutela Cautelare*, na *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, 1939, I, p. 232) e REDENTI, este recusando a existência de uma ação cautelar autônoma (Redenti, *Diritto Processuale Civile*, III, 2ª ed., 1954, ps. 52 e 53; trad. esp., Buenos Aires, II, p. 244).

SATTA, por sua vez, assentava a autonomia não em razões oriundas da própria natureza da cautela, e sim, apenas, no critério formal da vontade do legislador (Satta, *Diritto Processuale Civile*, 5ª ed., 1957, p. 575).

Em extremo oposto, numa supervalorização da tutela cautelar, CALVOSA, em tratado erudito mais recente, a coloca no mesmo plano das tutelas normativa e jurisdicional do Estado (Calvosa, *La tutela cautelare (Profilo sistematico)*, Turim, 1963).

3. Posições Vertentes sobre a Natureza Jurídica de Medida Liminar

É importante reafirmarmos mais uma vez que a questão da natureza jurídica da medida liminar, neste particular, levou a discussões intermináveis, sendo certo que hoje a doutrina se encontra dividida em filiar-se à doutrina elaborada fundamentalmente por CALAMANDREI (*Introduzione Allo Studio Sistematico dei Procedimenti Cautelari*, p. 22), - segundo

a qual a natureza específica da medida liminar é eminentemente cautelar como escopo próprio de antecipar provisoriamente certos efeitos da providência definitiva, destinada a prevenir o dano que poderia dela advir -, e a doutrina básica de CARNELUTTI (Diritto e Processo, p. 256) que exalta o caráter instrumental da medida liminar de essência cautelar, defendida por CALAMANDREI, demonstrando, no entanto, que, enquanto o processo de cognição ou de execução se presta à tutela do direito, o processo cautelar serve à tutela do processo.

Entre uma e outra posição, entendemos, data máxima venia, existir espaço para um entendimento (menos radical) segundo a qual o requisito específico do *fumus boni iuris* é o elemento fundamental que permite, - ainda que por vias transversas -, uma antecipação indireta de certos efeitos da providência definitiva (ainda que não seja este objetivo próprio da medida cautelar, em forma de liminar ou não), constituindo-se, por todas as razões, em um verdadeiro mérito da ação cautelar, que embora não deva se confundir com o mérito da ação principal, por corresponder exatamente à própria probabilidade de existência do direito material, não permite que a ação cautelar objetive a uma exclusiva e estanque tutela do processo, sem qualquer relação com a tutela do direito.

4. Natureza Jurídica Finalística da Medida Liminar

É conveniente ressaltar que a natureza jurídica finalística da medida liminar, independente de seu aspecto material se encontra adstrita a sua condição precípua de anteceder o provimento jurisdicional cognitivo. Esta é a tradução consuetânea do vocábulo e o próprio objetivo do instituto que apenas possui o condão antecipatório, adicionado a sua característica antecedente, quando, excepcionalmente, revestir de natureza satisfativa, como na hipótese vertente prevista expressamente no art. 461, parágrafo 3º, do CPC e no art. 84, parágrafo 3º, do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (CBDC) (tutela específica).

Os Direitos Humanos e as Trilogias

*Maria Helena Cisne Cid**

SUMÁRIO: 1. A influência das trilogias no destino do Homem; 2. "O direito à liberdade não se mendiga, conquista-se"; 3. Direitos Humanos, Democracia e Paz: a meta; 4. Não basta reconhecer e declarar direitos. É preciso efetivá-los.

1. As trilogias no destino do Homem

Grande é a influência das trilogias no destino da Humanidade. Em três grandes virtudes se assenta o Cristianismo: fé, esperança e caridade. Os ideais do Iluminismo, expresso no lema da Revolução Francesa, também são três: liberdade, igualdade e fraternidade. Esse número também expressa a grande divisão dos direitos reconhecidos ao Homem, como corolário da sua humanidade: os direitos civis, os políticos e os sociais. Outras trilogias de grande importância existem: três são as Pessoas da Santíssima Trindade, (o Pai, o Filho e o Espírito Santo), assim como três são os Poderes do Estado, (Executivo, Legislativo, Judiciário). Em número de três são os estados da matéria (sólido, líquido, gasoso), bem

* Especialista em Direito Penal pela UnB, em parceria com o Conselho da Justiça Federal; Especialista em Direito Internacional pela Universidade de Coimbra, em parceria com a EMARF; Desembargadora Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

como as mais relevantes divisões do átomo, sua principal partícula (nêutron, próton e elétron). Os estágios da vida do Homem são três (infância, maturidade, velhice). Incontáveis, pois, são as trilogias que interferem na nossa vida de relação bem como na do planeta em que vivemos – basta deter-nos alguns momentos na pesquisa.

Se meditarmos sobre as três primeiras trilogias, veremos que correspondem elas ao ideal dos três ramos do conhecimento e cultura da Humanidade, a trilogia que exprime a preocupação do Homem na incessante busca da razão da sua existência, do porquê das suas dores, e da definição do seu destino após esgotado o seu tempo aqui na Terra: a RELIGIÃO, a FILOSOFIA e a CIÊNCIA. Desse trinômio participam as três correntes de um mesmo rio que, após percorrerem juntas um longo caminho em um mesmo caudal, separaram-se no Século XVI, com a chamada Revolução Científica, em diferentes vertentes. Esses tributários buscam todos a mesma meta: desaguar no delta de um mar muito especial, também formado por outra trilogia, que expressa o anseio do Homem do Terceiro Milênio: os DIREITOS HUMANOS, a DEMOCRACIA e a PAZ.

Procurar-se-á, neste pequeno ensaio, demonstrar a estreita relação que vincula as trilogias da Religião, da Filosofia e da Ciência, esta última aqui representada por um dos seus ramos - o Direito. Essas três trilogias consubstanciam-se em, nada menos, do que um farol a iluminar a dolorosa marcha da Humanidade, na sua árdua tarefa no desempenho do papel que lhe é reservado no grande Drama da Vida, um caminhar pontilhado de dores, lágrimas, lutas por liberdade e busca incessante de paz.

2. “O direito à liberdade não se mendiga, conquista-se”

Enquanto o Homem não souber respeitar a linha divisória que separa o seu direito do alheio, terá ele que ser julgado pelos próprios homens. Julgar, na sua acepção mais ampla, significa

dar a cada um o que é seu. A atribuição de “dar” importa no anterior reconhecimento da existência de “o que”, ademais de definir-se “a quem”. Mas, para nomear-se o titular do direito e definirem-se os seus lindes, impende que *a priori* sejam eles conceituados, o que se entremostra um difícil mister, na medida em que os direitos são, na sua especificidade, mutantes, eis que sofrem a influência dos tempos e dos acontecimentos.

Os estudos de sua evolução mostra-nos que os direitos de hoje não são os de ontem, a despeito da existência daqueles que têm inscritas as suas grandes linhas mestras na consciência do Homem, como nos ensinam as teologias, no sentido de que as leis de Deus ali foram escritas. Isto importa em dizer que, ao atingir o momento culminante de sua evolução, adquirindo consciência - e, portanto, capacidade de entender e distinguir o bem do mal no se aspecto mais abrangente, o poder de escolher seus rumos e agir de acordos com suas escolhas, tornando-se responsável por seus resultados, todas essas características que o distingue dos demais seres vivos que dela carecem, - tornou-se o Homem titular de direitos inerentes à própria raça humana, advindo, daí, a denominação “direitos naturais”¹.

Por serem mutantes, os direitos são chamados de “históricos”, na linguagem de NORBERTO BOBBIO², “nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes”. Daí, concluir aquele mestre, que:

“A liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a

velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos.

E nessa passagem do “homem abstrato para o homem concreto”³³, as carências e os interesses do Homem levaram à instituição dessas trilógicas que, para dirigir o raciocínio, podem ser, assim, representadas:

Religião – Fé – Esperança – Caridade

Filosofia – Liberdade – Igualdade – Fraternidade

Ciência

(Direitos) – D. Civis – D. Políticos – D. Sociais

A Meta – Direitos Humanos – Democracia – Paz

3. Direitos Humanos, Democracia e Paz: a meta

Se considerarmos os primeiros itens de cada uma das trilógicas, numa visão vertical do esquema acima exposto, ou seja: FÉ, LIBERDADE, DIREITOS CIVIS, sentiremos ser a FÉ - que é a crença na paternidade divina – quem escreve na consciência de cada um o aviso de que o Homem é um ser livre, feito à imagem e semelhança de Deus, a merecer respeito, proteção e assistência desde a concepção até à morte, titular do direito fundamental e inalienável de liberdade. Estreitamente ligada à LIBERDADE, encontra-se o desenvolvimento dos direitos CIVIS, os direitos nascidos para a proteção do cidadão contra os poderes constituídos, os direitos dos proletários contra o senhor feudal e as correspondentes obrigações negativas dos Poderes Públicos.

Os segundos itens das trilógicas, - ESPERANÇA, IGUALDADE, DIREITOS POLÍTICOS - também se entrelaçam. A esperança de serem quebradas as barreiras da discriminação. A esperança no reconhecimento dos direitos das

minorias, o respeito à soberania das nações e à cultura dos povos. Portanto, a esperança na IGUALDADE dos homens, reconhecida pela fé no plano divino por efeito da paternidade comum, a exigir igual reconhecimento no plano humano. Esse anseio por igualdade levou à criação dos DIREITOS POLÍTICOS, representados pelas conquistas dos trabalhadores, elevados à categoria de cidadãos, igualdade essa jurídica, onde se procura assegurar a todos os seus direitos de cidadania.

Intimamente relacionados, outrossim, encontram-se os terceiros itens das trilogias: CARIDADE, FRATERNIDADE, DIREITOS SOCIAIS. O que é a caridade senão o fruto da solidariedade humana, conseqüência lógica do reconhecimento da irmandade decorrente da mesma origem? O que é a fraternidade senão a busca do "outro" - um irmão - no escopo do amparo mútuo ante as vicissitudes da vida? O que são a caridade e a fraternidade senão um abrir de corações para agasalhar aquele que integra a mesma Obra do Grande Arquiteto?

Os DIREITOS SOCIAIS nasceram da constatação de que a igualdade entre os homens no mundo é apenas um ideal a ser alcançado, é apenas formal, jurídica. Na realidade do cotidiano ela não existe. A constatação da inexistência da igualdade no plano factual incrementou o esforço empreendido por homens de boa vontade no sentido de que fossem reconhecidos, e declarados, aqueles direitos que são inerentes à pessoa humana pelo tão só fato da sua humanidade, direitos fundamentais, alguns inalienáveis e insubstituíveis até por outros direitos também de índole fundamental⁴, como por exemplo o direito à vida ou à liberdade.

Nesse escopo de formular-se o Estatuto do Homem, diversas declarações de direitos foram surgindo, sempre a subsequente acrescentando outros, aumentando o rol dos anteriores, direitos decorrentes de novas carências que se apresentaram com possibilidade de serem supridas. Surgiram a *Magna Charta Libertatum* inglesa, de 1215, o *Bill of Rights* de 1689, a Declaração da Independência dos Estados Americanos, de 1776, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem, de

1789, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948 editada juntamente com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, de 1948.⁵

Feita a constatação desse entrelaçamento entre as trilogias religiosa, filosófica e científica, chega-se a uma nova trilogia que representa uma síntese de todas elas - DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E PAZ. Realmente, sem os Direitos do Homem reconhecidos e protegidos não há democracia, por não existir base para a solução pacífica dos litígios, portanto, não há paz.

4. Não basta reconhecer e declarar direitos. É preciso efetivá-los.

Mas o grande problema do mundo atual não é o reconhecimento dos direitos do homem. Esse problema já se encontra superado, eis que já foram eles reconhecidos, declarados e formalizados na declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, da ONU, há cinquenta anos atrás.

O grande desafio que enfrenta o mundo atual é como efetivá-los.⁶ A despeito da grande importância das declarações dos direitos que, ainda nas palavras de Bobbio, para os jusnaturalistas teriam por fundamento o "*consensus omnium gentium* ou *humani generis*"⁷, são essas declarações na realidade cartas de propósitos, de intenções – o ideal a ser alcançado, existindo um mar entre as praias do "ser" e o "dever ser". O primeiro e grande direito consagrado em todas as declarações de direitos humanos sofre, diariamente, flagrantes violações em decorrência da miséria que angustia três quartos da humanidade, das guerras que dizimam os jovens, da ausência de ética e sentimentos, que levam a um perverso sistema econômico que separa os homens em incluídos e excluídos, o que equivale dizer, com relação aos últimos, - "descartáveis". Não se pode afirmar que a nível pragmático seja verdade o grande enunciado: "Os homens nascem livres e iguais em direitos". Essa igualdade é utópica. É apenas uma legítima aspiração. Não é real. É somente formal.⁸

Mas o mundo deve caminhar para a frente, seguindo uma espiral sempre ascendente, em rumo ao progresso e à felicidade, aspiração máxima da Humanidade. Devemos acreditar nisso, para termos força de prosseguir na luta. Padre Antônio Vieira dizia que as utopias não resolvem, mas ajudam a caminhar. Devemos acreditar nas utopias, persegui-las⁹. Uma grande utopia que vale a pena perseguir é aquela que nos convence que a trilogia da Religião¹⁰: FÉ, ESPERANÇA E CARIDADE poderá concretizar-se na LIBERDADE, IGUALDADE E FRATERNIDADE da Filosofia dos Iluministas, e serão efetivadas no plano do Direitos CIVIS, POLÍTICOS e SOCIAIS, garantindo-se os DIREITOS HUMANOS, base da PAZ entre os homens, que somente será alcançada se estiver respaldada na DEMOCRACIA.

Como o futuro não nos é dado, mas sim construídos por nós, é pertinente que nos lembremos do que já foi dito com muita propriedade: “Não há limites para quem tem a capacidade de sonhar”.

Notas

¹ GROSSI alertava que os direitos naturais existiriam mesmo se Deus não existisse, porque inerentes à pessoa humana. Portanto, os direitos naturais estão subjacentes aos Direitos Humanos. *Apud* BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos; tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992., p23.

² BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos; tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992., p. 5.

³ Op. cit. p. 3.

⁴ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos; tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992., p. 17.

– Após alertar sobre a dificuldade de conceituar o que sejam os direitos do homem, expressão muito vaga, às pp. 20 alerta Bobbio: ..”entre os direitos humanos, [...] há direitos com estatutos muito

diversos entre si. Há alguns que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente: são os direitos acerca dos quais há a exigência de não serem limitados nem diante de casos excepcionais, nem com relação a esta ou àquela categoria, mesmo restrita, de membros do gênero humano (é o caso, por exemplo, do direito de não ser escravizado e de não sofrer tortura) [...] são bem poucos os direitos considerados fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais[...]” Após, conclui o autor com relação aos demais direitos fundamentais: “Não se pode afirmar um novo direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir algum velho direito, do qual se beneficiavam outras categorias de pessoas... “.

⁵ É relevante salientar que a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, após dizer que “os direitos do homem estão limitados pelos direitos do próximo, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem estar geral e do desenvolvimento democrático”, introduziu, também, deveres ao Homem (o que encontra correspondência no art. 29, da Declaração Universal dos Direitos Humanos), dentre eles o de “conviver com os demais, de maneira a que todos e cada um possam formar e desenvolver integralmente a sua personalidade” (art. 29), bem como o “dever de auxiliar, alimentar, educar e amparar os seus filhos menores de idade, e os filhos têm o dever de honrar sempre os seus pais e de auxiliar, alimentar e amparar sempre que precisarem” (art.30).

⁶ Perguntando-se por que a despeito de as concepções jurisdicistas enfatizarem que os direitos humanos devam ter a mesma força normativa da própria constituição, ou seja, um valor superior ao das leis ordinárias, isto nem sempre acontece, Eduardo José Faria, responde que é “porque os direitos humanos correm o risco de serem pervertidos no exato momento em que são “institucionalizados” juridicamente”. Aduz, ainda, o autor: “Concebidos historicamente como um mecanismo de proteção dos cidadãos contra o arbítrio do Estado, eles podem ser esvaziados na medida em que é o próprio Estado que os regulamenta. Há sempre, quando se invoca a proteção dos direitos humanos, uma situação de desequilíbrio estrutural de forças: desequilíbrio essencial e não contingente ou acidental, por essência e não por “accidens”. A vítima da violação, seja um indivíduo ou um grupo, é permanente e estruturalmente subordinada ao autor da violação, visto que a

violação parte de uma organização que reúne meios de forma permanente, capazes de violar continuamente a dignidade mesma da vítima ou de outras em posição semelhante”, *in* FARIA, Eduardo José. “Democracia e Governabilidade: os direitos humanos à luz da Globalização Econômica”, *in* Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas, organizado por José Eduardo Faria. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 152.

⁷ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos; tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992., p. 26.

- Na mesma obra, às páginas 31, diz o mesmo autor que “A declaração é algo mais do que um sistema doutrinário, porém algo menos do que um sistema de normas jurídicas... um ideal comum a ser alcançado por todos os povos e por todas as nações”.

⁸ Para vencer o paradoxo de o Estado reconhecer e declarar os direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, ser ele o principal desrespeitador desses direitos, aduz José Eduardo Faria que o desafio da concretização dos direitos humanos exige “a superação das concepções jurisdicistas em favor de práticas políticas comprometidas (a) com a reconstrução ética dos vínculos sociais, (b) com a condição de “dignidade humana” a ser incorporada no universo normativo-institucional, (c) com a desalienação “técnica” (dada a distância entre a vida quotidiana, apreensível pelo homem comum, e a complexidade das decisões governamentais, exigindo conhecimentos altamente especializados e gerando, assim, um crescente cinismo em torno da vida política), e (d) com a substituição dos “cidadãos-servos” (os sujeitos formais de direito que não dispõem de poder substantivo) por “cidadãos plenos” (capazes de influir nas decisões fundamentais relativas à organização da vida econômica e à construção dos lugares da convivência social)”. *Idem, ibidem*.

⁹ Sobre as utopias, assinala José Eduardo Faria, *in* op.cit. p.153: “Mas a utopia tem aqui uma conotação mais precisa do que aquela inerente ao seu sentido comum: “projeto irrealizável; quimera; fantasia”. Ela deve ser entendida como a construção de mundos impossíveis destinados a iluminar a formação e a conquista de mundos possíveis; como um “horizonte de sentido” para as práticas políticas e para o alargamento dos espaços públicos da palavra e da ação, como a exploração de novas possibilidades e vontades

“em nome de algo radicalmente que a humanidade tem direito de desejar e por que merece a pena lutar”.¹⁰ Originado-se nas condições históricas e materiais em que se encontram os segmentos sociais marginalizados, a utopia assim entendida é a possibilidade do diverso e do original, identificando o que falta ou o que não se fez nas organizações sócio-econômicas e político institucionais de onde nascem a opressão, a exploração e a degradação da dignidade humana. Nesta perspectiva, a utopia é “a metáfora de uma hiper-carência formulada ao nível a que não pode ser satisfeita”: o mais importante, nela não é o que diz sobre os valores a serem realizados no futuro, mas, isto sim, “a arqueologia virtual do presente que a torna possível; paradoxalmente, o que é importante nela é o que nela não é utopia”. Como elemento constitutivo da realidade presente, a utopia se traduz em objetivos históricos e recebe dessa perspectiva concreta sua eficácia emocional e sua radicalidade revolucionária. O possível será então concebido como a transição rumo a uma meta ainda não possível, mas finalmente factível. “Ao postular a factibilidade da utopia, o presente não é senão uma ordem provisória que apenas tem valor enquanto ante-sala do futuro”.

¹⁰ O papa João Paulo II, há vinte anos atrás, por ocasião do trigésimo aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em mensagem dirigida ao Sr. Secretário das Nações Unidas manifestou “o seu constante interesse e solicitude pelos direitos humanos fundamentais, cuja expressão encontramos claramente formulada na mensagem do próprio Evangelho”, *apud* Bobbio, op. cit., p. 130.

Conclui Bobbio comentando essa mensagem, comparando-a com as críticas feitas à Declaração Francesa dos Direitos do Homem: “Que melhor prova poderíamos ter do caminho vitorioso realizado por aquele texto em sua secular história? No final desse caminho, parece agora ter ocorrido, para além dos insensatos e estereis facciosismos, a reconciliação do pensamento cristão com uma das mais altas expressões do pensamento racionalista e laico”.

Reforma da Previdência e Direito Adquirido*

*Maria Amélia A. Senos de Carvalho***

I. A Reforma da Previdência

O processo de Reforma do modelo previdenciário adotado após a Constituição de 1988 iniciou-se com a Emenda Constitucional nº 20 de 16/12/98.

Dentre as alterações introduzidas pela Emenda, destacaríamos os seguintes pontos:

· A extinção em processo gradativo da aposentadoria por tempo de serviço, substituída pela aposentadoria por tempo de contribuição.

· O regime geral de previdência (obrigatório, englobando qualquer indivíduo desde que já não esteja vinculado a outro regime próprio) deverá necessariamente pautar-se por critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial (*caput* do art.201). A observância de critérios atuariais, apesar de aparentemente ligados à essência do instituto nos moldes em que atualmente prevalece, não era imposição constitucional.

· A desconstitucionalização da forma de cálculo da aposentadoria com a modificação da redação do art.202 da Carta. Assim, a fórmula de cálculo dos benefícios e, em especial,

* Palestra proferida no VI *Forum* de Debates sobre Direitos e Garantias nas Relações Trabalhistas – Trabalho e previdência social: a reforma na legislação”, Hotel Glória, 10 de abril de 2000.

** Juíza Federal da 31ª Vara do Rio de Janeiro.

dos benefícios ligados à inativação, foi delegada ao legislador ordinário, adstrito, porém aos princípios constitucionais pertinentes à matéria, dentre os quais figura atualmente o da preservação do equilíbrio atuarial.

Com a instituição da aposentadoria por tempo de contribuição, o segurado ao requerer seu benefício passa a ser obrigado a demonstrar o efetivo recolhimento da contribuição e não mais o tempo de serviço prestado. Esta definitivamente é uma das alterações que só irão dificultar a obtenção do benefício já que, por força de lei, em diversas hipóteses a retenção do tributo cabe não ao segurado mas ao empregador ou tomador de serviços e responsável tributário. Ao transferir a atividade de fiscalização do recolhimento do tributo aos segurados, o Estado assumiu sua incompetência para exercer uma função essencial e impôs àqueles um ônus de difícil realização, sobretudo se considerarmos a massa da população brasileira desprovida de meios, de ensino básico que lhe assegure ao menos o exercício dos direitos fundamentais e, portanto, sem poder algum frente ao seu empregador/tomador de serviços.

Tal situação se agrava se considerarmos que no requerimento do benefício, quando ausente prova da contribuição, o segurado deverá iniciar uma Justificação Administrativa. Este procedimento exige um início razoável de prova material, o que se define por documentos contemporâneos aos fatos a serem demonstrados. Mesmos as declarações atuais dos antigos empregadores são analisadas como prova testemunhal e não como prova documental.

Passamos agora à análise dos outros dois pontos destacados na Reforma.

Pesquisando-se nos léxicos, vemos que atuária é a parte da ciência da estatística voltada ao estudo dos problemas relacionados com a teoria e o cálculo de seguros numa coletividade. Desta forma, o cálculo dos benefícios previdenciários, e conseqüentemente das contribuições previdenciárias, está a partir da Emenda nº 20 indissolivelmente ligado a critério que leve em consideração expectativa de vida, tempo de sobrevivência, tempo de contribuição, idade ao aposentar-se, etc...

Dando prosseguimento ao processo de reforma, foi editada - não sem muita polêmica e discussão - a Lei nº 9876 de 26/11/99 (que modificou a L.8213/91) e, em adaptação ao Regulamento da Previdência existente, o Decreto nº 3265 de 29/11/99 . Dentre as diversas modificações introduzidas pelo novo diploma que mereceriam estudos destacados , vamos nos deter no novo método de cálculo das aposentadorias e na introdução do chamado fator previdenciário.

II. O Fator Previdenciário

Os benefícios previdenciários de prestação continuada são obtidos em geral a partir da aplicação do coeficiente (percentual) sobre o chamado salário-de-benefício . Este, por sua vez até a Emenda Constitucional nº 20/98, correspondia - a grosso modo - à média aritmética simples dos 36 últimos salários-de-contribuição (este último integrado pelas parcelas da remuneração do segurado sobre as quais incide a contribuição previdenciária) corrigidos mês a mês.

Já agora no sistema pós-reforma, toma-se em consideração os maiores salários-de-contribuição sobre os quais o segurado contribuiu em seu período de filiação, em número que corresponda a 80% desse período contributivo, calculando-se a média aritmética simples desses itens. Mas no que pertine ao cálculo da aposentadoria por idade e da aposentadoria por tempo de contribuição , acrescenta-se ainda uma nova etapa no cálculo onde se multiplica esta média aritmética por um novo elemento, o fator previdenciário, para obtenção do salário-de-benefício sobre o qual incidirá ainda, ao final, o coeficiente.

O *fator previdenciário* é representado por uma fórmula matemática que leva em consideração a expectativa de sobrevida do segurado a idade e o tempo de contribuição no momento em que requer sua inativação.

Em conversa com especialistas em estatística e técnica previdenciária, foram expostos alguns temores quanto à aplicação da fórmula como concebida.

Dois aspectos positivos foram ressaltados: o fato de que foi ampliado o período contributivo considerado no cálculo (80% do período contributivo no lugar dos 36 últimos salários-de-contribuição apurados em período não superior a 48 meses ou 4 anos) e o fato de desestimular a aposentadoria precoce, eis que, quanto maior o tempo de contribuição, maior será o resultado da aplicação do fator.

Entretanto, os mesmos especialistas não relutaram em denominar o multiplicador como um fator arbitrário. Afirmam eles que, apesar de conter elementos atuariais (expectativa de vida, tempo de contribuição e idade), a fórmula do fator previdenciário não se baseia em critério atuarial ou naquilo que seria o atuarialmente justo (valor presente esperado das contribuições = valor presente esperado do benefício).

Por outro lado, e por imposição legal, ressaltam eles que a tabela de expectativa de vida a ser utilizada é a tábua do IBGE, o que gerará problemas técnicos e eventuais distorções já que : o conjunto de beneficiários do regime geral tem características próprias que lhe garantem uma expectativa de vida maior do que a do Brasil como um todo; a tábua do IBGE não tem como registrar aqueles óbitos não reportados, o que diminuiria a expectativa de vida nela prevista e, conseqüentemente, aumentaria o valor dos benefícios. Entende-se assim que uma tábua específica para os beneficiários da Previdência deveria ser formulada.

Através de gráficos e simulações, constataram que as perdas do valor dos benefícios no novo sistema serão maiores que as ocasionadas pelo sistema revogado, penalizando mais a quem contribui por mais tempo.

Deslocando a análise do ponto de vista individual para o ponto de vista do sistema previdenciário, também a perspectiva é pouco otimista. Ainda que considerando o período de transição de 5 anos previsto na lei para aplicação gradativa do fator e adaptação do sistema em mediana preservação das expectativas de direito, verifica-se que embora reduzido, o *deficit* da autarquia não se estabilizará sequer a longo prazo.

Ainda sob outro aspecto, o fator previdenciário vem sendo criticado pois prolonga o tempo de contribuição – e consequentemente, de permanência em atividade – necessário à obtenção do benefício o que acarretaria redução na oferta de trabalho no mercado e não corresponderia à realidade social brasileira, considerando-se a expectativa e qualidade de vida do brasileiro.

III. Direito adquirido e fator previdenciário

A cada reforma imposta à Constituição (que hoje de tão dilacerada pouco se parece com a carta cidadã promulgada em 1988) surgem os mesmos questionamentos; como ficam as situações já consolidadas?; há direito adquirido face à Constituição?; e face às Emendas?; é possível o controle de constitucionalidade das emendas?; o que é direito adquirido em cada caso?

A definição legal de direito adquirido elaborada no §2º, art.6º da Lei de Introdução ao Código Civil é do conhecimento de todos. Direito adquirido deriva, a grosso modo, de um fato idôneo a produzi-lo previsto na lei vigente ao tempo em que ocorrido, lei essa já revogada no momento de exercê-lo. Este direito passa então a integrar o patrimônio do indivíduo capaz, ainda que seu exercício seja postergado para momento posterior à revogação da lei que lhe deu origem.

Diz-se que há mera expectativa de direito quando o indivíduo ainda não reuniu todas as condições legais previstas para que o direito subjetivo passe a integrar seu patrimônio jurídico.

Com a evolução do tratamento jurídico dado à matéria, hoje não cabem mais dúvidas acerca da possibilidade do controle de constitucionalidade das Emendas Constitucionais. Mesmo diante de uma nova Constituição, sempre surgida de um movimento “revolucionário” já que decorrente da ruptura de um sistema anterior, entende-se que vige o princípio da preservação dos direitos adquiridos e do ato jurídico perfeito

desde que ausente disposição expressa em contrário e uma vez consignado o princípio da irretroatividade das leis (v. Ivo Dantas *in* "Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e controle da constitucionalidade", 2ª edição, Ed. Lumen Juris). Que dirá, portanto, em relação às Emendas editadas por um poder constituído e não pelo Poder Constituinte Originário.

A Reforma Previdenciária, vem se pautando pela preocupação de preservar os direitos adquiridos (daqueles que já haviam preenchido os pressupostos dos benefícios na data da edição quer da Emenda Constitucional nº 20/98 quanto da L.9876/99). Também quanto às expectativas de direito demonstra certa preocupação como se vê no caso daqueles que se filiaram ao Regime Geral até a véspera da Emenda ou da Lei nº 9876/99 mas que não haviam preenchido os pressupostos legais de concessão de benefícios, para quem se prevê ou o direito de opção pelo novo regime ou a adoção do regime anterior com aplicação de normas/requisitos de transição - o chamado pedágio e a aplicação progressiva do fator previdenciário.

Analisando-se a L.9876/99 face ao sistema previdenciário pós-emenda, podemos *a priori* afirmar que a mera introdução de um fator previdenciário no cálculo dos benefícios que leve em conta expectativa de vida, tempo de contribuição e idade não pode ser imputada de inconstitucional tendo em vista a desconstitucionalização do critério de cálculo de benefícios previdenciários.

Há é verdade autores mais radicais, como o o Prof. Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Juiz Federal da Bahia, que em seu livro "Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas", reputa a Emenda Constitucional nº 20/98 como inconstitucional, dentre outros motivos, justamente por derrogar o art.202 da Carta. Entende ele que sendo os dispositivos integrantes do Capítulo da Seguridade Social normas para realização da justiça social e sendo a aposentadoria um direito individual, todos os dispositivos do Título VIII da Carta (Da Ordem Social), seriam cláusulas pétreas e, portanto, núcleo imutável da Carta. Não chegaríamos a tal ponto.

A introdução de um sistema com profundas inovações e que passa a ser aplicável àqueles já filiados ao Regime Geral no momento da edição das normas mesmo introduzindo-se normas de transição é evidentemente uma quebra de compromisso moral e lesão a expectativas de direito, categoria não preservada em nosso sistema. Na verdade é mais um dos diversos compromissos rompidos que a sociedade brasileira aceita passivamente e com os quais se habitua.

Fato é que, toda vez que um indivíduo ingressa no mercado de trabalho e passa a contribuir para um regime de Previdência, passa a pautar sua vida pelas regras então vigentes. Sua expectativa de permanência no mercado, seu desgaste na atividade exercida, o valor previsto de contribuição mensal, a expectativa do benefício a receber, a necessidade ou não de adoção de um plano complementar privado de previdência, todas essas ponderações são feitas a partir do modelo de previdência vigente quando na ativa e necessariamente tomadas a longo prazo.

Orá, cada vez que o Estado altera as normas vigentes, mesmo que estipulando normas de transição, há quebra de um compromisso moral a gerar insegurança no seio da Sociedade quando não uma profunda injustiça.

A idéia de introdução de um fator previdenciário no cálculo das aposentadorias por idade e tempo de contribuição que leve em consideração elementos como idade, tempo de contribuição e expectativa de vida por si só não constitui lesão a direito adquirido pois inexiste direito subjetivo a um regime previdenciário imutável. Trata-se de mera expectativa e assim, como já dissemos, categoria não protegida por nosso sistema jurídico. Entretanto, o legislador ordinário, a quem se delegou a atribuição de regulamentar a matéria, tem sua atividade limitada pelos princípios constitucionais. Assim, a constitucionalidade da fórmula apresentada para obtenção do fator previdenciário não só é possível como merece atenção.

Note-se que se a Emenda Constitucional nº 20/98 por um lado transferiu ao legislador ordinário a tarefa de dispor sobre a forma de cálculo dos benefícios, impôs também uma

novidade, positivando o que antes era apenas uma orientação: o fato de que os dispositivos que regem o sistema comum previdenciário (de caráter geral, obrigatório e contributivo) deverão assegurar o tanto o **equilíbrio atuarial quanto o financeiro**.

Nesta parte a Ciência do Direito passa a depender necessariamente de conceitos da Ciência Econômica e da Estatística. É imperioso buscar nesses ramos científicos o entendimento se a fórmula apresentada garante a correlação esperada entre o valor contribuído e o valor a ser recebido. Da mesma forma o equilíbrio financeiro de todo o sistema (equilíbrio entre receita e despesa) passa a ser uma imposição. Somente a pesquisa multidisciplinar nos permitirá analisar a constitucionalidade do fator previdenciário.

IV. Conclusão

Concluindo, diríamos que a modificação introduzida no art.202 não é apta a deferir ao legislador ordinário poder absoluto e arbitrário de fixar ao seu alvedrio ou ao alvedrio do poder dominante qualquer fórmula para cálculo dos benefícios que não esteja comprometida com os demais princípios constitucionais. E isto serve tanto para o cálculo de benefícios daqueles já filiados ao regime ao tempo da introdução do fator previdenciário quanto para os daqueles posteriormente ingressos.

Partindo dessas premissas, o controle de constitucionalidade do fator previdenciário é possível e poderá ser efetuada por qualquer Juiz de primeira instância pela via incidental.

Desta forma faço aqui um alerta aos advogados: analisem a matéria cuidadosamente e sob o aspecto multidisciplinar antes de postularem em Juízo, evitando desgastes inclusive para seus clientes bem como a fixação de jurisprudência contrária à tese.

Explico-me: para nós Juízes, sobretudo do Rio de Janeiro, é com tristeza que analisamos as milhares de ações que nos caem em mãos diariamente para julgar. À parte os mandados de segurança contra as suspensões arbitrárias de benefícios

previdenciários, as ações em geral versam sobre revisão do ato de concessão (da Renda Mensal Inicial) ou revisão de reajustamento. Em geral, 80 ou 90% dessas ações são mal propostas, seja do ponto de vista do direito processual, seja do ponto de vista do direito material ou substancial. A verdade é que poucos advogados entendem de direito previdenciário ou se dão ao trabalho de estudar a legislação específica antes de propor as ações.

No caso da análise do fator previdenciário, os patronos deverão analisar não somente o aspecto previdenciário, o constitucional (princípios que delimitarão a atividade do legislador ordinário), como também e necessariamente deverão fazer pesquisa multidisciplinar já que a análise deste multiplicador dependerá de conceitos buscados em outras ciências, pesquisando assim se a fórmula adotada assegura o equilíbrio atuarial na relação jurídica estabelecida entre segurado e órgão gestor da Previdência.

Pedidos delimitados, claros e fundamentação bem demonstrada e não necessariamente prolixa são um caminho à comprovação das perdas eventualmente havidas a partir da adoção legal da fórmula proposta. Do contrário, os advogados tenderão a formar jurisprudência contrária ao pleito, apenas por não saberem formulá-lo, quando cientificamente pudesse ser possível a demonstração do prejuízo havido pelos segurados, bem como da infração ao princípio constitucional do equilíbrio atuarial.



Suspensão da execução de liminar ou de sentença - Observações

*Arnaldo Esteves Lima**

O art. 4º, da Lei 4.348/64, admite a suspensão, em despacho fundamentado, da execução de liminar ou de sentença, em mandado de segurança, pelo Presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Pelo art. 4º, da Lei 8.437/92, ampliou-se a admissão do mesmo procedimento, além da legitimidade para requerê-lo, "...nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas". Seu § 1º determina a aplicação do artigo às sentenças exaradas em ações cautelares inominadas, populares e civis públicas, enquanto não transitadas em julgado.

Registre-se que da decisão Presidencial, favorável ou não, à suspensão, cabe, segundo tais leis, AGRAVO, em cinco dias, para o órgão julgador competente, do respectivo Tribunal, recurso que, por estar previsto, em geral, nos regimentos dos Tribunais, é nominado de "Agravo Regimental", cujo procedimento, todavia, não observa, tanto quanto o próprio

* Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

requerimento original, o contraditório, pois a parte adversa não tem a oportunidade de respondê-lo, inadmitindo-se, também, quando do seu julgamento, pelo colegiado, sustentação oral, não deixando, assim, de tangenciar o devido processo legal.

Acentuam a doutrina e a jurisprudência, em geral, que tal suspensão só se justifica quando algum de tais bens a que se visa tutelar (ordem, economia etc.), correr fundado risco de grave dano, caso se cumpra, desde logo, a decisão.

Referido procedimento, além de se afastar da normal tramitação dos recursos, tem forte conteúdo político pois o juízo valorativo da ocorrência ou não, de seus pressupostos, por sua relativa fluidez, fica entregue à apreciação do Presidente do Tribunal que irá examiná-lo, o qual, embora devendo motivar sua decisão, não encontra, comumente, elementos objetivos para fazê-lo, já que vagos são, relativamente, os conceitos de ordem, economia, saúde e finanças públicas, cuja ocorrência ou não, varia conforme a visão de cada um, ficando, em geral, pelo que se nota, em plano hipotético.

Destarte, não pode haver dúvida que a sua aplicação, na prática, deve ser restrita, excepcional, reservando-lhe a incidência apenas naqueles casos em que, pela natureza da situação de fato, tal se justifique, suficientemente.

Referida excepcionalidade mais se acentua com o advento da Lei 9.139/95, que alterou o CPC, no capítulo em que dispõe sobre o Agravo – art.522 e segs.-, atribuindo competência ao relator para dar-lhe efeito suspensivo bem como à Apelação, conforme arts.527, II c/c 558 e seu Parágrafo único. Assim, se se tratar de decisão liminar, a parte disporá do Agravo para da mesma recorrer, tanto quanto contará com a Apelação para recorrer da decisão definitiva, ou seja, a que definiu a lide, pondo fim ao processo, recursos normais, tradicionais em nosso ordenamento jurídico-processual, submetidos ao contraditório e ao devido procedimento legal, aos quais se poderá atribuir efeito suspensivo, obstando-se executar a decisão que, eventualmente, por seu conteúdo, viole um daqueles bens protegidos pelas normas antes apontadas. Havendo, pois, o caminho normal a ser percorrido pela parte,

deve-se, tanto quanto possível, dar-lhe prioridade, evitando-se o requerimento de suspensão do *decisum* pois tal procedimento, a despeito de legal, não é tão legítimo quanto o são referidos recursos.

Indubitável, ademais, mormente nas instâncias ordinárias, que diminuiu e muito, o espaço para a aplicação do art. 4º, das Leis 4.348 e 8.347, com as inovações oriundas da Lei 9.139/95, que dentre outras virtualidades, teve mais esta, qual seja, a de restringir a utilização daquele procedimento porque, ao admitir que o relator do Agravo ou da Apelação lhe dê efeito suspensivo, evitando-se a execução, desde logo, da decisão, tornou perfeitamente adequados e eficazes tais recursos para hipóteses que antes reclamavam requerimento de suspensão, isto, no comum das situações. Naturalmente, se se tratar de questão extremamente urgente, o caminho da suspensão, por sua maior celeridade, ainda deve ser preferido, caso assim não seja, deverá ser preterido em benefício dos recursos naturais. Escusado dizer que o caso-a-caso e o bom senso, como sempre, serão os vetores maiores a indicar qual será o mais adequado procedimento para se contrastar a respectiva decisão.

Revista EMARF

Escola de Magistratura Regional Federal
Tribunal Regional Federal - 2ª Região
Rua do Acre, 80 - 3º Andar - Anexo I
Rio de Janeiro - RJ



EDITORA
GAMA
FILHO

www.ugf.br

