

# REVISTA

## 2002

Vol.5, n.1

Setembro de 2002



**EMARF**

ESCOLA DE MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL



**REVISTA  
DA ESCOLA DE  
MAGISTRATURA  
REGIONAL FEDERAL  
EMARF**

Tribunal Regional Federal 2ª Região

VOLUME V  
AGOSTO 2002

Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

@ América Jurídica

Revista de Escola de Magistratura Regional Federal / Escola de Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal : 2ª Região. n. 1 (ago. 1999) -

Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2002 - volume 5, 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 ARNALDO LIMA

### *Vice-Presidente*

Desembargador Federal CHALU BARBOSA

### *Corregedora*

Desembargadora Federal MARIA HELENA CISNE

### *Membros*

Desembargador Federal PAULO FREITAS BARATA

Desembargadora Federal JULIETA LÍDIA LUNZ

Desembargadora Federal TANIA HEINE

Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA

Desembargador Federal VALMIR PEÇANHA

Desembargador Federal FREDERICO GUEIROS

Desembargador Federal CARREIRA ALVIM

Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO

Desembargador Federal CASTRO AGUIAR

Desembargador Federal NEY FONSECA

Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA

Desembargador Federal ROGÉRIO CARVALHO

Desembargador Federal ANTÔNIO CRUZ NETTO

Desembargador Federal RICARDO REGUEIRA

Desembargador Federal FERNANDO MARQUES

Desembargador Federal RALDÊNIO BONIFACIO COSTA

Desembargador Federal SERGIO FELTRIN CORRÊA

Desembargador Federal FRANCISCO PIZZOLANTE

Desembargador Federal BENEDITO GONÇALVES

Desembargador Federal IVAN ATHIÉ

Desembargador Federal ANDRÉ KOZLOWSKI

Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER

Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND

Desembargador Federal ANDRÉ FONTES

## CONSELHO DIRETOR

---

### *Diretor-Geral*

Desembargador Federal J. E. Carreira Alvim

### *Diretor de Cursos*

Desembargador Federal Ney Moreira da Fonseca

### *Diretora de Estágios*

Desembargadora Federal Julieta Lúdia Machado Cunha Lunz

### *Diretora de Publicações*

Desembargadora Federal Vera Lúcia Lima

### *Assessora Especial*

Juza Federal Maria Teresa de A. R. C. Lobo

### *Equipe da EMARF*

Carlos José dos Santos Delgado

Eldson Bezerra da Silva

Maria de Fátima Esteves Bandeira de Mello

Leila Andrade de Souza

Andrea Albuquerque Nogueira

Ana Cristina Paiva de Oliveira

Edith Alinda Balderrama Pinto



*Rio de Janeiro*

Rua México, nº 148, Grupo 1008

CEP: 20031-142 – Centro – RJ

Homepage: [www.americajuridica.com.br](http://www.americajuridica.com.br)

E-mail: [ajuridica@americajuridica.com.br](mailto:ajuridica@americajuridica.com.br)

Pabx.: 2532-4685

*Brasília*

Sra. Evan Sales: (0xx61) 3036-7116

*Direção*

Daniella Gomes de Mattos

Marcia Barreto Vianna

---

*Revisão*

**EMARF**



|                                                                                                                                      |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| APRESENTAÇÃO .....                                                                                                                   | 1  |
| ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA                                                                                                |    |
| J. E. ARNALDO ESTEVES LIMA                                                                                                           |    |
| Desembargador Federal do TRF 2ª Região .....                                                                                         | 3  |
| EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO                                                                                  |    |
| J. E. CARREIRA ALVIN                                                                                                                 |    |
| Desembargador - Dr. em Direito pela UFMG - Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) .....                         | 5  |
| A RECONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA TRIBUTAÇÃO                                                                                    |    |
| ALBERTO NOGUEIRA                                                                                                                     |    |
| Desembargador Federal .....                                                                                                          | 11 |
| A PROIBIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA                                                                                                |    |
| SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA                                                                                                            |    |
| Desemb. Federal aposentado - Professor Titular de Direito Administrativo - Advogado - Ex-membro do Ministério Público Estadual ..... | 23 |
| ARBITRAGEM E TERCEIROS – LITISCONSÓRCIO FORA DO PACTO ARBITRAL – OUTRAS INTERVENÇÕES DE TERCEIROS                                    |    |
| HUMBERTO THEODORO JÚNIOR                                                                                                             |    |
| Professor Titular da Faculdade de Direito UFMG - Desemb. Aposentado do TJMG – Advogado .....                                         | 39 |

AÇÃO RESCISÓRIA, INCOMPETÊNCIA E  
CARÊNCIA DE AÇÃO

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO ..... 73

A NOVA ORDEM INTERNACIONAL E AS CORTES  
DE JUSTIÇA

MARIA TERESA DE CÁRCOMO LOBO

Juiza Federal – Professora Universitária – Mestre em Di-  
reito pela Universidade de Lisboa e Doutoranda pela  
Universidade Católica Portuguesa ..... 83

APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO E  
DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO

THEOPHILO MIGUEL ..... 91

CONSIDERAÇÕES SOBRE O REGIME DE  
PRECATÓRIO PARA PAGAMENTO DOS DÉBITOS  
JUDICIAIS PELA FAZENDA PÚBLICA

SIMONE SCHREIBER

Juiza Federal ..... 99

DIREITO AMBIENTAL – CARACTERÍSTICAS –  
COMPETÊNCIA MATERIAL E LEGISLATIVA DA  
UNIÃO, ESTADOS, MUNICÍPIOS E DISTRITO  
FEDERAL

VALÉRIA MEDEIROS DE ALBUQUERQUE

Juiza Federal 9ª Vara/RJ ..... 115

PROVA ILÍCITA E O PRINCÍPIO DA VERDADE  
REAL NO PROCESSO PENAL - HERMENÊUTICA  
DO ART. 5º DA LEI Nº 9.296/96

JOSÉ EDUARDO NOBRE DA MATTA

Juiz Federal da 6ª Vara Federal de Execução Fiscal do Rio  
de janeiro - Professor de Ciência de Política e do Direito  
Constitucional na faculdade da Cidade e Conferencista  
dos Cursos de Pós-Graduação da Universidade Estácio de  
Sá ..... 123

QUESTÕES PROCESSUAIS ENVOLVENDO  
PROPRIEDADE INDUSTRIAL

ANTÔNIO LISBOA NEIVA

Juiz Federal da 11ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro ..... 139

HIERARQUIZAÇÃO AXIOLÓGICA DE PRINCÍPIOS  
VALTER SHIQUENNER DE ARAÚJO

Juiz federal Substituto - Mestrando em Direito Público na UERJ ..... 151

O IMPEACHMENT DE ANDREW JOHNSON

CARLOS DAVID S. AARÃO REIS

Juiz Federal Aposentado ..... 169

A GLOBALIZAÇÃO DA PAZ SOLIDÁRIA

ANTÔNIO SOUZA PRUDENTE

Juiz Federal da 1ª Região ..... 181

ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DE OFÍCIO?

GEORGE MARCELSTEIN LIMA

Juiz Federal Substituto ..... 185

DA POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO ULTRA E  
EXTRA PETITA NOS JUIZADOS ESPECIAIS  
CÍVEIS

GERALDO DA SILVA BATISTA JÚNIOR

Juiz de Direito Titular da 4ª Vara Cível de campos dos Goytacazes/RJ - Mestre em Política e Processo - Professor da Universidade Estácio de Sá ..... 191

RUMOS DO DIREITO E DA JUSTIÇA DA EUROPA

LUIZ GUILHERME MERQUES

Juiz de Direito da 2ª vara Cível de Juiz de Fora/MG ..... 199

## O JUIZ GARANTISTA

PAULO RANGEL

Promotor de justiça do Estado do Rio de Janeiro ..... 201

## FUGIR DA GLOBALIZAÇÃO

MANOEL PORTO

Professor Catedrático da Universidade de Coimbra ..... 219

REALIDADE INSTITUCIONAL, TRIPARTIÇÃO DE  
PODERES E MEDIDAS PROVISÓRIAS

UADI LAMMÊGO BULOS

Professor de Direito Constitucional - Dr. E mestre em  
Direito do estado pela Pontifícia Universidade Católica  
de São Paulo ..... 231

## PRINCÍPIO ÉTICO DE JUSTIÇA – BIODIREITO

MARIA CRISTINA MATTIOLI

Juíza da 4ª Vara do Trabalho de Bauru ..... 251

*AMICUS CURIAE*: UM INSTITUTO DEMOCRÁTICO

ADHEMAR FERREIRA MACIEL

Consultor Jurídico - Ministro Aposentado do STJ ..... 263

DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA  
URBANA

EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

Juiz Federal Lotado na Seção do Rio Grande do Norte ... 269

## CRIME DE ASSÉDIO SEXUAL

DAMÁSIO DE JESUS ..... 285

JUSTIÇA, CONTROLE PENAL TRANSNACIONAL  
E “O MAIS FRIO DE TODOS OS MONSTROS”

PEDRO SCURO NETO ..... 293

ESPAÇO DO ESTAGIÁRIO

GLOBALIZAÇÃO NO MUNDO  
CONTEMPORÂNEO: PARA QUEM?

RENATO NEVES

Estagiário ..... 311

## **APRESENTAÇÃO**

---

Na oportunidade em que a Escola de Magistratura Regional Federal - EMARF revela a sua verdadeira vocação, de entidade voltada para o interesse de uma magistratura efetiva e atuante, com a realização de cursos e seminários tendentes a aprimorar os integrantes da Justiça Federal, não nos esquecemos do que constitui um importante marco da atual administração, que é a nossa Revista.

Este veículo de comunicação de idéias reveste-se de particular importância, porquanto alcança todos os operadores do direito, desde juizes e membros do Ministério Público até professores universitários e advogados, sem esquecer os estagiários, transitando pelos mais diversificados temas, numa postura nitidamente interdisciplinar.

Tantos e tão interessantes têm sido os temas divulgados pela Revista, e tão grande a sua penetração perante a classe jurídica do País que houve dificuldades em selecionar os artigos que compuseram este número, tamanho o interesse demonstrado pelos nossos colaboradores e o número de contribuições recebidas.

A Revista se sente particularmente honrada com a confiança dos seus leitores e espera continuar cumprindo o seu destino, de elo entre a idéia e a sua concretização, contribuindo para fazer da moderna doutrina uma alavanca para a realização de uma justiça mais justa.

J. E. Carreira Alvim  
Diretor-Geral da EMARF

# ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

ARNALDO ESTEVES LIMA

Desembargador Federal Presidente do TRF - 2ª Região

A CF, no § 6º, do seu art. 37, prescreve: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa." Aí está a regra-matriz que disciplina, atualmente, a responsabilidade objetiva dos entes mencionados, por danos causados por agentes seus, nessa condição, a terceiros.

Note-se que a inexigibilidade da demonstração de culpa do agente causador do dano consitui seu elemento diferenciador, essencial, daí ser chamada de objetiva, em oposição à responsabilidade civil subjetiva, tradicional, regida, primordialmente, pelo nosso Código Civil, que pressupõe culpa "lato sensu", resultante da ação ou omissão causal, além dos demais requisitos, em regra comuns, que informam as duas espécies obrigacionais. Como assinalam doutrinadores em obras específicas, dentre eles o saudoso Prof. Wilson Melo da Silva, "a paz social, a solidariedade, o bem comum e a equidade" constituem seus elementos basilares, asserindo, a seu turno, o Prof. e Magistrado Guilherme Couto de Castro, "...que a responsabilidade sem culpa do Estado existe e tem como fundamento a idéia de socializar o ônus injusto recaindo sobre um ou alguns isoladamente; a vítima também não é culpada, e como foi a ação própria e direta da administração a causadora do mal, é mais justo, em tais casos, a divisão de custos pela coletividade, representada pelo ente público". Aí está, diríamos, o substrato moral, a idéia de justiça, que permeia referida espécie obrigacional.

Inovando, a norma em foco introduziu as pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público, sob os princípios que norteiam a responsabilidade objetiva, ou sem culpa. Como se sabe, UF, Estados, Municípios e respectivas autarquias, constituem as pessoas jurídicas de direito público, cujos serviços são, por natureza ou definição, igualmente públicos, sendo prestados diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, cf. art. 175/CF. As fundações públicas, por extensão, equiparam-se aos entes autárquicos, recebendo, no ponto, igual tratamento.

Além de autarquias e fundações, existem na administração indireta, empresas públicas e sociedades de economia mista, estas, com natureza jurídica de direito privado, cujos objetivos consistem na exploração de atividades econômicas, dispondo o inciso II, § 1º, art. 173, da mesma Carta, sujeitarem-se "ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários". Embora o fim precípua a que se destinam seja econômico, lucrativo, de concorrência no mercado, é comum, ao lado disso, exercerem parcela, às vezes ponderável, de serviço público. Não é difícil identificar, por exemplo, nas atividades da CEF, BNDES, BB, Petrobrás, etc., prestação de serviços públicos, a par de suas atividades normais, privadas. Em consequência, quando preposto seu, em tal situação, causar a outrem, dano indenizável, para saber se se aplicam ou não, os princípios que informam a responsabilidade objetiva, será necessário definir, previamente, a natureza do serviço por ele desenvolvido, quando tal ocorreu, se público ou não. Na hipótese negativa, a obrigação reparatória sujeitar-se-á aos princípios subjacentes à responsabilidade subjetiva, que supõe, além dos demais elementos típicos, que a ação ou omissão tenha sido culposa ou dolosa. A inovação constitucional, como se observa, a despeito de sua importância, requer atenção do intérprete para evitar até mesmo inconstitucionalidade na sua aplicação. O § 6º só se aplica às pessoas jurídicas de direito privado, de forma excepcional, estrita, quando prestarem serviços públicos e daí resultar o dano a ser reparado. Na atividade normal para a qual foram criadas, tendo em vista suas finalidades básicas, levando-se em conta princípios que emergem da mesma Carta Magna, suas responsabilidades por atos lesivos a direitos de ter-

ceiros deverão ser definidas sob influxo do direito privado, quais sejam, os princípios que orientam a responsabilidade subjetiva, civilista, que pressupõe, dentre outros elementos a gerar a obrigação de indenizar, que a conduta do autor do dano tenha sido culposa, no sentido amplo.

É oportuno observar, ainda, que o preceito em foco vincula, nos termos que nele se contém, as pessoas jurídicas ali referidas e terceiros, ou seja, não se aplica, a nosso ver, para disciplinar o cumprimento de obrigação entre elas, significa dizer que, se um agente, da UF, por exemplo, em tal condição, causar um dano a um Estado-membro, ou vice-versa, a responsabilidade deverá ser apurada não sob os princípios da teoria objetiva, na variante do risco administrativo, entre nós adotado mas, sim, pelas regras que disciplinam a responsabilidade civil subjetiva, inscritas, basicamente, no CC, arts. 159 e 1518 e seguintes. Assim deve ser, não só levando-se em conta a literalidade da norma que menciona terceiros, o que denota não se tratar das pessoas jurídicas nela referidas, adicionado o fundamento equitativo, teleológico, consistente na divisão dos ônus e encargos sociais que subjaz à espécie objetiva em apreço, resultantes do atuar estatal que prejudique ao particular, o qual deixaria de existir quando a vítima fosse outro ente, porém dentre um daqueles relacionados em tal preceito.

Também o dano moral que resultar para a vítima, oriundo da conduta do agente público, em tal condição, será indenizável, aplicando-se os mesmos princípios, recordando-se que a CF, mais uma vez inovando, o previu ao lado do material, no item V, do seu art. 5º, tendo a jurisprudência do STJ, a sua vez, previsto ser possível sua cumulação em decorrência do mesmo fato e que a pessoa jurídica também pode sofrer aquele dano — Súmulas 37 e 227, respectivamente -.

# **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO**

J. E. CARREIRA ALVIM

Doutor em Direito pela UFMG; membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP); juiz do Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Sumário: 1. Introdução. 2. Preclusão e meios de impugnação – Finalidade dos embargos de declaração. 3. Casos de embargos de declaração – Decisões que os comportam. 4. Embargos de declaração – Natureza jurídica – Meio integrativo do julgado. 5. Efeitos modificativos dos embargos de declaração – Indispensabilidade de audição do embargado. 6. Considerações finais.

## **1. INTRODUÇÃO**

As decisões judiciais deveriam ser sempre claras e precisas, trazendo com exatidão o seu conteúdo, tanto em se tratando de decisões interlocutórias quanto de sentenças. No entanto, as palavras, em vez de serem um elo de união das idéias, acabam tornando-as obscuras ou contraditórias, e, não raro, gerando omissões que podem comprometer até a validade do *decisum*.

Esses defeitos, que não deveriam existir, mas existem, precisam ser expungidos, para que, por ocasião da execução dos julgados que a comportam, não se reabram discussões sobre temas já sepultados pela *coisa julgada*.

## **2. PRECLUSÃO E MEIOS DE IMPUGNAÇÃO – FINALIDADE DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**

O processo é, pela sua derivação etimológica, um caminhar para frente, não se admitindo recuos a fases já superadas do procedimento, salvo na hipótese de nulidades, em que a irregularidade na prática de um ato pode comprometer todos os que dele dependam ou sejam consequência.

Para garantir essa progressividade, que é uma das características mais marcantes da relação processual, entra em cena um fenômeno denominado “*preclusão*”, que traduz a perda de uma faculdade processual, ou porque não foi exercida no momento oportuno (temporal), ou não pode ser exercida por incompatível com outra que já o foi (lógica), ou porque já foi validamente exercida, consumando-se (consumativa).

Por essa razão, qualquer reclamação que tenham as partes contra uma decisão ou sentença deve ser oportunamente deduzida, pois, não o

sendo, não pode sê-lo mais tarde, justo em virtude da ocorrência do fenómeno da preclusão. Para evitar que ocorra a preclusão, relativamente a determinada questão, concede a lei meios de impugnação, que atinge tanto as decisões de mérito, quanto as de conteúdo apenas processual, impugnáveis por recursos adequados ao objetivo pretendido, que, no caso das primeiras é a apelação, e, no das segundas, o agravo (refido ou de instrumento).

Os embargos de declaração têm por finalidade expungir da sentença ou das interlocutórias eventuais obscuridades, contradições ou omissões, a fim de que a sua execução ou efetivação não seja comprometida pela discordância dentre as partes sobre o seu alcance e eficácia. Para esse fim, dispõe o recorrente do prazo de dez (10) dias contados da intimação da decisão ou do acórdão embargado.

### **3. CASOS DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - DECISÕES QUE OS COMPORTAM**

Os casos de embargos de declaração vêm expressos na lei, tendo lugar sempre que ocorre uma obscuridade, uma contradição ou uma omissão. Antigamente, a dúvida também constituía fundamento dos embargos, mas foi excluída pela recente reforma do art. 535, I e II, do CPC,<sup>1</sup> operada pela Lei nº 8.950/94, porquanto, a dúvida, diferentemente das demais hipóteses, não existe, na verdade, na decisão, senão na cabeça dos patronos das partes.

Existe obscuridade quando a decisão não exprime com fidelidade aquilo que deveria exprimir, pretendendo dizer uma coisa, mas aparentando dizer outra, quando, por exemplo, a parte pretende obter juros compensatórios e moratórios, e o juiz se refere a juros legais. A contradição existe quando a sentença reconhece ao autor o direito de receber o seu crédito devidamente atualizado, sem qualquer expurgo, mas, determina que sejam adotados índices em que estes expurgos foram aplicados. A omissão se verifica quando o autor formula mais de um pedido, ou diversas parcelas de um mesmo pedido, e o juiz decide apenas sobre um deles ou deixa de manifestar-se sobre alguma parcela do pedido, como, por exemplo, pede juros e correção monetária, e obtém apenas a correção monetária.

Ao contrário do que se supõe, não são apenas as decisões, sentenças e acórdãos que comportam os embargos declaratórios, mas toda e qualquer decisão, inclusive as decisões monocráticas do relator nos tribunais, e também os despachos de mero expediente, se contiverem alguma

---

1 "Art. 535. Cabem embargos de declaração quando: I — houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; II — for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal."

obscuridade, contradição ou omissão que comprometam a sua clareza e precisão.

No particular, deve ser observado o regimento interno de cada tribunal, pois, pode ocorrer qual algum preveja os embargos de declaração apenas de acórdãos, como ocorre com o Supremo Tribunal Federal, não os admitindo de decisões monocráticas, o que não significa que não possam estar previstos no regimento interno de outros tribunais, ou, pelo menos, não proibidos,<sup>2</sup> aplicando-se subsidiariamente o Código de Processo Civil.

#### 4. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - NATUREZA JURÍDICA - MEIO INTEGRATIVO DO JULGADO

Não existe uniformidade na doutrina quanto à natureza jurídica dos embargos de declaração, sobre se seriam ou não verdadeiro recurso, havendo defensores de ambos os pontos de vista. Os que negam a esses embargos a natureza de recurso, vêem-no como uma mera técnica integrativa da decisão, com o propósito de corrigir-lhe eventuais omissões, obscuridades e contradições, capaz de comprometer a sua validade.

Do ponto de vista prático, quem considera os embargos declaratórios um recurso, no mérito, dirá que eles são *providos*, se procedentes, e *improvidos*, se improcedentes; quem os têm como de natureza integrativa dirá que eles são *acolhidos*, se procedentes, ou *rejeitados*, se improcedentes.

Para *Lopes da Costa*, o que caracteriza um recurso é ser um ato da parte,<sup>3</sup> dirigir-se contra um ato de juiz, pretender um novo ato judicial, que configure uma situação processual mais favorável. Sob este aspecto, os embargos de declaração são um verdadeiro e próprio recurso, pois preenchem todas as características apontadas pelo ilustre jurista e magistrado.

A particularidade dos embargos estaria em que, nesse recurso, não há, em princípio, observância do contraditório, não se abrindo oportunidade à parte contrária para oferecer suas contra-razões, buscando, desta forma, influir na convicção do julgador (se monocrático) ou julgadores (se colegiado). Não que não possa o relator, eventualmente,

2 Já vi relator de determinados Tribunais Regionais Federais converterem embargos de declaração a decisão monocrática, invocando precedente do Supremo Tribunal Federal, que, definitivamente a eles não se aplica.

3 No direito brasileiro, como em outros ordenamentos jurídicos estrangeiros, o recurso não é ato somente das partes, admitindo-se, também, recurso de terceiro prejudicado (apelação, agravo, embargos de declaração, etc.).

abrir tal oportunidade à parte embargada, dependendo da natureza da controvérsia, mas essa não é a regra nessa modalidade de impugnação.

Na verdade, os embargos de declaração comportam-se como verdadeiro recurso, na medida em que proporcionam uma vantagem processual ao recorrente, desfazendo obscuridades ou contradições, ou suprimindo omissões, mas *sobreleva neles a sua natureza integrativa*, pois, na sua normal destinação, não têm o objetivo de substituir a decisão embargada; o que não acontece com os embargos de declaração modificativos, como se verá.

### **5. EFEITOS MODIFICATIVOS DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INDISPENSABILIDADE DE AUDIÇÃO DO EMBARGADO**

A *função normal* dos embargos de declaração é a de expungir as decisões, sentenças ou acórdãos de obscuridades ou contradições, ou, então, suprir-lhes omissões, numa exceção expressa à regra de que proferida a sentença, o juiz cumpre e acaba o seu ofício jurisdicional.

No entanto, numa época em que a jurisdição é prestada em *pacotes*, tamanho o número de demandas conhecidas pelo nome de “demandas *múltiplas*”, ditas também “demandas *repetitivas*”, em que só mudam os nomes das partes —, pois o conteúdo de mérito é exatamente o mesmo —, muitos acórdãos acabam *empacotados* de forma equivocada, levando os tribunais a admitir os embargos de declaração, como forma adequada para corrigir seus equívocos. Assim, o tribunal dava provimento a uma apelação de sentença que julgara, corretamente, pedido de “revisão de renda mensal inicial” (RMI), como se fosse apelação de sentença “revisão de benefício de prestação continuada” (RDB), no que reformava *equivocadamente* a sentença correta. Em tais situações, a alternativa que se apresentou como a mais racional, embora sem apoio no *ius positum*, foi a de admitir os efeitos modificativos para os embargos de declaração, possibilitando ao tribunal rejulgar certo o que, antes, julgara errado. Essa orientação foi logo seguida na inferior instância, também nas demandas dessa natureza, em que os juízes admitem e dão provimento a embargos de declaração para corrigir sentenças *extra petita*.

A tais embargos, convencionou-se chamar de embargos de declaração com efeitos modificativos, porque o seu objetivo não é, simplesmente, o de integrar o acórdão, mas de reformá-lo, total ou parcialmente, substituindo uma conclusão por outra. Estes embargos são verdadeiro e próprio recurso, funcionando como uma espécie de segunda apelação, única forma de corrigir um equívoco, que deveria ser normalmente corrigido pelo tribunal superior.

Fala-se, também, em embargos declaratórios com efeitos infringentes, o que não é correto, porquanto os embargos infringentes apresentam características não encontráveis nos embargos declaratórios modificativos (art. 530, CPC),<sup>4</sup> como, por exemplo, a existência de voto vencido, e de ter seus limites naturais na divergência configurada no voto vencido. Nos embargos de declaração com efeitos modificativos, além de prescindir de voto vencido, a decisão pode ser exatamente oposta à agasalhada pelo acórdão embargado. O único ponto comum entre esses dois embargos é que ambos permitem a reforma do acórdão em favor do embargado.

Se os embargos de declaração funcionam com efeito modificativo, possibilitando a substituição de uma decisão por outra, às vezes diametralmente oposta, fica evidente que não pode a parte contrária à embargante, ou seja, a parte embargada, ser privada de integrar os embargos, de oferecer contra-razões, e, desta forma, de influir, ou, pelo menos, tentar influir, na convicção dos julgadores. Na falta de norma expressa para resposta —, que os embargos normalmente não admitem —, deve ser concedido ao embargado para esse fim, o mesmo prazo concedido ao embargante para embargar, contado da intimação do acórdão.

Em tais casos, a falta do contraditório e da ampla defesa contamina o julgamento e fulmina de nulidade o acórdão que vier a acolher a pretensão do embargante sem a audição do embargado.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tendência dos tribunais, sensíveis a tais considerações, tem sido a de admitir a contrariedade nos embargos de declaração, quando pretenda o embargante atribuir-lhes efeitos modificativos, e, para esse fim, abrem vista ao embargado para se manifestar, através de contra-razões.

No entanto, não deve essa exceção, que só deve existir para os embargos com efeitos modificativos, transformar-se em regra em qualquer modalidade de embargos de declaração, para os quais o Código de Processo Civil não prevê a audição da parte contrária à embargante. Nestes, a contrariedade deve ser observada apenas naquelas hipóteses em que se revelar essencialmente necessária.

4 "Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência." (Redação dada pela Lei n. 10.352/01).



# ***A RECONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA TRIBUTAÇÃO<sup>1</sup>***

DESEMBARGADOR FEDERAL ALBERTO NOGUEIRA

No campo da Teoria Geral do Direito, sabe-se que o Direito se evidencia como uma totalidade e se acha dividido por mera questão metodológica ou mesmo pedagógica. Desse modo, não se pode compreender o tributo sem a pressuposição de que ele faz parte de um todo.

Quando se fala em totalidade, fala-se também na relação das categorias do Direito com a realidade social, ou mais precisamente, com a pós-modernidade que aí está, e, o que se constata? Constata-se uma ambiência confusa, constata-se a crise da razão, constata-se que o mundo da vida (*Lebenswelt*) parece não ter sentido. Ora, dentro desse contexto, a ordem tributária não deixa de sofrer esse vento de incerteza e indeterminação que perpassa e atravessa todos os ramos do saber.

Mas, tudo isso não pode impedir o operador do Direito de pesquisar o tributo em si e para si, mesmo que as coisas do nosso mundo aconteçam numa velocidade sequer imaginada pelos profetas da modernidade, como, por exemplo, Marx, Freud e Nietzsche.

Sem maiores divagações, e aqui por dever de coerência e em respeito à totalidade já referida, enfatizo que a dificuldade do homem contemporâneo ao lidar com o estudo de uma categoria, no caso vertente, o tributo, está, de certa forma, ligada ao desafio de se entender a pós-modernidade.

Lembro, a título de elucidação, a lúcida advertência do sociólogo ZYGMUNT BAUMAN:

“(...) a modernidade é a impossibilidade de permanecer fixo. Ser moderno significa estar em movimento... É-se colocado em movimento ao se ser lançado na espécie de mundo dilacerado entre a beleza da visão e a feiúra da realidade - realidade que se enfeiou pela beleza da visão. Nesse mundo, todos os habitantes são nômades, mas nômades que perambulam a fim de se fixar”.<sup>2</sup>

Em síntese da síntese: para se entender o tributo, o jurista precisa ser moderno. O jurista, como lembra CANELUTTI, deve deixar o gabinete, abrir as janelas e observar o mundo que o circunda.

Ora, falar em tributo implica necessariamente, no contexto da pós-modernidade, falar também sobre Direitos Humanos. Ao súbito de vista, fica parecendo uma assertiva um pouco exagerada, mas, no decurso do texto

1 Palestra realizada na Universidade Veiga de Almeida, em 08.11.99.

2 BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. 1998. p. 92.

ficará bem claro que o rigor científico, a cientificidade exige, num enfoque sistêmico, que se trate a temática dos tributos em consonância com a etiologia e a tessitura dos direitos humanos.

Falar sobre Direitos Humanos é freqüentemente mal compreendida, mal resolvida, principalmente em relação à chamada mídia. Ficam achando que Direitos Humanos é coisa para proteger bandido, que bandido não é gente. Mas, na realidade essa Teoria Geral dos Direitos Humanos representa um novo estágio da concepção do Direito para nossa época, para hoje, para ontem. Esses Direitos Humanos são algo que estamos vivenciando e, às vezes sem termos ainda uma consciência, uma percepção mais nítida do que isso significa.

A grosso modo, podemos entender que na sua concepção geral, esses Direitos Humanos representam a fusão de três insumos básicos: as chamadas liberdades públicas, que floresceram na tradição cultural, política, jurídica, social, filosófica, dos franceses; os chamados Direitos Fundamentais, uma vertente desenvolvida principalmente na cultura alemã, e com maior intensidade no após Segunda Guerra, revendo a concepção da Constituição de 1919, de Weimar, com a Lei Fundamental de Bonn, para que não voltasse a tragédia do holocausto e da indignidade contra a cultura, contra a dignidade do povo alemão.

Então, a Teoria dos Direitos Fundamentais, representa uma réplica da cultura alemã, principalmente da cultura jurídica, aquela infâmia que arrasou a pátria germânica: o holocausto.

Finalmente, pelo lado anglo-saxão, e também americano, o desenvolvimento dos chamados Direitos Humanos a partir de Human Rights e também de Civil Rights, portanto, pela cultura mais inglesa propriamente, Civil Rights, construções que foram sendo sedimentadas ao longo do tempo, aqueles Direitos da liberdade, da casa, da segurança, do devido processo legal, da lei da terra, do costume, do respeito a individualidade. Portanto, a construção inglesa desenvolvida em território norte-americano, já em simbiose também com os Direitos Fundamentais, e com uma recuperação de valores greco-romanos, que impregnaram a concepção de Thomas Jefferson e, portanto, a Declaração de Filadélfia, em 1776.

Essas três correntes, que perseguiram objetivos parecidos, se fundiram dentro de um bloco e, hoje, se definem como os "Direitos Humanos". De um lado a cultura humanista antiga, helênica, grega, da Idade Média, do Direito Canônico, do Direito Natural e, de outro lado, a resistência à liberdade ativa, à postura cidadã inglesa e, por outro lado, a postura reconstrutivista francesa, que desaguou, exatamente, na Revolução Francesa e em várias Declarações, dentre as quais, a principal delas, a de 26 de agosto de 1789, portanto, dois anos após a Declaração Americana e a Constituição de 1787. Portanto, uma confluência.

Significa isso dizer que esses Direitos Humanos não representaram apenas uma construção vinculando os Direitos de natureza privada com aqueles Direitos de natureza pública, mas, considerando o homem não apenas na sua postura liberal, social, econômica, sobretudo patrimonial, porém, o homem como uma totalidade, não um indivíduo, não um ser biológico, não uma pessoa no sentido jurídico ou no sentido social, mas o homem que foi, o homem que está sendo agora, e o homem que será amanhã. Portanto, o homem concebido com um grau institucional de permanência ou de imanência, o que significa dizer que não é apenas um homem daqui ou dali ou de hoje, ou de mais tarde, portanto, o homem como uma integralidade que recebe os valores da antiguidade, que desenvolveu esses valores, que metaboliza esses valores, que disciplina esses valores, reconstrói esses valores, e inicia uma prática desses valores também para frente.

Nesse aspecto significa que não é mais o homem localizado na aldeia, no castelo, na cidade, na nação, no continente. É o homem planetário, e assim estamos entrando no humanismo, que hoje se identifica numa corrente irreal da globalização, no sentido de impedir a destruição desses valores, como aquelas correntes a que me referi: a inglesa, francesa, alemã, americana, para me expressar apenas em pólos ou em focos de irradiação porque, na realidade, essas reflexões, esses movimentos estiveram presentes em toda parte e em toda época. Mas esses focos catalizaram, condensaram, deram vida, imagem e percepção.

Estamos vendo um pouco dessa concepção moderna dos Direitos Humanos que compreende as liberdades públicas, do sistema francês, que faz uma disciplina para conciliar o conflito de interesses entre os Direitos de um grupo e os Direitos do total, como, por exemplo, o direito de manifestação do pensamento, o direito de se manifestar fisicamente através de passeatas, como é muito do gosto francês, mas para não impedir também o direito de um comerciante continuar exercendo a sua legítima atividade mercantil de vender os seus produtos, o direito de falar alto mas sem perturbar aquele que está precisando descansar, então, a lei do silêncio, coisas desse tipo.

Enfim, uma técnica de disciplinar a atividade social sem sacrificar os Direitos Individuais, mas os colocando dentro de um conjunto que permita a todos uma equitativa fruição de todos esses Direitos. Essa é a vertente dos "Direitos Humanos".

O outro ponto que já referi é a questão dos tributos. Vejam bem, tivemos o Direito dos gregos, o Direito dos romanos, Direitos especializados, como, por exemplo, Direito dos comerciantes, Direito da navegação, Direitos específicos, como o de certas classes, dos artesãos, das corporações de ofícios. Direitos sedimentados em determinadas áreas da vida social, conforme hoje ainda estudamos: Direito Civil, Direito das Obrigações, Direito dos Contratos, Direito das Sucessões, das Heranças, Direito de Família, Direito Internacional Público e Privado, e até o Direito Tributário.

Esse conjunto todo também se integra nos Direitos do Homem, mas quando se diz "Direitos Humanos", tem-se em vista exatamente aquela integralidade, é o núcleo, é aquele Direito específico que não vai se diluir ou na propriedade, ou na expressão, ou na individualidade, ou apenas na liberdade, ou nas obrigações. É aquele Direito que alcança o homem, como disse, em todas as suas dimensões.

O tributo, como um fato da realidade, se identifica com o início dos tempos e, provavelmente com a consumação desses tempos. Mas, sucede que o tributo, conforme as várias estratificações sociais, conforme a evolução ou, caso se prefira, a involução das sociedades, sempre teve um significado diverso, portanto, funções diversas, o que não é de se estranhar. Só para exemplificar, na antiguidade, o butim de guerra, daí o *tribuere*, ou o imposto.

Recordo-me que há três anos, quando o Presidente FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, ao tentar a transformação do antigo imposto que hoje corresponde à contribuição do CPMF, dizia que "imposto é imposto, o nome já diz tudo, eu também não gosto, mas é imposto, então, tem que pagar."

Claro que isto tem fundamento histórico. Mas, houve uma época em que era assim, quer dizer, uma relação de força. Então, os romanos exigiam, e não havia como tentar resistir. *Manu militari*, as regras romanas impunham e era a vontade de César. César, além de todo poderoso, era divino, imortal, onisciente, mas nem sempre isso foi assim.

Por exemplo, no período que corresponde, grosso modo, à Idade Média, havia uma relação algo meio contratualista em que os barões, os nobres, os lordes, os donos de castelos, exigiam de seus vassallos, os seus peões - vamos dizer em linguagem de hoje, o povão - os tributos e, pagava-se ao Rei uma certa quota para sustentar a defesa do país e, também, para atender às despesas da Corte.

Com o perpassar da Idade Média isso foi derivando para um sistema mais contratual, como o das Cartas de Forais - o Professor PAULO SANTOS está fazendo pesquisa sobre Forais na parte da História da Justiça Tributária brasileira, e já localizou algumas -, instrumentos contratuais, em alguns casos para liberação dessas obrigações tributárias, que corresponderiam, hoje, aos instrumentos chamados imunidades ou isenções.

Para não me alongar muito, observa-se que posteriormente passou a se entender que tinha um sentido de solidariedade, o preço da liberdade. São teorias bastante interessantes. Mas como ficaria isso hoje? Para entendermos como hoje isso pode ser compreendido, vou voltar à Revolução Francesa, porque o ponto de partida para essa pesquisa, depois de examinar historicamente todas essas fases, foi o que estava havendo ali em matéria de tributação. E o que já era algo inteiramente conhecido, não foi novidade ne-

nhuma, nós não inventamos as coisas, os livros são um produto de elaboração, de articulação de pensamento, de encadeamento, de explicações e, portanto, é uma formulação, "nada de novo sobre a terra", *nihil novum sub sole*, já dizia o sábio SALOMÃO.

De novo não há, mas pode ser visto de uma forma nova, que corresponda a uma realidade específica. Então, naquele período que antecedeu esse grande movimento conhecido como a "Revolução Francesa", afetou, e está afetando ainda, o planeta inteiro, porque não foi uma Revolução apenas para a França, foi uma Declaração dos Direitos do Homem, uma Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, portanto, endereçada à humanidade. Esse é o aspecto da força da Revolução Francesa.

No chamado "velho regime", *Ancien Régime*, a situação estava mais ou menos assim: a nobreza não pagava tributo porque ela sustentava a fundamentação desse Direito, de que a nobreza, os cavaleiros, já concorriam com o seu sangue azul para a defesa da cidade e do Rei; o Alto Clero também não estava sujeito à tributação, porque, logicamente, passava a vida inteira fazendo preces para obter a misericórdia do Senhor, e assim um lugar para aqueles miseráveis que estavam ali moribundos. Então, seria uma iniquidade cobrar, também, do Alto Clero, tributos. E sobrava para quem? Para o povo, para variar.

Então, com a Revolução Francesa, cortou-se, foi uma ruptura, revolução naquele sentido de reverter, no sentido mesmo dos movimentos celestes. Rompeu-se com esse sistema, e a partir dali se estabeleceram dois artigos na Declaração: artigos 13 e 14, e a pesquisa, no particular, começou por ali. Vejamos como aqueles artigos entraram, e o que aconteceu com eles depois, para entendermos a vida de hoje.

No artigo 13 está dito que "todos estão obrigados a contribuir para as despesas públicas na proporção de seus haveres" e, no artigo 14, que "todo cidadão tem o direito de, por si mesmo, ou através de seus representantes, verificar a respeito da aplicação das receitas cobradas relativamente aos tributos pagos". Então, se estabeleceu o princípio da universalidade, todos são obrigados a pagar, e o princípio da cidadania tributária. O pagamento é para atender às necessidades públicas, não poderia haver um desvio em relação às receitas.

Instaurou-se o chamado "estado burguês". A palavra acabou adquirindo um tom meio pejorativo, mal compreendido, houve muita politização, muita ideologização em cima disso. Mas, "burguês" vem realmente de "burgo", de cidade, de aldeia. O burguês, portanto, é aquele que vivia na aldeia, na pequena cidade, e era aquele que trabalhava, o comerciante, o pequeno fabricante, o artesão. Chegou um momento, quando a tecnologia alcançou um certo nível, uma mecanização, e veja que estávamos em 1789, para se ter uma idéia.

O Manifesto Comunista, de KARL MARX e FRIEDERICH ENGELS, é de 1848. Por aquela época, as bases da primeira onda do capitalismo já estavam lançadas desde os Estados Unidos até a Europa, Austrália, Itália, a unificação de Estados, como na Itália, de VITOR EMANUEL, como na Alemanha, de BISMARCK, a França unificada, quer dizer, o mercado se ampliando, e o burguês, era ele, ao lado de pequenos artesãos, de oficiais de artes de ofícios, que sustentavam as despesas e o fausto de todos.

Essa burguesia se aliou aos camponeses, aquele povão incluído no chamado "Terceiro Estado", que é a designação genérica, e deflagraram a Revolução Francesa. Nem tanto pelo peso da tributação, mas, sobretudo, pela iniquidade e, a partir exatamente desse sistema injusto em que apenas um segmento da sociedade contribuía, ficando os outros imunes à tributação.

Isso não atendia mais às leis do mercado. Aqueles que realmente estavam assumindo a liderança tecnológica do mercado, as funções, ficavam em posição subalterna. É uma longa história, apenas para ilustrar um pouco. Mas, vitoriosa a Revolução, o que aconteceu? O óbvio. Os burgueses disseram: "agora todos pagam, e por igual".

Como eles se tornaram praticamente os únicos representantes, ou pelo menos a maioria esmagadora, estabeleceram regras de uma tributação universal, só que doía mais nos pobres do que nos ricos. Voltaram os chamados "impostos velhos". Tempos atrás, o ex-Secretário da Receita Federal, Dr. OSIRIS, dizia que "imposto bom é o imposto velho". Isso foi o que a Revolução triunfante, no segmento mais forte da burguesia francesa sustentou: "vamos voltar aos impostos antigos, aqueles indiretos, para ninguém conhecer - problema do sigilo fiscal - o estado dos negócios, da propriedade".

E, sendo assim, tal como hoje ainda encontramos, principalmente em países subdesenvolvidos, ou periféricos, ou emergentes, ou em desenvolvimento, ou em via de desenvolvimento, conforme preferir, para mim é subdesenvolvido mesmo, e lamentavelmente estamos nesse grupo, é o famoso grupo dos setenta e sete, predominando a tributação chamada indireta.

Em que pese no caso brasileiro, da nossa Constituição Cidadã de 1988, uma belíssima Constituição, tão agredida, não se sabe do quê e para quê, com que finalidade, encontramos um preceito que determina que a lei faça com que em todos os produtos do mercado fique visível o valor dos impostos que atingiram aquele produto, aquela mercadoria ou aquele serviço.<sup>3</sup> Mas, isso no Brasil, seria como jogar uma tocha de fogo em um paiol de pólvora, porque a grossa maioria da população não tem a consciência de que paga uma barbaridade de tributos sem saber.

3 Cf. art. 150, § 5º CP: "A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços." BRASIL. Constituição Federal 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.*

Essa é a nossa realidade. Foi o que restou daquele sublime movimento. A burguesia resolveu os seus problemas e descartou-se dos antigos aliados. Mas, acontece que o mundo de hoje já não corresponde à formatação do chamado "estado burguês", fica difícil falar em "esquerda", "direita", a não ser em quartéis, na marcha de ordem unida. A noção de rico e de pobre, hoje, é muito difusa, mesmo a noção de classe média já não se compreende mais. Primeiro começou a se falar em média-média, média-baixa, média-alta, e depois ficou um caos. Não há como se qualificar mais, ora se formam fundos impessoais, massas de capitais, ou conglomerados ou "holdings".

O chamado capital volátil que assolou nosso país há pouco, depois de passar pelo México, pela Rússia, depois de devastar uma parte dos Tigres Asiáticos, hoje, o mercado não é mais aquela porção que existia no Estado Nacional. Realmente, o mercado, hoje, se estende. A cidade não tem mais muros. Não há mais continentes fechados, e aquela burguesia industrial, mercantil, agora é apenas uma parte de um outro segmento, do chamado "capitalismo financeiro, do capitalismo tecnológico, capitalismo da informação". É um outro mundo que aparece, em que os valores, as forças são diferentes, não mais com base na terra, não mais com base na mercadoria, não mais com base no ouro, e sim na tecnologia, na informação, no movimento, no controle.

Como fica essa história em relação à tributação? Vou procurar juntar as duas coisas.

Certamente que uma estrutura que atenda a país subdesenvolvido fica incompatível com a estrutura de um país mais desenvolvido. As chamadas multinacionais - primeiro, elas querem se certificar que o país é seguro, que a qualquer momento podem entrar ou sair, querem ter segurança jurídica, querem saber qual vai ser a composição dos tributos no conjunto do produto ou do serviço.

Nessa lógica da racionalidade, a velocidade desses investimentos exige padronização mundial. O modelo da Ford foi concebido, projetado, testado e posto no mercado em três meses, com testes em todos os países consumidores através de um laboratório que centralizava todas as informações, porque é um automóvel mundial e, pasmem, o último modelo, o *Taurus*,<sup>4</sup> levou apenas quinze dias. Então, acabou a era desses galpões enormes, linhas de montagem. Está tudo articulado, dentro do sistema "on time".

4 "Para o lançamento do modelo Mondeo, os construtores da Ford necessitaram apenas dois meses e vinte teleconferências até concluir o projeto definitivamente. Já para o modelo Taurus, bastaram quinze dias de trabalho e três reuniões de controle para a diretoria dar luz verde ao início de produção - um salto de mais de 100% em eficiência.

A 'Revolução Ford' (*The Economist*) não cocorre por pressão de uma crise financeira. Em 1994, o grupo teve lucro de mais de 6 bilhões de dólares. Trotman e seus colegas de diretoria apenas viabilizaram aquilo que a mais moderna tecnologia global lhes permite. Todos os grandes industriais os seguem, e não só na fabricação de automóveis." (MARTIN, Hans-Peter, Schumann, Harald. *A armadilha da globalização: o assalto à democracia e ao bem-estar social*. 5. ed. São Paulo: Globo, 1999. p. 138-139).

É preciso racionalizar a tributação, do ponto de vista do consumidor e do ponto de vista de um novo produtor, que não é mais aquele industrial clássico ou mercantil. Então, entra agora uma nova concepção nessa nova racionalidade.

Nessa minha formulação, encontrei a seguinte forma: o tributo, na sua fundamentação, deixa de ser aquela mera contribuição para atender às despesas públicas, mesmo porque o Estado Nação, nas suas várias mutações, sensivelmente se transforma. O surgimento dos blocos regionais, como é o caso típico nosso, mais de perto, do MERCOSUL, ou da ALCA, que se anuncia, ou do NAFTA, que já funciona, ou da UNIÃO EUROPEIA, ou dos vários blocos do Oriente, então isso significa que aquelas barreiras se abriram.

Nessa concepção se entende, por exemplo, no caso brasileiro, que o notório surto de sonegação, sem contar as chamadas "brechas fiscais", desestabilizam completamente o sistema tributário e tornam moralmente questionável o direito de o cidadão comum, não beneficiado por esse distorcido sistema, pagar ou deixar de pagar o tributo<sup>5</sup>.

Esse é o panorama tributário que se descortina aqui no Brasil e sem dúvida em outros países. Para se ter uma idéia de como o ambiente tributário se torna cada vez mais saturado e irresponsável entre nós, lembro a patética (ou trágica) entrevista de conhecido dirigente de empresas, na condição de Presidente de uma grande Federação de Indústrias, que declarou, de público, aquilo que não só no Brasil, mas em muitos lugares, se entende como razoável, como lógico, sustentável, legítimo e até justo, que "não pagando ao Governo o tributo, aquilo reverterá em benefícios porque vai gerar mais em-

---

5 A imprensa divulga que a "Justiça já quebrou sigilo de 1.500 contribuintes" (sigilo bancário), em operação recentemente deflagrada pelo Ministério Público Federal em todo o País (*O Globo*, 3.ed., p. 3). Para melhor visualização, dessa mesma matéria, destaco esse tópico: "Enquanto parlamentares, juristas e magistrados discutem se o projeto que permite que a Receita Federal tenha acesso a dados protegidos pelo sigilo fiscal é constitucional, procuradores da República já investigam, com autorização judicial, pelo menos 1.500 contribuintes suspeitos de sonegação fiscal em dez estados. Com base em estudo feito pela Receita, cruzando informações sobre a arrecadação da CPMF e as declarações de renda, o Ministério Público conseguiu autorização da Justiça Federal nos estados de Paraíba, Pernambuco, Bahia, Pará, Amapá, Goiás, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Paraná e Rio Grande do Sul para iniciar o combate aos sonegadores. Na primeira etapa do trabalho, procuradores esperam que a Receita identifique os contribuintes que, apesar de movimentar milhões em suas contas, se declararam isentos ou usam expedientes para fugir dos impostos. Em todo o país, segundo o estudo, 155.560 pessoas e 5.192 empresas não pagaram Imposto de Renda e movimentaram em suas contas R\$ 398,438 bilhões, em 1998. Na mira dos procuradores e da Receita, estão as pessoas que, apesar de não terem pago IR em 98, movimentaram valores acima de R\$ 200 mil e empresas que fizeram transações bancárias que excederam R\$ 5 milhões. Até agora, os procuradores só pediram a quebra de sigilo parcial dos contribuintes que apresentaram as maiores movimentações. Os valores que limitaram os primeiros pedidos de quebra de sigilo foram estabelecidos pelas equipes de procuradores em cada estado." (JUSTIÇA já quebrou sigilo de 1.500. *O Globo*, 3.ed., Rio de Janeiro, 17 dez. 2000. O País).

prego, mais produção, enfim, na minha mão, rende mais, na do Governo vai para o ralo.”

Depois, um certo Senador, na televisão, declarou solenemente, no meu querido linguajar nordestino, “que não era besta para pagar tributo”. Qual a moderna fundamentação do tributo, que afaste esse tipo de “imunidade”? Se se entender o tributo como uma massa social, como nós encontramos em várias formulações, invoco aqui a de NORBERTO BOBBIO, “os Direitos de Primeira, os Direitos de Segunda, os Direitos de Terceira e de Quarta Geração, encontraremos o sentido democrático e de direito do tributo.”<sup>6</sup>

Os Direitos de Primeira Geração, como aqueles tradicionais, Direitos Individuais, de Propriedade, os chamados Direitos burgueses ou do liberalismo clássico. Os Direitos de Segunda Geração, como aqueles chamados Direitos Sociais, notadamente surgidos quando da primeira grande crise do capitalismo e enfrentada com muita eficiência, principalmente por THEODORE ROOSEVELT, no New Deal. Então, os Direitos de provimento, de sustentação, aplicando as Teorias do Lord Keynes para que o Estado promovesse e provesse o bem-estar social. Então, as políticas sociais, as políticas econômicas, as políticas de incremento, de regulação, no sentido de manter a sociedade e o sistema econômico capitalista funcionando da melhor maneira possível. Portanto, perseguindo a otimização, no linguajar economês.

Ocorre que essa realidade se transformou, o Estado agora recua. Surgiram os Direitos de Terceira Geração, Direitos como os do meio-ambiente saudável, Direitos Coletivos, Direitos aos meios de instrução e de educação, ao esporte e até à felicidade. E, hoje, já se fala, também, nos Direitos de Quarta Geração, Direitos para o futuro, não apenas para garantir a liberdade individual, ou o bem-estar social, ou o ambiente sadio, ou uma educação adequada, mas os Direitos para as gerações seguintes, para não legar aos filhos, aos netos, aos bisnetos - voltando à vertente dos Direitos Humanos - um patrimônio social, político, educacional, devastado.

Os tributos, nesse conjunto, e na medida em que a sociedade se projeta agora também para frente, ela não se volta apenas para o tempo real. Esses Direitos passam a ser considerados como um patrimônio. Não que o Estado seja o titular deles, é o próprio homem seu titular, o contribuinte de hoje e o de amanhã. Basta entendermos o que está acontecendo neste momento com a Reforma da Previdência. Alega-se que não é mais possível manter, sob o aspecto atuarial, a atual base econômica para assegurar os bene-

6 A idéia de direitos conectados com deveres, com o efeito de conciliar o individual em confronto com o coletivo, trazida dos novos direitos, de 3ª e 4ª gerações, para o campo da tributação, foi desenvolvida, em forma de uma teoria geral do tributo e da tributação no nosso livro “A Reconstrução dos Direitos Humanos da Tributação”, Parte II, Capítulo I. p.87-194 (NOGUEIRA, Alberto. *A reconstrução dos direitos humanos da tributação*. Rio de Janeiro : Renovar, 1997).

fícios, quando eles passaram a ser devidos em massa, no período da maturação.

Nessa concepção, o tributo passa a ser considerado como um Direito de Quarta Geração e também de Terceira, na medida em que o titular dele é o cidadão: o de hoje e o de amanhã, e que o contribuinte, ou seja, aquele cidadão que é posto em uma dada situação que lhe obriga a contribuir, ele é, ao mesmo tempo, credor e devedor, tal como no Direito Coletivo, um Direito de Grupo, só que um grupo maior, é um grupo universal, e assim sendo, ele tem o direito de exigir que todos se submetam àquele mesmo pagamento, e que não seja ele apenas o efetivo contribuinte, que ele não seja na linguagem do referido, mas não nominado Senador, o "besta" a carregar aquela carga.

Nesta concepção, o tributo, como se propugnou naqueles dois artigos da Declaração de 26 de agosto de 1789, é ao mesmo tempo a sua liberdade e o direito de exigir as prestações da sua cidadania, direito inclusive contra os inadimplentes e de exigir prestação de contas da instituição encarregada, mero instrumento encarregado de realizar aquele programa. Em definitivo, agora o titular desse direito é o homem, o homem contribuinte e, ao mesmo tempo, o legítimo destinatário das vantagens e dos benefícios decorrentes de um sistema tributário ajustado ao Estado Democrático de Direito.

É, portanto, nesse novo espaço democrático que, com tal perspectiva, se reconstrói a cidadania, reconstruindo a função dos tributos, de tal modo que ele se torne compatível com o estado atual, que é o Estado Democrático de Direito, tal como se encontra bem explicitado logo no artigo 1º da nossa Constituição Cidadã de 1988, tal como está na Portuguesa, de 1976, só que lá se diz: Estado de Direito Democrático, como na Espanhola, de 1978, que diz: Estado Democrático e Social de Direito.

Com isso, o tributo se liberta daquela iniquidade de se tornar uma imposição. Evidentemente que o tributo, entendido com esse propósito e dentro desse conteúdo, continua indispensável como sempre foi, mas pela participação ativa da cidadania, pelo controle, no futuro, deverá se transformar, talvez, em um instrumento mais moderno de gestão pública.

Não há como transformar uma sociedade com esse desperdício e com essa iniquidade que hoje envergonham nosso País. Também não há como se pretender uma coesão social, ou seja, uma harmonia entre os diversos segmentos da sociedade, porque, para além do problema da desigualdade, há algo mais trágico, a indefinição das lideranças legítimas.

Não estamos mais diante da mera e insuficiente igualdade formal, agora é preciso, e com urgência, concretizar-se dentro do possível o máximo da igualdade material. Entender quais os bens existentes na vida e na vida do nosso país, e qual esforço que cada um há de fazer para atender a essas necessidades coletivas.

É pela liberdade e pela consciência que nós - eu tenho convicção disso - vamos fazer deste país um país civilizado, e teremos orgulho de

acompanhar o pagamento de tributos justos e receber pontuais relatórios e não orçamentos incompreensíveis de cinco mil páginas de rubricas, tal como uma sociedade, mesmo anônima, comercial, faz pontualmente, prestando contas de suas atividades, da demonstração de seus lucros e prejuízos.

Portanto, o tributo, numa carga a que hoje corresponde no Brasil em torno de 32%, é um elemento que inviabiliza da maneira como hoje está sendo praticado, qualquer esforço de erradicar a pobreza.



# ***A PROIBIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA***

---

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA

Professor Titular de Direito Administrativo. Advogado. Desembargador Federal, aposentado. Ex-membro do Ministério Público Estadual. Da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e do Instituto dos Advogados Brasileiros.

## ***I - A MORALIDADE COMO BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO E O SENTIDO ÉTICO DA CARTA DE 1998***

1. A reinstalação formal do Estado de Direito, no Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, impõe, para sua plena efetividade, a renovação de postura e de conduta do cidadão, da sociedade civil e dos Poderes Públicos, de tal modo que a ação individual, a comunitária e a estatal possam realizar a verdadeira democracia, permitindo que cada indivíduo e cada instituição em que ele se associe, inclusive o Estado, possam desenvolver-se plenamente, num sentido do aprimoramento como ser humano e como ser social.

2. O fundamento primeiro estará, certamente, no fortalecimento ético, seja em nível pessoal, seja no inter-relacionamento coletivo, na família, no governo, na empresa, no mercado econômico, no sindicato, nas associações civis, nas instituições de ensino, nos meios de comunicação, enfim em todos os espaços sociais, mercê do exercício da liberdade, com o refinamento da auto-estima da educação, do respeito ao próximo, da solidariedade.

3. É certo que o progresso econômico e científico, se traduzido em adequada distribuição de riquezas e de acesso ao saber, às conquistas tecnológicas, são cognatos com esses aspectos, mas nunca terão sentido, se não informados pela devida valoração ética.

4. A Carta Magna Nacional vigente normatizou, em patamar constitucional, a afirmação da moralidade como bem jurídico, sob a forma de conteúdo de dever individual, coletivo e público, com a contrapartida do fornecimento dos instrumentos de sua exigibilidade e efetividade, caracterizando-a, portanto, também, no pólo oposto, como um direito público subjetivo de cada um, e como legítimo interesse, juridicamente protegido, das comunidades civis e das instituições públicas, com o aduzimento das pretensões e ações correspondentes.

5. Às noções jurídicas, tradicionais, em que o sentido ético já estava albergado, como as de "objeto lícito", "abuso de direito" ou "de poder", de "fraude à lei", de "legítimo interesse moral", e muitos outros no campo do Direito Penal, do Direito de Família, do Direito Societário etc., a atual Constituição Federal acrescenta "a dignidade da pessoa humana" como fundamento do Estado Democrático de Direito, logo em seu art. 1º, III; como objetivo desse Estado, a construção de "uma sociedade livre, justa e solidária" (art. 3º, I); a inviolabilidade da honra das pessoas e o direito à indenização do dano moral (art. 5º, V e X); o tratamento punitivo especial dos crimes hediondos (art. 5º, XLIII); mas também o respeito à integridade moral do preso (art. 5º, XLIX); a cominação da suspensão e da cassação dos direitos políticos, e de outras sanções, por improbidade administrativa, e sua caracterização como crime de responsabilidade (arts. 5º, V; 37, § 4º; e 85, V); a imposição da perda do mandato político por falta de decoro parlamentar (art. 55, II); a explicitação da moralidade como princípio básico da Pública Administração (art. 37); a exigência, especialmente gizada, da idoneidade moral e da reputação ilibada para a assunção de certas funções (arts. 73, II; 101; 104, p. único); a garantia, a todos, de uma existência digna, segundo os ditames da justiça social como finalidade da ordem econômica e social (arts. 170, § 4º; e 193); a indicação, como objetivo da educação, de realização do "pleno desenvolvimento da pessoa" (art. 205); o "respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família", como princípio da comunicação social (art. 221); a qualificação da família como base da sociedade, fundada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, num ambiente harmônico (art. 226, § 7º e 8º); a garantia da dignidade e do respeito à criança e ao adolescente, que devem ser preservados de todo abuso, negligência, exploração, inclusive sexual, crueldade e opressão, com prevenção e recuperação em face da dependência a entorpecentes e drogas afins (art. 227, e § 3º, VII, e 4º); e a defesa da dignidade dos idosos (art. 230).

6. Para a efetivação desses princípios, direitos e garantias, a Constituição cria instrumentos específicos, como a ação popular para anulação de ato lesivo à moralidade administrativa, assim expressamente indicada como bem juridicamente protegido (art. 5º, LXXIII) e a ação civil pública e social (arts. 129, II, III, e § 1º); estabelecendo, ademais, que a lei federal deverá instituir os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programa de rádio e televisão eticamente nocivos (art. 220, § 3º, II).

7. Tornar essa principiologia, esse ideário, em realidade, não obstante as limitações da condição humana, é papel de cada pessoa individualmente: das instituições sociais de que partcipe; dos Poderes Políticos, inclusive do Judiciário, na visão mais abrangente de seu campo de atuação, em face dos abusos, comissivos e omissivos, ostensivos e velados, nesta área ética (art. 5º, LXIX e LXXIII); do Ministério Público, como guardião da ordem jurídica, e dos interesses individuais e sociais in-

disponíveis (art. 127); dos advogados, defensores públicos e procuradores estatais, nos seus encargos de orientação, assessoria, consultoria, e de defesa de direitos e interesses legítimos, também hoje com status constitucional (arts. 131 a 134 da CF), segundo a deontologia que lhes é pertinente.

8. Para tanto é preciso aprimorar-se, estar atento; atuar, utilizar os mecanismos sociais e jurídicos, de sorte que, tal como queremos para o meio ambiente natural, tenhamos, igualmente, um meio social equilibrado, moralmente hígido, a fim de que cada um e a coletividade como um todo possam efetivamente desenvolver adequadamente suas potencialidades.

9. É certo, porém, que a preocupação ética não deverá resvalar para o moralismo hipócrita, a gerar suspeitas infundadas, denúncias sem base, devassas injurídicas, preconceitos irracionais, que, em nome da Moral, são em verdade, formas da mais patológica imoralidade.

10. Em fase na qual, no País e no Mundo, se identifica o esgarçamento do tecido social, rompido pela permissividade, e pela violência; abalado pelos escândalos de corrupção, é fundamental o robustecimento da correlação entre o Direito e a Moral.

11. A Constituição Federal de 1988 é, destarte, preñhe de referências à moralidade e a valores éticos.

12. No que toca, especificamente, aos **agentes do Poder Público**, destaquemos, para fim de sistematização: (a) a afirmação do **princípio da moralidade**, a que está, segundo o **art. 37, caput**, submetida a Administração Pública; (b) a inserção, da **moralidade administrativa**, como bem jurídico tutelado através da **ação popular**, que, nos termos do inciso **LXXIII** do **art. 5º**, cabe para **anulação de ato a ela lesivo**; (c) o estabelecimento da **proibidade na administração**, como bem juridicamente, protegido, caracterizado o ato que atente contra a mesma como crime de responsabilidade do Presidente da República, no **art. 85, V**; (d) a cominação, no **inciso V** do **art. 15** e no **§ 4º** do **art. 37**, de sanções políticas, administrativas, civis e penais, para a prática de "**atos de improbidade administrativa**", matéria que desenvolveremos a seguir; (e) a previsão, no **art. 14, § 9º**, do estabelecimento de casos e prazos de inelegibilidade, "**a fim de proteger a proibidade administrativa**" e "**a moralidade para o exercício do mandato**"; (f) a impugnabilidade, perante a Justiça Eleitoral, nos termos do disposto no **§ 10** do **art. 14**, do mandato eletivo, mediante comprovação de **corrupção ou fraude**; (g) a enumeração do **decoro parlamentar**, como valor com o qual o procedimento de Deputados e Senadores não deve, sob pena, segundo o **art. 55, III**, e **§ 1º**, de perda do mandato, ser incompatível, incompatibilidade essa identificada em casos definidos no Regimento Interno Parlamentar; no abuso das prerrogativas

asseguradas a membro do Congresso Nacional; ou na percepção de vantagens indevidas.

## II - A MORALIDADE ADMINISTRATIVA COMO SINÔNIMA DE PROBIDADE

1. O sentido próprio de **moralidade** - que se expressa, especificamente, na noção de **probidade** e na de **decoro** - é a de honestidade, de dignidade.

2. Na enumeração de **ULPIANO** (*Digesto*, 1, 1, 10, e *Institutas* 1, 1, 3) dos *iuris praecepta*, figura o *honeste vivere*, a que se somavam o *alterum non laedere* e o *suum cuique tribuere*.

2.1. Como explica **MATOS PEIXOTO** (*Curso de Direito Romano*, Rio, Haddad, 4ª ed., 1960, p. 206 e 207):

*"ULPIANO quer dizer que quem pratica esses preceitos, procede em conformidade com o direito. Nenhuma dúvida isso suscita quanto aos dois últimos, que prescrevem, um em forma negativa e o outro em forma positiva, o acatamento ao direito alheio. Aliás, o segundo preceito escusa o terceiro, pois no dever jurídico de não lesar a outrem se inclui necessariamente o de dar a cada um o que é seu. Mas isso não esgotava as normas jurídicas que o indivíduo devia observar na sociedade romana. Era preciso ainda viver honestamente, fora mesmo dos casos em que a desonestidade feria direito alheio e que estavam incluídos no segundo preceito (fraude, dolo). O incesto, por exemplo, é um ato imoral, que o direito romano punia (cf. nº 128, II) e que, entretanto, não lesava direito alheio. Para evitá-lo, levava-se em conta, nos impedimentos matrimoniais, até a 'cognatio servilis', que era o parentesco originado durante a escravidão. 'Semper in coniunctionibus non solum quid liceat considerandum est, sed et quid honestum sit'. Foi certamente tendo em vista casos como esses que ULPIANO incluiu o 'honeste vivere' entre os preceitos jurídicos.*

*É inegável que esse princípio tem alcance metajurídico, pois há casos em que é a moral e não o direito que recomenda o ato honesto; deve-se, porém, não esquecer que os romanos não faziam distinção nítida entre essas duas disciplinas."*

2.2. Ensina, ainda, **MATOS PEIXOTO** (*op. cit.*, p. 204):

*"A distinção entre o direito e a moral é relativamente moderna; quem primeiro a formulou foi o jurista alemão CHRISTIANUS THOMASIUS (1655/1728), nos princípios do século XVIII. Os juristas romanos não cogitaram dessa distinção, porque não se davam às abstrações especulativas; entretanto, eles sentiam a diferença entre a regra moral e a jurídica; PAULO, por exemplo, disse que nem tudo o que é permitido*

juridicamente é moral: 'non omne quod licet honestum est' (D. 50,17, 144 pr), mas não passou dessa indicação vaga."

2.3. É, hoje, lição primeira de **Introdução ao Estudo do Direito** a distinção entre a **regra de direito** e a **regra moral**, sendo de realçar-se, desde logo, a diferenciação que reside na característica de a última só impor **deveres, positivos ou negativos**, incluídas nesses, **proibições e limitações**.

3. Mas é de lembrar-se, uma vez mais, que a **imoralidade**, como fator de **ilicitude**, está presente no **Direito**, como, por exemplo, na noção de **objeto ilícito**, previsto nos arts. 82 e 145, II, do Código Civil: a **contrariedade à moral** está, no particular, incluída na **contrariedade a direito**.

3.1. Diz PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado*, Rio, Borsoi, 3ª ed., 1970, IV: 149) que o "ato é contrário à moral, se a opinião mais generalizada o não tolera ... Há de contentar-se o juiz com o que é a moral usual nos negócios jurídicos, conforme o ramo de direito". Envolve-se a noção de **bons costumes** ('*boni mores*'), que a atual CF não empregou (cf. art. 153, § 5º, da CF de 67/69).

4. O aspecto moral tem-se, efetivamente, inscrito no campo da **validade dos atos jurídicos**.

4.1. É de citar-se, da **Lei da Ação Popular**, o conceito de **desvio de finalidade**, que se caracteriza pelo emprego da **competência com fim diverso do legalmente previsto** explícita ou implicitamente, e que pode, certamente, ser um **fim imoral** (art. 2º, e, e parágrafo único, e).

É, assim, **imoral** o ato público praticado por **capricho**, por **vingança**, para satisfazer **interesses sectários, particulares**.

4.2. A **falsidade dos motivos**, inserida na noção de **inexistência dos mesmos** (art. 2º, d), ocorrente "quando a matéria de fato", na qual "se fundamenta o ato, é materialmente inexistente" (art. 2º, parágrafo único, d), é exemplo clássico de **ilegalidade por contrariedade à moral**.

5. Há-de citar-se, nesta matéria, a título ilustrativo, o **Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal**, aprovado pelo Decreto nº 1.171, de 22.06.94.

Dentre as regras deontológicas básicas, citem-se:

"I - A dignidade, o decoro, o zelo, a eficácia e a consciência dos princípios morais são primados maiores que devem nortear o servidor público, seja no exercício do cargo ou função, ou fora dele, já que refletirá o exercício da vocação do próprio poder estatal. Seus atos,

comportamentos e atitudes serão direcionados para a preservação da honra e da tradição dos serviços públicos.

*II - O servidor público não poderá jamais desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas principalmente entre o honesto e o desonesto, consoante as regras contidas no art. 37, 'caput' e § 4º, da Constituição Federal."*

5.1. Após afirmar que, na 'moralidade da Administração Pública', está inserta a

*"distinção entre o bem e o mal",*

acrescenta o Código:

*"VIII - Toda pessoa tem direito à verdade. O servidor não pode omiti-la ou falseá-la, ainda que contrária aos interesses da própria pessoa interessada ou da Administração Pública. Nenhum Estado pode crescer ou estabilizar-se sobre o poder corruptivo do hábito do erro, da opressão ou da mentira, que sempre aniquilam até mesmo a dignidade humana, quanto mais a de uma Nação."*

5.2. Adita a **Codificação Ético-funcional** que constitui dever do servidor público (XIV, c)

*"ser probo, reto, leal."*

5.3. Está-se, pois, ostensivamente, no campo das virtudes morais, no setor governamental.

### **III - A LEI Nº 8.429/92: A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

1. Com base no disposto no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, a Lei nº 8.429, de 02.06.92, dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos, nos casos de enriquecimento ilícito, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

2. A Carta Magna Nacional, no citado preceito, prescreve:

*"Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível".*

2.1. Nesta linha, o art. 15, V, estabelece que a suspensão de direitos políticos se dará no caso de

*"improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º".*

2.2. Conjugando-se essas regras com a do § 5º do mesmo art. 37, vê-se que a CF distingue, com nitidez, a cominação, para os atos de improbidade administrativa, entre: (a) as sanções político-administrativas, taxativamente elencadas; (b) a penação criminal; e (c) o ressarcimento cível de eventual dano ao erário.

2.3. Em consequência, diferencia as respectivas ações, inclusive para efeitos de prescrição: (a) a ação punitiva, de índole político-administrativa; (b) a ação penal; e (c) a ação cível de ressarcimento.

3. Outrossim, na sistematização lógico-jurídica apontada, a CF como não poderia deixar de fazê-lo, procede à discriminação entre os atos de improbidade administrativa e os ilícitos que, sem essa gravíssima denotação ética, causam danos ao erário.

3.1. Embora ambas as espécies de ilicitude, se lesivas à Fazenda Pública, conduzam à obrigação de reparação, e, eventualmente, à aplicação de sanções penais, os atos de improbidade exigem, para sua caracterização, a má-fé identificadora da indignidade, da desonra, da desonestidade, da quebra de decoro, da corrupção, da torpeza, que são - no Direito Punitivo, inclusive o Penal - elementos subjetivos de exacerbação da gravidade do ilícito e de sua penação, justificando a onerosidade das sanções político-administrativas constitucionalmente cominadas para a sua punição.

3.2. Com precisão, consoante citação anterior, o inciso II do Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal - aprovado pelo Decreto nº 1.171, de 22.06.94 - enuncia:

*"O servidor público não poderá jamais desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas, principalmente, entre o honesto e o desonesto, consoante as regras contidas no art. 37, 'caput', e § 4º da Constituição Federal."*

3.3. Daí, serem, cumulativa e taxativamente, cominadas as penalidades político-administrativas mais graves possíveis: a da suspensão dos direitos políticos, o que corresponde à perda temporária da cidadania - e o Constituinte de 88 vinha do trauma recente das cassações políticas - e a perda da função pública.

4. Grife-se que, se, na ação popular, o cabimento depende do binômio nulidade + lesividade; na ação de improbidade administrativa, não basta a invalidade, sendo necessária a carga negativa do vício infamante, detrimetoso.

4.1. Por seu turno, a **lesividade**, o **enriquecimento** são aditivos, cuja **punição**, nesta espécie de ação, será **consequencial** da **improbidade**, pressuposto do cabimento dessa apenação (e não independente desta); e, portanto, condição da **ação de improbidade** e da **legitimação acionante** do **Ministério Público**.

5. A imputação de prática de **ato de improbidade** é a acusação máxima que se pode formular a um **agente público**, atingindo, de forma **irreversível**, sua **integridade** e **incolumidade moral**, sua **honra**, como conjunto de predicados e condições da pessoa, e que lhe conferem consideração social e auto-estima.

5.1. Afrenta, portanto, a **honra** subjetiva e a objetiva; a **dignidade**, é a **honra comum** e a **profissional**.

5.2. Por tudo isso, a noção de **improbidade administrativa**, que, na **CF**, se encontra tratada, repressivamente, no **art. 85, V**, quando caracteriza, como **crime de responsabilidade**, os atos do **Presidente da República** que atentem contra

*"a probidade na administração";*

e no **art. 37, § 4º**, em foco, ao punir

*"os atos de improbidade administrativa",*

não pode - esta noção - dissociar-se do sistema explícito e robusto, da **Carta Política Brasileira**, de garantia da **dignidade** e da **moral individual**.

5.2.1. Neste sentido, logo o **art. 1º, III**, do texto constitucional elege, como fundamento do próprio **Estado Democrático de Direito Nacional**,

*"a dignidade da pessoa humana".*

5.2.2. Adensando a proteção a este valor incomparável o **art. 5º, V**, concretiza, como **direito individual público subjetivo**, aquele à **indenização por dano moral** e à **imagem**.

E, de forma incisiva, no **inciso X** do mesmo artigo, prescreve que

*"são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".*

6. Nesta linha, jamais será admissível que, precipitada ou levianamente; sem provas e base fática firme, possa o **Ministério Público**, ou quem quer que seja, propor **ação de improbidade administrativa**.

6.1. Grifamos este ponto: não se trata de ação comum, em que se impugne ato, que o Autor da demanda considere dissonante da ordem jurídica.

6.2. O que está em julgamento é a própria pessoa, do Réu, na sua honra, na sua dignidade, ameaçada de perda, até por um decênio, de seu *status civitatis*; e definitiva, de seu *status dignitatis* e de seu *status funcional*.

7. Por esta fundamental razão, a Lei nº 8.429/92, em seus arts. 14, e §§, e 15, e parágrafo único, e 22, exige, como condição da ação de improbidade, o prévio procedimento administrativo.

7.1. Com efeito, seja a representação de qualquer um do povo (art. 14); seja a requisição do Ministério Público (art. 22) - em razão daquela mesma espécie de representação; ou em decorrência de requerimento de autoridade administrativa, ou, mesmo, de ofício - levam, necessária e inafastavelmente, à

*"instauração de procedimento administrativo",*

exatamente

*"para apurar qualquer ilícito previsto nesta lei."*

7.2. Este procedimento administrativo necessário; esta prévia apuração dos fatos

*"será processada na forma prevista nos arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares".*

7.3. É evidente que, se a questão envolver terceiro, o procedimento administrativo preparatório terá, também, de envolvê-lo.

8. Compreende-se e louva-se que assim seja, porque há substancial diferença entre, de um lado, impugnar-se um ato administrativo por ilegalidade; e, de outro, a partir de um certo ato, imputar-se improbidade a seu autor.

8.1. O procedimento administrativo é, pois, imprescindível à caracterização, ainda que inicial, ao *fumus*, da indignidade da conduta.

8.2. Outrossim, é garantia, ínsita ao devido processo legal, à proteção do indiciado, para que este não seja, desde logo, acusado de improbidade.

9. É absolutamente fundamental que se reitere que o que está sendo julgado, na ação de improbidade, é a pessoa, a partir de um ato que praticou, e não este.

9.1. Daí, as sanções personalíssimas que a CF, taxativamente, comina; inclusive a **reparação do dano**.

9.1.1. Com efeito, esta tem também, na hipótese, a **natureza de efeito da condenação da pessoa**, tal como, no **Direito Penal**, a condenação do réu tem, como **efeito**,

*“tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado”*.

9.1.2. Assim, tal como no caso de **crime**, quem vai propor a **ação de ressarcimento** é a **UNIÃO** - se seu patrimônio for o lesado -, valendo a **sentença condenatória punitiva** como **título judicial**, nos termos do **art. 584, II, do CPC**.

9.1.3. E falta legitimidade ao **MP**, para propor a **ação executiva**, pois que o **art. 68 do CPP** só lhe dava essa **legitimação**, nos casos de réu pobre; disposição, no entanto, que tem sido considerada superada pela evolução constitucional e legislativa, da instituição ministerial.

10. Estamos no campo do **Direito Estatal Punitivo**, de que são ramos o **Direito Penal**, o **Direito Disciplinar**, o **Direito Administrativo Punitivo de Polícia**, o **Direito Constitucional Punitivo**.

10.1. Destarte, não se está no campo **civil**; e, em consequência, não cabe **ação civil**: trata-se de **ação punitiva**.

10.2. Os aspectos **cíveis**, de **anulação de ato** e de **reparação de dano**, têm de ser objeto de **ações**, aí sim, **cíveis**, propostas por quem tenha **legitimidade** para tal.

10.3. Aliás, esse é o sentido da disposição do § 2º do **art. 17 da Lei nº 8.429/92**, ao estabelecer que, **complementarmente à ação de improbidade**, cabe à **Fazenda Pública** (e a referência é expressiva) propor a **ação de ressarcimento**, mesmo que tenha sido a **UNIÃO** que tenha ajuizado a **ação de improbidade**, dada a impossibilidade das demandas.

10.4. A **ação de improbidade** haverá, em sua *causa petendi*, de ter uma **infração administrativa maculada pelo vício da indignidade do agente**.

10.5. Pela distinção absoluta de **natureza** e de **áreas**, são **inacumuláveis** a **ação de improbidade** e as **ações cíveis correlatas** ou **consequenciais**.

11. Os **atos de improbidade** são espécies do mesmo gênero dos **crimes de responsabilidade** e das **infrações político-administrativas**; **snas sanções são caducificantes** e a **reparação** sobrevém como **efeito** (cf. **art. 1º, § 2º, do Decreto-lei nº 201, de 21.02.67**).

12. O valor, o bem juridicamente tutelado, o interesse juridicamente protegido, na ação de improbidade administrativa, é a honestidade na administração; e não o patrimônio público.

A recomposição desse, reiteramos, vem como efeito.

13. O entendimento prevalecente é o de que a ação civil pública, para a qual o MP é legitimado, nos termos da Lei nº 7.347, de 24.07.85, não é veículo hábil para a dedução em juízo, pelo *Parquet*, da pretensão de ressarcimento, sob a alegação de lesão ao patrimônio jurídico em sentido próprio.

Este patrimônio consiste no conjunto de bens patrimoniais, no sentido, preciso, da classificação adotada pelo art. 808 do clássico Regulamento do Código de Contabilidade Pública da União, e que se compõe dos bens do domínio patrimonial, do domínio privado das pessoas públicas, como os seus recursos financeiros; bens que são objeto de direito pessoal ou real dessas pessoas jurídicas públicas.

Diferenciam-se estes bens daqueles do domínio público (art. 803, a), estes sim, de natureza transindividual.

13.1. Em verdade, dentre os interesses, que habilitam a propositura de ação civil pública, contidos no art. 1º da Lei, modificado já após a promulgação da CF de 1988, não figura aquele referente à reparação por danos a tal domínio patrimonial.

13.2. A reparação há-de ser postulada pela pessoa jurídica pública cujo patrimônio - no sentido exato do termo, isto é, universalidade de direitos cujo objeto tem valor pecuniário - foi lesado.

13.3. Decidiu o Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (RESP nº 34.980-5-SP; Relator, o Ministro PEÇANHA MARTINS; Rev. STJ, 65:352 e s.):

*“Ementa: Processual Civil. Legitimidade de parte. Ação civil pública. Leis 7.347/85 e 8.078/90. Reparação de danos. Municipalidade de Marília/SP. Ilegitimidade do Ministério Público. Precedentes.*

.....

2. A Lei nº 7.347/85 confere legitimidade ao Ministério Público para propor ação civil pública nas condições estabelecidas no art. 1º, acrescido do inc. IV pela Lei 8.078/90.

3. Ação para ressarcimento de possíveis danos ao erário municipal não se insere nas condições previstas na referida lei, não tendo o Ministério Público legitimidade para promover ação civil pública para esse fim específico.

4. Recursos especiais conhecidos e providos para decretar a extinção do processo, na forma do art. 267, VI, do CPC”.

13.3.1. Salientou o ilustre Relator, em seu voto:

*“No caso presente, não se pode dizer que, propondo ação para ressarcir possíveis danos causados à Municipalidade de Marília, esteja o Ministério Público defendendo interesses coletivos ou difusos.*

*De tudo quanto até agora foi exposto, pode-se concluir que, efetivamente, o Ministério Público não tem legitimidade ativa para propor a ação, na forma da Lei 7.347/85, e que o seu pedido, formulado com amparo nesta mesma lei, é juridicamente impossível de ser atendido.”*

13.4. Tampouco serviria de supedâneo para uma legitimação, no caso, a função institucional, do MP, de

*“proteção do patrimônio público e social”,*

na dicção do art. 129, III, da CF.

13.4.1. É que, ao atribuir tal mister ao *Parquet*, e lhe conferir a titularidade da ação civil pública, para tal fim, o faz, empregando a cláusula

*“patrimônio público e social”,*

quando em jogo

*“interesses difusos. e coletivos”,*

como, expressamente, refere, ao final do dispositivo, evidenciando que, juntamente com a menção ao meio ambiente, os mencionados patrimônios como exemplos do gênero de interesses metaindividuais. Daí, ser este o texto completo da disposição:

*“promover o inquérito civil público e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.*

13.5. Gize-se que o direito à reparação é da entidade pública, cuja representação judicial está vedada ao MP, nos termos explícitos do inciso IX, 2ª parte, do mesmo art. 129 da CF.

13.6. Se assim não se entender, o MP se transformará em agência cobradora de créditos da FAZENDA, um dos quais é o correspondente à obrigação, de terceiro, por dano causado ao patrimônio fiscal.

14. A configuração da improbidade administrativa como ilícito de natureza constitucional, com sanções taxativamente previstas no Texto Maior, é objeto de reserva da mesma índole constitucional.

Para a lei, a CF deixou, apenas, a disciplina procedimental (forma) da inflexão das penas e a respectiva graduação.

Ora, as penas político-administrativas são exclusivas para pessoas físicas: a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública.

A indisponibilidade de bens é medida cautelar, e não punição.

E a obrigação de ressarcir é efeito da condenação do agente público, tratando-se de ilícito próprio, isto é, que só pode ser cometido por uma determinada categoria de pessoas.

15. O caráter gravoso das penalidades evidencia que o dolo, o intuito do resultado ou do comportamento antijurídico e antiético, e a consciência do desvalor da conduta são necessários para que se configure a ilicitude.

15.1. Em todos os casos arrolados na Lei nº 8.429/92, imprescindível o dolo e a consciência da antijuridicidade.

15.2. Com efeito, o Código Penal Brasileiro, na sua vigente Parte Geral, com conceitos aplicáveis à espécie, inclusive no campo político-administrativo, consagra, dentro da doutrina finalista, e para que se configure a ilicitude, a necessidade da reprovabilidade da conduta, que caracteriza o chamado erro de proibição, o erro sobre a ilicitude do ato.

15.3. É necessário, para a identificação dessa, que haja pleno conhecimento e consciência, pelo agente, da antijuridicidade da conduta e do resultado; e que aja ele, querendo comportar-se daquele modo, a obtenção do resultado ilícito.

15.4. O equívoco, o erro de direito, a interpretação, o entendimento errôneo, mas de boa fé, afastam o ilícito.

16. É evidente que os atos de improbidade pressupõem conduta dolosa. Ninguém é desonesto culposamente, por descuido ou imperícia. Ninguém pratica atos de corrupção, a não ser deliberadamente.

16.1. Quando a Lei nº 8.429/92 alude a "ação ou omissão, dolosa ou culposa", é evidente que se está referindo ao dolo e à culpa grave ou gravíssima, culpa consciente, que a ele se equiparam, segundo os mais lúcidos conceitos de direito.

16.2. Inteligência diversa é desconforme com a Constituição Federal que, segundo o exposto, ao identificar os atos de improbidade administrativa, no art. 37, § 4º, o faz, para punir o "mínimo do mínimo ético", ou seja, o "máximo do antiético", e, portanto, condutas inspiradas pela intenção específica, pelo especial querer de obter vantagem, de causar dano, de violar princípios, não só com plena consciência da

antijuridicidade, mas também com a vontade direcionada para o fim desonesto, desonroso a gravar a desvalia da conduta.

17. Segundo o art. 3º da Lei n.º 8.429/92, *“as disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”*.

17.1. Resta nítida, no dispositivo em tela, a necessidade do atuar dolosamente, de má-fé. O terceiro há-de, deliberadamente, induzir ou concorrer para que o agente público aja desonestamente, corrompendo-se. Da mesma forma, há-de, intencionalmente, se beneficiar.

17.2. A **Lei da Improbidade Administrativa** vai muito mais longe do que a da **Ação Popular**, trazendo em seu texto um arsenal de medidas violentíssimas que poderão importar na perda da cidadania, na falência de fornecedores que ficam proibidos de contratar com o Poder Público por uma década, além da imposição de multas elevadíssimas. O beneficiário que ela quer atingir é, portanto, aquele terceiro que, visando proveito indevido, participa ativamente do dolo ou da culpa gravíssima do agente público, incentivando-o, induzindo-o à prática do ato malsão, colaborando, intencionalmente, com ele para o descumprimento do dever de lealdade para com o Erário.

17.3. Não nos deixemos enganar pela locução *“dele se beneficie”*, numa equivocada leitura, que conduziria a uma **responsabilidade objetiva**.

17.3.1. A expressão é encontradiça no **Direito Penal** - co-irmão do **Direito Punitivo Político-Administrativo** -, e, exatamente, em matéria de **dispensa de licitação**.

17.3.2. Com efeito, o art. 39, da Lei nº 8.666, de 21.06.93, ao caracterizar como ilicitude a dispensa *“fora das hipóteses previstas em lei”*, dispõe, com explicitude, no respectivo parágrafo único, que é **beneficiário**, para os fins punitivos,

*“aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade legal, para celebrar contrato com o Poder Público”*

17.4. Não se concebe que um **ato de improbidade** não seja **doloso**. A tradição de nosso Direito aponta nesto sentido, sendo indiscrepante o entendimento mais autorizado.

17.4.1. Basta recordar que, desde longa data, a CLT condena o *“ato de improbidade”* praticado pelo empregado, considerando-o como justa causa para a rescisão do contrato (art. 482, a).

17.4.2. Discorrendo sobre a matéria, ANTONIO LAMARCA sustenta que, para que fique caracterizado o ato de improbidade, faz-se necessária uma ação ou omissão do empregado, mas "ato ou omissão dolosos, é claro. Conduta, comissiva ou omissiva, porém sempre dolosa" (Manual das Justas Causas, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977, p. 332).

No mesmo sentido, a lição do clássico RUSSOMANO:

"O ato de improbidade é sempre doloso. Essa é sua principal característica" (Curso de Direito do Trabalho, 1972, Konfino Editor, p.215).

17.5. Definitiva, e no mesmo passo, é a lição de IVAN BARBOSA RIGOLIN, ao enfrentar a responsabilidade civil-administrativa do agente quando pratica infrações, de grave configuração, no exercício do seu cargo.

17.5.1. No tocante à improbidade administrativa, afirma o festejado Autor que ela somente pode configurar-se quando existente e provado o dolo:

"*Improbidade administrativa (quarto tipo) quer dizer desonestidade, imoralidade, prática de ato ou atos improbos, com vista a vantagem pessoal ou de correlato do autor, sempre com interesse para o agente. A improbidade é sempre ato doloso, ou seja, praticado intencionalmente, ou cujo risco é inteiramente assumido. Não existe improbidade culposa, que seria aquela praticada apenas com imprudência, negligência, ou imperícia, porque ninguém pode ser improbo, desonesto, só por ter sido imprudente, ou imperito, ou mesmo negligente. Improbidade é conduta com efeitos necessariamente assumidos pelo agente, que sabe estar sendo desonesto, desleal, imoral, corrupto. Chama-se improbidade administrativa aquela havida ou praticada no seio da Administração, já que pode haver improbidade na esfera civil, na vida particular, ou na militância comercial de qualquer pessoa; apenas por referir-se a situações ou fatos ligados à Administração, dentro dela, a L. 8.112, a exemplo de outras leis, denominou aquela improbidade de administrativa". (In Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis, Editora Saraiva, 1992, págs. 225/226).*



# **ARBITRAGEM E TERCEIROS - LITISCONSÓRCIO FORA DO PACTO ARBITRAL - OUTRAS INTERVENÇÕES DE TERCEIROS**

---

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador Aposentado do TJMG. Doutor. Advogado.

Sumário: 1. Intróito. 2. Jurisdição. 2.1. Jurisdição e legislação. 2.2. Jurisdição e administração. 2.3. O ponto nodal da distinção entre jurisdição e administração. 2.4. "Terceiridade" e imparcialidade do juiz. 2.5. Características tradicionalmente atribuídas à jurisdição. 3. Inserção da arbitragem no âmbito da jurisdição. 4. Limites da jurisdição arbitral. 5. Sujeição do juízo arbitral às regras básicas do processo civil. 6. Litisconsórcio. Conceito. Espécies. 7. Juízo arbitral e litisconsórcio. 8. Outras participações de terceiros no juízo arbitral. Denúnciação da lide e embargos de terceiro. 9. A composição do órgão arbitral e a intervenção de terceiro. 10. Conclusões.

(\*) Estudo em homenagem ao Prof. Cláudio Vianna de Lima

## **1 - INTRÓITO**

Muito já se discutiu acerca da natureza do juízo arbitral, se estaria inserido apenas no terreno contratual ou se, não obstante instituído pela vontade negocial privada, deveria figurar entre as figuras jurisdicionais próprias do direito público.

E se, ainda hoje, alguns autores estrangeiros recusam-se a reconhecer o caráter publicístico do julgamento por árbitros, ressaltando sua natureza contratual e privatística, o certo é que isto se prende, sobretudo, a problemas locais de ordenamentos jurídicos como o italiano, onde persiste a exigência de submissão do laudo arbitral à homologação da justiça estatal a fim de adquirir exequibilidade.

No Brasil, todavia, o dissídio se acha superado pelo sistema ostensivamente adotado pelo direito positivo, no qual se atribui à sentença arbitral força obrigatória, com os mesmos efeitos da sentença proferida pelo Judiciário, qualificando-a, inclusive, como "título executivo judicial", independentemente de qualquer ato homologatório em juízo (CPC, art. 584, III).

Assentado, assim, o caráter jurisdicional, entre nós, da sentença arbitral, impõe-se analisar o acerto, ou não, da lei brasileira, em face do conceito moderno de função jurisdicional.

## 2 - JURISDIÇÃO

Quando se propõe a estudar o direito processual, a primeira e fundamental noção a ser enfrentada e delineada é a de **jurisdição**, uma vez que esse ramo da ciência jurídica cuida da disciplina do processo, que, por sua vez, outra coisa não é que o método de operar a função estatal de compor os conflitos jurídicos (litígios), declarando e fazendo atuar a vontade concreta da lei (*jus dicere*).

Nos Estados primitivos, submetidos ao autoritarismo absoluto do detentor do poder, a jurisdição se fundia no seu império único e total e, quase sempre, era insignificante a atuação da soberania estatal nesse terreno, porque não vigia a idéia de tutela jurisdicional para os súditos, cabendo a cada um defender seus próprios direitos, quando ameaçados ou violados.

Foi com a evolução e aperfeiçoamento do Estado de Direito e especialmente com a implantação do Estado Democrático de Direito, que se conquistou o regime da separação e equilíbrio entre as funções soberanas do Estado. E foi, nesse estágio da civilização moderna que se deu a absorção, pelo Estado, em caráter monopolístico, do poder de fazer justiça.

Para abolir a justiça privada e para assegurar a tutela pública aos direitos subjetivos lesados ou ameaçados, organizou-se e institucionalizou-se o poder judiciário, ao lado do poder legislativo e do poder executivo; e, ao mesmo tempo, se instituiu o processo como remédio capaz de garantir o acesso à tutela jurisdicional.

É, sem dúvida, a partir da concepção tripartite das funções soberanas do Estado contemporâneo que se pode divisar a noção de **jurisdição**, como uma dessas funções, e de **processo**, como seu instrumento de atuação.

Não importa que, na ordem constitucional, nem sempre os órgãos encarregados dessas três funções básicas da soberania, se limitem a receber atribuições genuinamente restritas ao seu mister fundamental. As zonas cinzentas instaladas nas fronteiras dos encargos afetados aos três órgãos da soberania - o executivo, o legislativo e o judiciário - não comprometem a essência e o fundamento da separação. Se na partilha constitucional alguma atribuição não respeita com rigor aquilo que fundamentalmente deveria, em princípio, pertencer a cada um dos órgãos da soberania, isto se dá apenas em aspectos periféricos ou marginais, que não invalidam a

essência da distinção entre as suas genuínas e específicas funções. Não será, portanto, em razão desses pequenos desvios de competência que a doutrina se verá impedida de pesquisar e individuar aquilo que forma a substância da função de cada segmento da soberania.

Com efeito, a natureza da função não se perde apenas porque, por razões políticas, alguma de suas naturais atribuições veio a se concentrar nas mãos de quem controla, também, parcela diversa da soberania<sup>1</sup>.

Já se afirmou que a noção de jurisdição veio se afirmando e consolidando à medida que o desenvolvimento do Estado pôde substituir a primitiva *autotutela* (justiça pelas próprias mãos do ofendido) pela atual tutela jurisdicional, com que se intentou estabelecer o monopólio da jurisdição. No entanto, a assunção desse monopólio não foi completa; porque, mesmo em nossos dias a ordem jurídica ainda tolera, embora como exceções, algumas modalidades de autotutela, como a legítima defesa, no âmbito do direito penal, e o desforço imediato, o direito de retenção, o penhor legal etc., no campo do direito civil. Fora, porém, das hipóteses excepcionais previstas em lei, a justiça pelas próprias mãos é vetada e configura, até mesmo, crime tipificado no Código Penal (art. 345).

O certo, porém, é que no Estado Democrático de Direito, a principal característica situa-se na submissão igual de todos - governantes e governados - à lei. E para que essa submissão ocorra, efetivamente, é necessário existir uma real separação das funções inerentes ao poder estatal.

É pela completa separação de tais funções que se confere ao Judiciário a função jurisdicional, por meio da qual se controla e assegura o império da lei, submetendo a ele tanto as pessoas comuns como os demais agentes do poder estatal, ou seja os que exercem as funções do Executivo e do Legislativo.

Urge, pois, precisar o que constitui a essência de cada uma dessas funções soberanas do Estado para bem identificar, dentre elas, a jurisdição. É que se mostra muito difícil conceituar de forma sintética e isolada a função jurisdicional. Somente cotejando-a com as demais funções estatais se consegue, em doutrina, desvelar-lhe a substância.

---

1 MONTELEONE, Girolamo, *Diritto processuale civile*, 2ª ed., Padova, CEDAM, 2.000, nº 2, p. 4.

## 2.1 - JURISDIÇÃO E LEGISLAÇÃO

A dificuldade técnica maior reside no distinguir a jurisdição da administração, já que entre a função jurisdicional e a legislativa as delimitações são evidentes e facilmente perceptíveis.

*Jurisdictio*, nas origens históricas e semânticas forjadas pelo direito romano correspondia à atividade desenvolvida no *judicium*, ou seja, no ato do *judex* de *dicere jus*. Diante do conflito jurídico, o órgão judicante definia o **direito concreto**. Desde as origens, porém, essa definição o magistrado a fazia vinculando-se às regras previamente traçadas pelo legislador; e desde então as duas tarefas eram desempenhadas por órgãos distintos: ao magistrado cabia a *dictio juris*, e a criação da lei tocava ao *conditor legis*.

A função jurisdicional sempre foi muito diversa da legislativa e com esta nunca se confundiu, embora, na ordem política, não seja raro atribuir-se ao órgão legislativo alguma tarefa que corresponda, eventualmente, a *dictio juris*. O certo é que a função legislativa, criando a lei, estabelece normas para o futuro, não se fundando sobre um juízo do **ser**, mas do **dever ser**. Já o órgão jurisdicional se ocupa do que é, ou seja, do **fato** e de sua subsunção à lei.

Dai a conclusão de CARNELUTTI de que somente o juiz (e não o legislador) pratica, fundamentalmente, o *jus dicere*, porquanto não é da norma e sim do fato que nasce o direito para cada um (*ex facto jus oritur*)<sup>2</sup>.

O legislador, criando genericamente as regras do dever ser, não está dizendo o direito, mas apenas prevendo o direito que poderá vir a existir. Assim, não estabelece a lei um comando, já que este, por sua natureza, não pode ser hipotético e abstrato e tem de ser concreto e atual.

Só há realmente *jus dictum* depois que, acertado o fato e sua conformidade à hipótese legal, o juiz o declara<sup>3</sup>.

Diante do exposto, fica bem claro que a função legislativa e a função jurisdicional perseguem objetivos diferentes e observam métodos inconfundíveis.

Com o método jurisdicional enfrentam-se fatos sobre os quais se alcança um comando jurídico (concreto), formado a partir de normas (leis) preexistentes. Com o método legislativo se estabelecem, em abstrato, nor-

2 *Diritto e processo*, Napoli, Morano Editore, 1958, n.º 12, p. 19

3 CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., loc. cit.

mas genéricas (*lex generalis*). Com o processo (método jurisdicional) se obtém uma *lex specialis*, voltada para o fato controvertido, e que se veste da força de um verdadeiro comando (lei do caso concreto)<sup>4</sup>.

Pode-se, de outro ângulo, ver na lei (produto do exercício da função legislativa) um *príus* da atividade jurisdicional: primeiro, o órgão legislativo edita a regra de conduta geral e abstrata, em nome do interesse coletivo; depois, diante de um fato da vida, o órgão jurisdicional, mediante aplicação da lei, "realiza uma tutela concreta e individualizada"<sup>5</sup>.

Enfim, a diversidade essencial de funções, entre a justiça e o legislativo, pode ser assim resumida: pela legislação **constituem-se normas jurídicas** (leis); pela jurisdição, procede-se, preponderantemente, à **aplicação do direito** (norma) pré-existente: "não é difícil distinguir a função jurisdicional da função legislativa. Basta dizer que enquanto esta atua diante de hipóteses consideradas em abstrato, criando normas aplicáveis a todos os fatos futuros que se adequarem à descrição contida na norma elaborada, a função jurisdicional atua sempre diante de fatos já ocorridos, subsumindo a norma abstrata ao caso concreto"<sup>6</sup>.

## 2.2. JURISDIÇÃO E ADMINISTRAÇÃO

Mais complicada é a distinção entre a função jurisdicional e a função administrativa, visto que ambas se exercem *in concreto* e ambas, também, se ocupam de aplicar as regras gerais da lei.

Várias tentativas se ensaiaram para apontar as características da jurisdição, no seu cotejo com a administração.

A primeira é a que se volta para o lado subjetivo da função: a jurisdição é uma atribuição específica dos magistrados. Certo aos magistrados incumbe precipuamente a função jurisdicional. Mas em que tal função é distinta da desempenhada pela administração pública? Eis o que cumpre elucidar, mormente quando se sabe que, na organização política do Estado Moderno, atribuições administrativas costumam ser

4 CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., loc. cit.

5 CARNEIRO, Athos Gusmão, *Jurisdição e competência*, São Paulo, Saraiva, 1982, n° 9, p. 15. Para ROGÉRIO LAURIA TUCCI, a sentença é a "lei disciplinadora, *in concreto*, da espécie solucionada" (*Sentença e coisa julgada civil*, Belém, Cejup, 1984, p. 11).

6 CÂMARA, Alexandre Freitas, *Lições de direito processual civil*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999, vol. I, p. 58.

conferidas tanto ao legislativo como ao judiciário, a par daquelas que correspondem substancialmente à sua função genética, e até a função jurisdicional eventualmente é realizada pelo Legislativo.

Assim, por exemplo, o Congresso Nacional julga o processo de impedimento do presidente da república (CF. art. 52, I) - atividade jurisdicional extravagante - e o judiciário administra os serviços e o pessoal de suas secretarias (CF. art. 96), além de se encarregar da "jurisdição voluntária" (CPC, arts. 1.103/1.210), que muitos afirmam não ser nem "jurisdição" nem "voluntária", mas simples administração pública necessária de interesses privados.

Não será, definitivamente, pelo lado subjetivo que se encontrará o traço diferenciador entre a função jurisdicional e a função administrativa. O fenômeno terá de ser investigado, necessariamente, do ponto de vista objetivo.

Dizer, como alguns, que a atividade jurisdicional é voltada para a aplicação e atuação da lei (CHIOVENDA), ou para a dupla missão de reintegrar o direito subjetivo lesado e de simultaneamente fazer atuar o direito objetivo (ZANZUCCHI), ou, que o processo tem por fim aplicar sanções (REDENTI), ou, ainda, que sua meta é a composição de litígios, não chega ao ponto nevrálgico, do problema. Nem mesmo a presença da *res iudicata*, apontada por ALLORIO, é, por si só, suficiente para definir, de forma irretorquível, os limites entre a jurisdição e a administração.

No Estado de Direito, todos os agentes do poder se acham submetidos ao dever de observar e aplicar as leis em vigor, pelo que a partir desse enfoque não é possível encontrar o diferenciador buscado para separar a função jurisdicional da função administrativa.

A tutela do direito subjetivo é freqüentemente realizada por via do processo, principalmente, do processo civil. Não explica, porém, a persecução criminal, realizada por meio do processo penal, onde o agente titular do *jus puniendi*, o Ministério Público, está autorizado legalmente a pedir, afinal, a absolvição do acusado, como meio de atuação do direito objetivo diante do caso concreto apurado na instrução processual. Revela isto que o Ministério Público não age, na espécie, investido apenas do direito subjetivo de postular a punição do acusado, mas como encarregado da função muito mais alta de fazer atuar a lei<sup>7</sup>.

---

7. RICCI, Gian Franco, *Principi di diritto processuale generale*, Torino, G. Giappichelli, 1985, p. 6.

Em ações como as de declaração direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade de lei (CF, art. 102, I), é inadequado afirmar que a jurisdição atua na tutela de direitos subjetivos. E, até mesmo em ações puramente declaratórias, máxime nas declaratórias negativas é difícil aceitar que o judiciário tutela direito subjetivo (CPC, art. 4º).

A composição da lide, é relevante no processo civil, principalmente no processo de cognição; mas na auto-imposição obtida negocialmente, com ou sem interferência de mediador, é possível encontrar-se "composição de lide", embora sem a presença e a força da jurisdição. Mesmo no processo civil é complicado falar-se em composição da lide em casos como o de anulação do casamento, que a lei exige seja processado contenciosamente, mesmo quando os dois cônjuges estejam acordes quanto à pretensão. Dir-se-á que a coisa julgada seria, então, o traço distintivo entre a composição obtida em juízo e aquela outra fruto de composição extrajudicial, assim como daquela que a lei, independentemente de litígio, entre os interessados, exigiu fosse submetida ao órgão jurisdicional. Acontece que processos de natureza jurisdicional incontestes, podem nascer e atingir seu desiderato sem formar o fenômeno da coisa julgada, como se passa com a execução forçada, a que o devedor não opõe embargos nem suscita qualquer questão que conduza a julgamento de mérito. A *res iudicata* é, sem dúvida, fenômeno fundamental no processo de conhecimento e, aí, se revela como atributo totalmente estranho à função administrativa ordinária.

Assim, a indiscutibilidade e conseqüente definitividade podem ser normalmente invocadas como próprias do processo de conhecimento. Mas, não se deve esquecer que isto não chega a ser uma exclusividade dele, visto que, embora as decisões administrativas possam ser revistas, em princípio, pelo judiciário, não cabe a este reexaminar a conveniência e oportunidade do ato da administração quando decorrente do exercício de poder discricionário. Em relação a esse tipo de ato, pode-se afirmar que atinge a definitividade sem passar pelo crivo da sentença do judiciário.

### 2.3 - O PONTO NODAL DA DISTINÇÃO ENTRE JURISDIÇÃO E ADMINISTRAÇÃO

Tanto no ato administrativo como no ato jurisdicional há manifestação de **autoridade**, há emissão de **comandos**, há imposição da vontade da lei *in concreto*; há definição de direito diante de fato ou de fatos.

Dir-se-á que a atividade jurisdicional envolve a formação de um processo, o qual necessariamente teria de observar o **contraditório**. Ora, na solução das pretensões apresentadas à Administração, também se formam procedimentos, aos quais a Constituição brasileira

impõe a observância do contraditório (CF., art. 5º, LV). Logo, não é útil a invocação do contraditório para o fim que se persegue.

Onde, então, buscar a distinção que não pode deixar de existir entre o ato administrativo (ou o processo administrativo) e o ato jurisdicional (ou o processo jurisdicional)?

Aponta-o CARNELUTTI: os atos de autoridade (comandos) emitidos no processo jurisdicional e no processo administrativo versam sobre **interesses** de natureza muito diferente, gerando comandos de atuação em áreas, por isso mesmo distintas. A administração age sempre no controle de interesses de que é titular, de sorte que com autoridade própria impõe seu interesse ao particular ou à parte contrária. A relação jurídica apreciada pela administração é relação sobre a qual incide interesse próprio. O comando expedido pela autoridade administrativa versa sobre relação de que ela se apresenta como titular. Trata-se, portanto, de “produção de direito *inter partes*, por obra de uma só das partes, mediante comando de uma parte à outra”<sup>8</sup>.

Isto não se passa no processo jurisdicional, onde o provimento de autoridade visa interesses que pertencem a outras partes. O conflito jurídico material deduzido em juízo não diz respeito a quem vai dirimir, o conflito é, pois, “alheio” (isto é, “o juiz julga *in re aliena*”), como destaca ATHOS GUSMÃO CARNEIRO<sup>9</sup>.

A mais atual doutrina processual aponta para a “terceiridade” (“*terzieta*”) do juiz, frente ao conflito jurídico ou à pretensão sobre a qual o provimento jurisdicional irá operar, como a característica que mais irá influir na distinção do ato jurisdicional frente ao ato administrativo. Enquanto, na administração os atos de autoridade são *inter partes*, na jurisdição eles são frutos de um *imperium super partes*<sup>10</sup>.

A administração age como parte das relações submetidas à sua autoridade, porque referem-se elas a interesses primários do Estado. Com efeito, a função administrativa nasce da necessidade de perseguir interesses e objetivos concretos, para os quais o indivíduo, por si só, não seria capaz de atingir. “A defesa comum, a ordem e a segurança públicas, a salvaguarda da saúde física e moral etc. correspondem a necessidades generalizadas que o indivíduo não pode apenas com suas forças satisfazer.

8 CARNELUTTI, ob. cit., nº 17, p. 29

9 Ob. cit., nº 12, p. 19

10 CAPPELLETTI, Mauro, *O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais*, “Revista de Direito Processual Civil”, vol. 3, 1961, p. 37 e segs.

É justamente por isso que se forma o Estado, cuja administração se envolve nos referidos interesses concretos que vêm a constituir a razão mesma de sua existência. Na concepção da função administrativa, ou de governo, o Estado, por via da Administração, age como uma pessoa titular de direitos, poderes e interesses, com o fim específico e concreto, tal como se passa com qualquer indivíduo, sujeito do ordenamento jurídico”<sup>11</sup>.

Nas crises levadas à apreciação do Judiciário, o órgão jurisdicional é estranho à relação controvertida. É neutro o Estado-Juiz até mesmo quando tenha de julgar o Estado-Administração em suas relações públicas ou privadas. O órgão jurisdicional é criado e concebido longe de todos os interesses, sejam os das entidades públicas, sejam os dos indivíduos. As situações conflituosas a compor em juízo hão de dizer respeito a outrem que não aquele que irá interpor o comando autoritário de natureza jurisdicional.

A jurisdição atua justamente num instante de crise, crise essa estabelecida concentradamente entre partes, mas cujo significado repercute sobre o próprio ordenamento jurídico, já que entre os contendores se estabelece um clima de incerteza ou de insegurança. O direito não pode conviver com essa espécie de desordem no campo em que se estabeleceu justamente para impor a ordem, a paz e a segurança nos relacionamentos intersubjetivos.

Pela própria natureza e gravidade da crise, a jurisdição, a quem toca debelá-la por força da *jurisdictio*, não pode ficar nas mãos de um dos sujeitos da própria relação jurídica material controvertida. Naturalmente, aquele que se julga titular do direito em crise, se lhe fosse dado judicar, haveria de impor seu ponto de vista e, fazendo-o prevalecer, seu veredicto jamais seria aceito pela parte contrária. A situação de desordem e de intranquilidade persistiria e o ordenamento jurídico continuaria em crise. É, por isso, que a essência, da jurisdição está em atribuí-la sempre a um juiz que seja “terceiro” e jamais a uma pessoa ou entidade que se confunda com um dos litigantes. Em suma:

“il giudice non è, e non può mai essere, una delle parti. La c.d. terzietà, o meglio la **imparzialità** del giudice, non è una qualità imposta da una più o meno transeunte norma di legge, ma è una condizione senza la quale non esistono né il giudizio né la giurisdizione”<sup>12</sup>.

11 MONTELEONE, Girolano, ob. cit., n° 8, p. 12/13. Tradução livre nossa

12 MONTELEONE, ob. cit., n° 9, p. 14

## 2.4 - "TERCEIRIDADE" E IMPARCIALIDADE DO JUIZ

É comum confundirem-se no mesmo conceito a qualidade de terceiro e a de imparcial, como requisitos do agente público encarregado da prestação jurisdicional<sup>13</sup>. Nesse sentido, ALEXANDRE FREITAS CÂMARA aponta como o primeiro traço característico da jurisdição, capaz de distingui-la das demais funções estatais, "a **imparcialidade** do órgão estatal que exerce a função jurisdicional, o chamado Estado-Juiz". E para explicar o que se deveria entender por **imparcialidade** na espécie, aduz que para ter-se o Estado-Juiz como imparcial é preciso que o órgão respectivo exerça suas funções "sem ter interesse econômico, jurídico ou de outra natureza no resultado do exercício de sua função"<sup>14</sup>. Ora, esse atributo do Estado-Juiz, isto é, a imparcialidade, não corresponde à idéia de "terceiridade" e se cinge a uma qualidade do juiz e não propriamente do órgão jurisdicional (o Estado-Juiz).

A imparcialidade da **pessoa** (agente) é requisito indispensável em qualquer função pública, pois não se deve legislar em causa própria, administrar em causa própria e, naturalmente, também não se admite julgar em causa própria. Quando a Constituição exige que a administração pública, por exemplo, deve reger-se pelos princípios da **impessoalidade** e da **moralidade** (CF, art. 37), naturalmente está exigindo que, em qualquer setor da função pública haja sempre de prevalecer a **imparcialidade** do agente que vai expedir um ato de autoridade.

Quando, porém, se fala em **terceiridade** do órgão que encarna o Estado-Juiz, o que diretamente se enfoca não é a pessoa física do agente que momentaneamente o representa, mas a instituição mesma. A Administração, singularmente, pode ter interesse numa relação jurídica, pode ser sujeito dela e mesmo assim, no desempenho dos poderes que lhe tocam legitimamente, é lícito praticar ato decisório que imponha algum comando ao outro sujeito da mesma relação. A administração pode, por exemplo, revogar o ato de permissão ou de concessão, sem praticar ilegalidade; pode igualmente prorrogar um contrato de prestação de serviço público ou alterar-lhe cláusulas, em nome do interesse público. Nisso consiste o efeito *inter partes* do ato administrativo. É, aliás, justamente para esse tipo de ato e de gestão que se organiza a função administrativa. Se cometer, eventualmente, algum abuso em detrimento do direito da outra

13 Assim, por exemplo, é a lição de MONTELEONE citada no tópico anterior

14 *Lições de direito processual civil*, cit., Lumen Juris, vol. I, p. 59

parte, estará sujeita à censura do órgão encarregado da função jurisdicional, a quem compete a palavra final em matéria de aplicação e observância do direito (*jurisdictio*).

Quando, pois, se afirma que o Estado-Juiz exerce a jurisdição como um terceiro perante a relação litigiosa, não se pretende apenas dizer que o juiz tem de ser imparcial. É o próprio órgão jurisdicional que se apresenta na posição de "terceiro", completamente estranho à relação deduzida em juízo. Ainda que o Estado-Administração, como pessoa jurídica, esteja envolvido no litígio, isto não impedirá que o Estado-Juiz, como instituição, fique longe do interesse em conflito.

"Si può pertanto affermare che, mentre imparzialità significa agire, non nell' interesse privato, ma nell' interesse pubblico dello stato, la terzietà è qualcosa di più, perchè è agire al di sopra di ogni interesse sia privato che pubblico (del singolo o dello stato), dedotto in giudizio"<sup>15</sup>.

É justamente nesse sentido, que MONTESANO, destaca que, no campo da jurisdição o Estado não atua como pessoa jurídica pública ou como aparelho seu, mas como "*ordinamento nella sua oggettiva universalità*". Donde a conclusão de RICCI de ser efetivamente exato falar-se de uma "*asoggettività della funzione giurisdizionale*" ("impessoalidade"), entendida essa como "*sganciamento*" - ("*desvinculação*") de tal função de todas as outras do estado-pessoa jurídica". E é, provavelmente por isso que o provimento jurisdicional pode, somente ele, gerar a coisa julgada, fenômeno de todo estranho a todos os demais poderes do Estado<sup>16</sup>.

## 2.5 - CARACTERÍSTICAS TRADICIONALMENTE ATRIBUÍDAS À JURISDIÇÃO

Segundo uma visão que se pode dizer clássica, a jurisdição é, não só poder, mas também dever do Estado. E várias características são apontadas tradicionalmente a essa função da soberania estatal. A propósito do tema, costuma-se afirmar que se trata de atividade que, embora soberana, é "secundária", "instrumental", "declarativa ou executiva", "desinteressada" e "provocada".

Diz-se que a atividade "secundária" porque, através dela, o Estado realiza coativamente uma atividade que deveria ter sido

15 RICCI, ob. cit., n° 3, p. 8

16 RICCI, ob. cit., n° 2, p. 7

**primariamente** exercida, de maneira pacífica e espontânea, pelos próprios sujeitos da relação jurídica submetida à decisão <sup>17</sup>.

É “instrumental” porque, não tendo outro objetivo principal, senão o de dar atuação prática às regras do direito, nada mais é a jurisdição, do que um instrumento de que o próprio direito dispõe para impor-se à obediência dos cidadãos <sup>18</sup>.

Por outro lado, a jurisdição não é fonte de direito, isto é, não tende à formulação de normas abstratas de direito, ou não cria nem restringe, substancialmente, direito para as partes que dela se valem.

O órgão jurisdicional é, na verdade, convocado para remover a incerteza ou para reparar a transgressão, mediante um juízo que se preste a reafirmar e restabelecer o império do direito, quer **declarando** qual seja a regra do caso concreto, quer **aplicando** as ulteriores medidas de **reparação** ou de **sanção** previstas pelo direito <sup>19</sup>.

Exercita, de tal sorte, a jurisdição, vontades concretas da lei nascidas anteriormente ao pedido de tutela jurídica estatal feito pela parte no processo <sup>20</sup>, o que lhe confere o caráter de atividade “declarativa” ou “executiva”, tão-somente.

É, ainda, a jurisdição, “atividade desinteressada do conflito”, visto que põe em prática vontades concretas da lei que não se dirigiam ao órgão jurisdicional, mas aos sujeitos da relação jurídica substancial deduzida em juízo <sup>21</sup>.

O juiz mantém-se equidistante dos interessados e sua atividade é subordinada exclusivamente à lei, a cujo império se submete como penhor de imparcialidade na solução do conflito de interesse <sup>22</sup>.

Embora a jurisdição seja função ou atividade pública do Estado, versa quase sempre sobre interesses privados - direitos materiais subjetivos das partes -, donde não ter cabimento a prestação jurisdicional, a não ser **quando solicitada**, nos casos controversos, **pela parte interessada**. Daí dizer-se que a jurisdição é atividade “provocada” e não espontânea do Estado: *ne procedat iudex ex officio*.

17 CALAMANDREI, *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, 1945, p. 20

18 LIEBMAN, op. cit., nº 1, p. 5

19 LIEBMAN, op. cit., nº 1, p. 5

20 CALAMANDREI, op. cit., p. 22

21 CALAMANDREI, op. cit., p. 22

22 ARRUDA ALVIM, *Código de processo civil comentado*, ed. 1975, v. I, p. 39

Nesse sentido, nosso Código é expresso em determinar que “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional, senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais” (art. 2º).

Além desses predicados, há quem atribua à jurisdição, ainda como características, a **imparcialidade do juiz**<sup>23</sup>, e a **definitividade de seus provimentos**, já que apenas a sentença judicial, dentre os atos de soberania estatal, se reveste da autoridade da **coisa julgada**<sup>24</sup>.

Uma visão crítica moderna diminui a importância de todas essas características clássicas da função jurisdicional e censura mesmo a insistência de manter algumas delas na visão científica da jurisdição.

Assim, não se deve insistir na “secundariedade” da função jurisdicional, se a mais moderna tendência é a de entrever relevantes escopos à jurisdição, na ordem política e social, a par da mera atuação da vontade concreta da lei<sup>25</sup>. O caráter cívico do direito de acesso à justiça e de obtenção da tutela jurisdicional, profundamente enraizado nas garantias fundamentais proclamadas pela Constituição, não condiz com a singela e tradicional afirmativa de ser a jurisdição “secundária” diante da norma geral e abstrata da lei. Mesmo quando se encara a função jurisdicional em seu contato com o ordenamento jurídico, sem atingir o nível do regime das garantias constitucionais, deve-se ter presente que a crise (litígio) no relacionamento jurídico gera incerteza e insegurança que social e juridicamente não se podem tolerar. Nessa ordem de idéias, sendo a jurisdição o meio concebido para recompor o relacionamento jurídico entre as pessoas, mediante restabelecimento da “ordem e da certeza”, é, sem dúvida, tarefa sua **manter e reconstituir** a própria ordem jurídica, quando entre em crise. E, nessa missão, a jurisdição, lógica e historicamente, precedeu à própria atividade de normatização geral e abstrata (*i. é*, a função legislativa). Fica assim, difícil insistir no caráter “secundário” da jurisdição, quando se denota o sentido **primário e principal** no mister de promover a **justa composição** dos litígios, e quando se constata que a simples elaboração legislativa de normas abstratas e gerais não é capaz de assegurar a ordem, a segurança e a paz almejadas pelo Estado e pela sociedade. Na verdade, esses desideratos somente podem ser alcançados pelo trabalho desenvolvido *in concreto* pelos órgãos jurisdicionais. Não se pode, então, segundo MONTELEONE, ter como

23 ARRUDA ALVIM, Eduardo, *Curso de direito processual civil*, São Paulo, Ed. RT, 1998, vol. I, nº 4.1, p. 45; CÂMARA, Alexandre Freitas, *ob. cit.*, I, p. 59; RODRIGUES, Marcelo Abetha, *Elementos de direito processual civil*, v. I, 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, nº 4.5, p. 105/106

24 CARNEIRO, Athos Gusmão, *ob. cit.*, nº 7; EDUARDO ARRUDA ALVIM, *ob. cit.*, *loc. cit.*

25 DINAMARCO, Cândido - CINTRA, Araújo - PELLEGRINI, Ada, *Teoria geral do processo*, 13. ed., São Paulo, Malheiros, 1997, n. 4 e 12, págs. 25 e 41; CÂMARA, Alexandre Freitas, *ob. cit.*, I, p. 72/75

secundária a função jurisdicional, se *"solo il giudizio permette di superare la fase di stallo"*<sup>26</sup>.

Igual censura se faz à idéia de **instrumentalidade**, vista como consequência de separação entre as duas situações, a lei e a jurisdição, reduzindo esta a mero instrumento de aplicação das regras do direito<sup>27</sup>. Para MONTELEONE, a jurisdição não serve a um fim estranho a ela, seja ele a lei ou outro. Não há, em seu modo de ver, contraposição, ou distinção, entre direito e jurisdição, em virtude de que esta constituiria simples meio de aplicar aquele, como dado preexistente. O que há é a plena e absoluta coincidência entre direito e jurisdição. *"Invero giudizio e giurisdizione sono a tutti gli effetti il diritto e lo esauriscono, nel momento in cui sorge la necessità del loro impiego, perché in essi e per essi soltanto si manifesta in quel momento l'ordinamento giuridici"*<sup>28</sup>.

Pouco significativa, portanto, é afirmação de ser a jurisdição "atividade declarativa e executiva", sem força de criar o direito. Se a norma legal é genérica e abstrata, e o direito deve, ao contrário, nascer concreta e especificamente do fato submetido à força da lei, a jurisdição tem irrefutável força integrativa na atuação dos direitos.

Não tem, outrossim, maior significado, para MONTELEONE, a tradicional afirmação do caráter **substitutivo** da jurisdição. De duas maneiras se tenta justificar esse caráter: primeiro, porque a tutela dos direitos subjetivos nos povos primitivos era feita pela justiça das próprias forças dos respectivos titulares e, portanto, a jurisdição foi criada para evitar e substituir a justiça privada; depois, porque, ao compor o litígio, o órgão jurisdicional praticaria atos tendentes a substituir o comportamento que as partes originária e espontaneamente deveriam ter adotado, para se manterem na necessária submissão ao ordenamento jurídico.

Ora, se historicamente desapareceu a justiça privada e hoje o que se conhece é o monopólio da jurisdição pelo Estado, não se pode continuar a entender a função jurisdicional como mero substituto da autotutela. Essa visão pode ser histórica mas não é jurídica. Por igual razão, não se pode juridicamente dizer que os atos do juiz no processo substituem aqueles que originariamente teriam de ter sido praticados pelas próprias partes. O juiz age, no processo, em nome da soberania estatal porque a desordem criada em razão da lide compromete a segurança e certeza, no

26 Ob. cit., nº 10, p. 15

27 RODRIGUES, Marcelo Abelha, ob. cit., I, nº 4.5, p. 105

28 MONTELEONE, ob. cit, loc. cit. Essa visão da jurisdição parece, à primeira vista, efetuar um retorno à concepção imanentista do direito de ação. No entanto, não é bem assim. O direito de acesso à justiça continua sendo autônomo (ação). A jurisdição é que vai além da simples resposta ao exercício do direito de ação e se revela como próprio ordenamento jurídico atuando em sua plenitude para eliminar a crise individual surgida entre as partes. É nesse sentido que não se pode distinguir entre direito e jurisdição. Um e outro, diante do caso concreto, são a mesma coisa.

relacionamento social, negando a própria ordem jurídica. É em nome e em defesa do próprio direito que age o juiz. Juridicamente, portanto, o juiz não substitui ninguém, mesmo porque, substancialmente, há um contraste essencial e genético entre o papel do órgão jurisdicional e o das partes.

"La sostituzione in realtà manca, poichè non è dato fare alle parti quanto compie il giudice attraverso il giudizio e vice-versa"<sup>29</sup>.

Quanto à **imparcialidade** do órgão judicante, trata-se de exigência que se relaciona com o agente investido da função judicante e não da própria função; e, ademais, aplica-se também a agente de todas as demais funções estatais, não se prestando, destarte, a caracterizar a jurisdição.

A **coisa julgada**, por fim, se é fenômeno só detectável nos atos dos órgãos jurisdicionais, não é comum a todos os provimentos do judiciário. Não se faz presente nem no processo de execução nem no processo cautelar, e nem por isso os atos de execução ou de prevenção, deliberados em juízo, deixam de ser atos jurisdicionais.

O que, então, constitui a única e universal característica da jurisdição é a "terceiridade", com que o Estado-Juiz atua para superar a crise implantada pela situação de incerteza e insegurança, impondo solução para um relacionamento jurídico controvertido que não lhe diz respeito, pois que travado entre as partes apenas.

O essencial para configuração da prestação jurisdicional é que ela seja prestada, como emanção de autoridade, por um terceiro, e não por um dos sujeitos interessados da relação jurídica litigiosa. Essa moderna concepção presta-se a resolver até mesmo o problema de definir a natureza do juízo arbitral, e conseqüentemente, serve para reconhecer-lhe a integração na jurisdição, pois o que é essencial para tanto, não é a qualidade do agente e sua ligação direta ao Poder Judiciário, mas o seu poder de impor, como terceiro, uma solução obrigatória para o conflito jurídico.

Onde uma vontade estranha e superior às partes tem força de proclamar (dizer) o direito das partes, há *juris dictio*<sup>30</sup>.

### 3 - **INSERÇÃO DA ARBITRAGEM NO ÂMBITO DA JURISDIÇÃO**

O fato de os litigantes confiarem a composição do litígio a pessoa ou órgão não integrante do Poder Judiciário estatal não pode ser erigido à óbice ao reconhecimento da natureza jurisdicional da função desempenhada pelo juízo arbitral.

29 MONTELEONE, ob. cit., p. 15/16

30 MONTELEONE, ob. cit., p. 14.

Historicamente, a atividade de “dizer o direito” (*juris dictio*) se institucionalizou primeiro nas mãos de árbitros do que de magistrados estatais. CARREIRA ALVIM, apoiado em lição de MOREIRA ALVES, descreve a evolução histórica da jurisdição, divisando-lhe três etapas, assim configuradas:

“a) na primeira, os conflitos entre particulares são, em regra, resolvidos pela força (entre a vítima e o ofensor, ou entre os grupos de que cada um deles faz parte), mas o Estado - então incipiente - intervém em questões vinculadas à religião; e os costumes vão estabelecendo, paulatinamente, regras para distinguir a violência legítima da ilegítima;

b) na segunda, surge o arbitramento facultativo: a vítima, em vez de usar a viúgança individual ou coletiva contra o ofensor, prefere, de acordo com este, receber uma indenização que a ambos pareça justa, ou escolher um terceiro (o árbitro) para fixá-la;

c) na terceira etapa, nasce o arbitramento obrigatório: o facultativo só era utilizado quando os litigantes o desejassem e, como esse acordo nem sempre existia, daí resultava que, as mais das vezes, se continuava a empregar a violência para a defesa do interesse violado; por isso o Estado não só passou a obrigar os litigantes a escolherem árbitro que determinasse a indenização a ser paga pelo ofensor, mas também a assegurar a execução da sentença se, porventura, o réu não quisesse cumpri-la; e

d) finalmente, na quarta e última etapa, o Estado afasta o emprego da justiça privada e, por meio de funcionários seus, resolve os conflitos de interesses surgidos entre os indivíduos, executando, à força se necessário, a decisão.”<sup>31</sup>

No direito romano, divisam-se todos os estágios evolutivos da jurisdição: a pena de talião, prevista na Lei das XII Tábuas era exemplo da justiça privada, sob forma de vingança do ofendido contra o ofensor; o recurso aos árbitros privados esteve sempre presente pois as leis processuais, durante toda a história do direito romano, previam a possibilidade de submissão dos conflitos individuais à solução de árbitros escolhidos pelas partes livremente; durante a *ordo iudiciorum privatorum*, estabeleceu-se a arbitragem obrigatória: o magistrado (*praetor*) abria o processo e remetia o julgamento a um árbitro não estatal (*judex*). Finalmente, no estágio da *cognitio extraordinaria*, desaparece a figura do *judex* e o processo se desenvolve todo perante o magistrado (funcionário estatal).

---

31 CARREIRA ALVIM, *Tratado Geral de Arbitragem*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2.000, p. 15; MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1971, p. 203-204

Vigoraram, assim, em Roma - como destaca CARREIRA ALVIM - duas modalidades de arbitragem: a arbitragem **facultativa**, contratualmente estabelecida pelos litigantes, fora do processo judicial do Estado; e a arbitragem **necessária** ou **obrigatória**, inserida na própria atividade da justiça oficial<sup>32</sup>.

Historicamente, portanto, a presença do julgamento dos litígios por árbitros particulares foi o ponto de partida para a institucionalização da própria idéia de jurisdição, pois foram primeiramente os árbitros, e não os magistrados, que se encarregam de "dizer o direito", para solucionar os litígios entre particulares.

Não havendo necessidade de confundir **jurisdição** com **jurisdição estatal**, a moderna doutrina, apoiada até mesmo nos textos do direito positivo de diferentes países, proclama, majoritariamente, que a arbitragem é um tipo de justiça<sup>33</sup>.

O importante é assentar que o julgamento dos árbitros atinge o mesmo efeito da sentença judicial, produzindo a coisa julgada e gerando título executivo da mesma natureza daquele emanado do juiz estatal, e este julgamento é proferido por um terceiro imparcial e totalmente estranho aos interesses em conflito na causa. A diferença é anterior ao processo e se situa apenas na investidura do julgador no poder de processar e decidir a causa. No processo judicial, o julgador é um funcionário do Estado investido permanentemente na função judicante; no processo arbitral, o julgador se investe no mister apenas para decidir o caso que por vontade contratual lhe foi atribuído.

Daí falar-se em "juiz privado, investido de uma missão jurisdicional, de origem contratual"<sup>34</sup>, reconhecendo-se que "a missão de árbitro é exatamente a mesma do juiz"<sup>35</sup>, e que "o árbitro é um juiz, como uma jurisdição do Estado"<sup>36</sup>.

A clareza das opiniões doutrinárias invocadas, leva JARROSSON a concluir que "a missão jurisdicional do árbitro não suscita mais controvérsias reais, ao menos quanto a seu princípio. "La fonction de l'arbitre et celle du juge sont identiques. Seule diffère son origine. Que la mission juridictionnelle de l'arbitre tire son origine de la volonté immédiate des parties et de celle, plus lointaine, de la loi, n'y change rien: l'arbitre dit le droit, il a la juridiction (grifamos)"<sup>37</sup>.

32 CARREIRA ALVIM, ob. cit., p. 16.

33 CHARLES JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, Paris, L.G.D.J., 1987, p. 101.

34 J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage, nature juridique*, Paris, LGDJ, 1965, n° 307; *Jurisclasseur de procédure civile*, fascicule 1005

35 H. MOTULSKY, *Ecrits*, T.I, *Etudes et notes sur l'arbitrage*, Paris, Dalloz, p. 6, n° 3

36 G. CORNU, *Le décret du 12 mai 1980 relatif à l'arbitrage. Présentation de la réforme*, Rev. arb., 1980-585

37 JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, cit. n° 175, p. 101

Tanto assume o árbitro a **jurisdição** que, uma vez instituído a arbitragem, elimina-se a competência dos órgãos da jurisdição estatal para conhecer da causa objeto da convenção arbitral (CPC, art. 267, VII).

Portanto, não obstante a necessidade de um contrato para legitimar a função do árbitro, o seu desempenho e sua eficácia em moldes jurisdicionais decorrem mais de vontade da lei do que propriamente da vontade dos contratantes.

Para CARREIRA ALVIM, quando o direito positivo atribui à sentença arbitral a mesma função da sentença judicial, não há empecilho algum a que a jurisdição arbitral seja considerada “como uma **particularização** da jurisdição estatal no seu mais amplo significado: representa ela uma particular parcela da jurisdição pública, entregue pelo Estado a particulares (árbitros) para exercê-la em proveito de particulares (partes interessadas)”<sup>38</sup>.

Conforme IRINEU STRENGER, “a vontade das partes intercede na origem do processo e nas modalidades de seu conteúdo e objeto, inclusive na eleição do direito aplicável ao fundo e à forma. Contudo, uma vez determinado e estabelecido o processo, os árbitros nomeados atuam como juízes, com independência das partes, das quais não podem considerar-se mandatários, porque estão investidos de função autenticamente jurisdicional, que vai se desenvolver como se fora um processo afeto a uma tribunal estatal”<sup>39</sup>.

“L’arbitre est un juge à part entière. L’admettre, c’est aussi corrélativement reconnaître que l’arbitrage est une justice, et plus précisément une justice privée” (...) “elle est plutôt un mode de *règlement juridictionnel* de litiges par un tiers impartial qui se situe dehors de la justice étatique”<sup>40</sup>.

Se, para as partes, o processo arbitral é um instrumento de satisfação dos direitos privados, para o Estado, tal como a justiça pública, “é forma de realização do direito”<sup>41</sup>.

“A instituição da arbitragem adquire, nessas condições, em toda sua dimensão, seu aspecto jurisdicional”<sup>42</sup>.

38 *Tratado*, cit., p. 72

39 *Arbitragem comercial internacional*, São Paulo, Ed. LTR, 1996, nº 171, p. 144

40 THOMAS CLAY, *L’arbitre*, Paris, Dalloz, 2001, nº 58, p. 41

41 MATHIEU BOISSÉSON, *Le droit français de l’arbitrage*, Paris, Nouel, 1983, p. 192

42 STRENGER, *Arbitragem*, cit., nº 70, p. 143

#### 4 - LIMITES DA JURISDIÇÃO ARBITRAL

Houve época em que se travavam sérias controvérsias sobre a natureza do julgamento arbitral - se seria um negócio privado de natureza contratual ou se seria um ato público da mesma natureza da sentença estatal. Sob o império das leis atuais, sobretudo, como a francesa e a brasileira, o caráter jurisdicional se impõe por vontade expressa do próprio ordenamento jurídico. Basta consignar que o direito positivo lhe atribui a força de gerar a coisa julgada, e que a sentença do árbitro é qualificada como título executivo judicial, e ambos os efeitos são alcançados pelo decisorio arbitral independentemente de qualquer homologação pelos tribunais da justiça oficial<sup>43</sup>.

Se hoje não se mostra aceitável recusar o caráter jurisdicional à sentença obtida por meio da arbitragem, não se pode, porém, deixar de ressaltar sua fonte, remota mas relevante, no negócio privado livremente estabelecido entre os litigantes, e sem o qual a jurisdição do árbitro nem sequer existiria<sup>44</sup>.

Embora juiz e, portanto, detentor de jurisdição, o árbitro não é um juiz estatal, nem é juiz permanente e com poderes jurisdicionais amplos como os magistrados do aparelhamento judiciário oficial<sup>45</sup>. Prova mais evidente da limitação imposta ao detentor da jurisdição arbitral está na falta de poder para fazer executar seus próprios julgamentos. Só ao juiz estatal cabe manejar a execução forçada e outros expedientes coercitivos, como as medidas cautelares.

Diz-se, por isso, que o árbitro tem *jurisdictio*, mas não tem *imperium*. Enquanto o juiz estatal tem a *jurisdictio* e o *imperium*, o árbitro só conta com a *jurisdictio*<sup>46</sup>.

Em função de sua origem contratual, outrossim, a jurisdição arbitral não pode ir além do negócio jurídico que motivou sua implantação, nem pode envolver senão as partes que o convencionaram. O árbitro, que sustenta sua função sobre a vontade das partes litigantes, mostra-se sem poder em relação a terceiros, ou seja, aqueles que não participaram do negócio instituidor do juízo arbitral.

43 JEAN ROBERT, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, 6ª ed., Paris, Dalloz, 1993, nº 201, p. 170.

44 A arbitragem é fenômeno doutrinado pelo hibridismo contrato + jurisdição. É, pois, uma "justiça privada cuja origem é normalmente convencional" (HENRI MOTULSKY, *Ecrits Érudits et notes sur l'arbitrage*, Paris, Dalloz, t. 2, 1974, spéc. Nº 2 et 10-12, *apud* THOMAS CLAY, *L'arbitre*, Paris Dalloz, 2001, p. 36).

45 "Étant un juge désigné par contrat, l'arbitre est soumis à un régime juridique qui repose sur une double source: la source juridictionnelle de sa mission constitutive de son statut de juge, et la source contractuelle de son investiture qui fonde la relation nouée avec ceux dont il va trancher le litige" (CLAY, nº 1.081, p. 804).

46 JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, cit. nº 183, p. 104.

"L'arbitre n'est juge que à l'égard des parties et se trouve donc démuní de tout pouvoir concernant un tiers au procès. Il ne peut contraindre un tiers à déposer. Sa mission a un effet relatif qui découle directement de l'effet relatif de la convention d'arbitrage à laquelle il doit la qualité de juge"<sup>47</sup>.

É de se ressaltar sempre que a justiça desempenhada pela arbitragem é originariamente uma **justiça privada** instituída pelos contratantes para excluir seus litígios da jurisdição pública. São eles, os contratantes, que afastam, nos termos do contrato, a função estatal e a substituem pela *jurisdictio* de particulares que, nas circunstâncias negociais, assumem a missão de julgar<sup>48</sup>.

"Ainsi c'est par la **volonté des parties** que le litige est soustrait aux juges étatiques pour être confié au juge privé qu'est l'arbitre"<sup>49</sup>.

Porque se trata de uma renúncia ao direito de confiar seu litígio à justiça pública, a submissão ao juízo arbitral só obriga às partes que o contrataram.

A investidura dos árbitros - anota IRINEU STRENGER - "decorre de uma origem contratual e um objeto jurisdiccional, que se confundem no movimento dinâmico do processo arbitral"<sup>50</sup>.

Como o contrato se caracteriza pela relatividade, isto é, por operar com força de lei mas apenas entre as partes e na extensão do objeto negocial, o juízo arbitral fica limitado às partes que o convencionaram e ao objeto do contrato que o motivou.

"En principe, seules les parties ou les personnes représentées sont liées par la sentence arbitrale, qui ne peut produire d'effets à l'égard des tiers, non liés par la convention d'arbitrage"<sup>51</sup>.

Pode-se afirmar, em suma, que os limites da jurisdição arbitral são os limites do contrato que a ela se submete.

47 JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, cit. n° 185, p. 105

48 "L'arbitrage évoque généralement l'idée de l'intervention d'un tiers impartial; son essence est fondamentalement tribunaire de la justice privée. L'arbitre est une personne privée investie par les parties du pouvoir de dire le droit, de trancher la contestation qui lui est soumise et de rendre une décision. Ainsi, on confère habituellement à l'institution une physionomie mixte, une nature hybride où se mêlent de composantes contractuelles et juridictionnelles. L'arbitrage est une justice; il a, comme toute justice, une fonction juridictionnelle, mais à l'opposé de la justice étatique, la justice arbitrale a une origine contractuelle. C'est là qui résident toute l'originalité de l'arbitrage, mais aussi, son mystère et son ambiguïté. Si l'arbitrage résiste à se cantonner dans une définition exclusive, sa nature profonde transcende cependant les différents définitions proposées par la doctrine" (WALID ABBELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2001, n° 3, p. 2)

49 JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, cit., n° 781 p. 369; no mesmo sentido: ROBERT et MOREAU, *L'arbitrage*, 5ª ed., Paris, Dalloz, 1983, n° 1

50 *Arbitragem comercial internacional*, cit., n° 171, p. 144

51 DANIEL COHEN, *Arbitrage et société*, Paris, LGDJ, 1993, n° 604, p. 317

## 5 - SUJEIÇÃO DO JUÍZO ARBITRAL ÀS REGRAS BÁSICAS DO PROCESSO CIVIL

Os próprios contratantes podem estipular o procedimento a ser observado no juízo arbitral, ou podem autorizar o tribunal arbitral a traçá-lo. Pode, ainda, a convenção reportar-se ao regulamento de alguma instituição permanente dedicada à prática da arbitragem. Pode, enfim, prever que o rito a observar será o comum da lei processual.

O tribunal arbitral, destarte, conduzirá o processo a seu cargo segundo regras de procedimento que não são exatamente as mesmas aplicáveis aos juízos ordinários. Deve, no entanto, respeitar os princípios fundamentais do processo<sup>52</sup>, como, entre outros, os pertinentes à limitação da sentença ao pedido da parte, ao debate dialético das pretensões contrapostas, à investigação da verdade real, à motivação do julgado, à formação da coisa julgada etc<sup>53</sup>.

Mesmo quando o acordo de arbitragem preveja o julgamento por equidade, ou seja, sem ater-se às regras do direito material positivo, o juízo arbitral, quanto ao procedimento, não poderá deixar de se submeter aos princípios fundamentais do processo, especialmente aos ditames do princípio do contraditório<sup>54</sup>.

A garantia do devido processo legal com os consectários do contraditório e ampla defesa são, modernamente, direitos assegurados no plano constitucional, o mesmo ocorrendo com a exigência de motivação de todas as decisões judiciais (C.F., art. 5º, LIV e LV, e art. 93, IX). Por isso, qualquer que seja o procedimento a prevalecer no juízo arbitral esses preceitos fundamentais nunca poderão ser descurados pelos árbitros, sob pena de nulidade<sup>55</sup>. A matéria é de ordem pública e não se sujeita à disponibilidade negocial na convenção de arbitragem<sup>56</sup>.

Sobre o tema, a lei brasileira de arbitragem é expressa: "serão sempre respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório-

52 JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, cit., nº 177, p. 102

53 "L'arbitrage, écrit OPPETIT, quelles qu'en soient les modalités, 's'ensère aujourd'hui dans la recherche du même idéal de justice que celui que poursuivent les juridictions étatiques. (...) La même philosophie du procès équitable imprègne les finalités et les principes d'organisation de toute forme de justice, publique ou privée, contribuant ainsi à instituer la fonction du juger sur des bases communément acceptées et respectées. L'identité des fins s'accompagne de rapprochements techniques incontestables" (B. OPPETIT, *Philosophie de l'arbitrage commercial international*, JDI, 1993, p. 818; *apud* WALID ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence*, cit., nº 465, p. 231)

54 JEAN ROBERT, *L'arbitrage*, cit. nº 190, p. 163

55 JEAN ROBERT, *ob. cit.*, 183, p. 157/158.

56 "L'arbitre doit bien entendu, dans le cadre de son pouvoir de règlement de la procédure arbitrale, faire en sorte que soit garanti le caractère contradictoire du débat et réservé le droit de la défense qui en est le corollaire" (JEAN ROBERT, *ob. cit.*, nº 174-1, p. 148)

rio, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento" (art. 21, § 2º).

No direito italiano, há previsão de que as omissões relativas ao procedimento verificados na convenção arbitral ou nas disposições traçadas pelos árbitros serão supridas pelas normas gerais do processo de conhecimento traçados pelo CPC<sup>57</sup>. Mesmo no silêncio da lei brasileira, o sistema pode também prevalecer entre nós, porque o art. 272, parág. único, do CPC, dispõe que o procedimento especial rege-se pelas "disposições gerais do procedimento ordinário".

## 6 - LITISCONSÓRCIO - CONCEITO - ESPÉCIES

Uma das figuras do processo civil ordinário que deve refletir sobre o procedimento arbitral é a do litisconsórcio, já que, freqüentemente, se verificará, também no juízo particular, o concurso de sujeitos num ou em ambos os polos da relação processual.

O processo é, no mínimo, relação jurídica entre três pessoas: autor, juiz e réu. Pode, no entanto, envolver, e, às vezes, tem de envolver, mais de uma pessoa nos polos destinados ao autor e ao réu. Diz-se que há litisconsórcio sempre que se nota a presença de parte plúrima, ou seja, num só processo atua mais de um autor (litisconsórcio **ativo**) ou mais de um réu (litisconsórcio **passivo**).

Conforme a obrigatoriedade ou não do cúmulo subjetivo no processo, o litisconsórcio se apresenta ora como **facultativo**, ora como **necessário**. O facultativo forma-se apenas por vontade das partes e o necessário é de formação obrigatória, seja por exigência expressa da lei, seja por decorrência lógica da natureza da relação jurídica material deduzida em juízo, como objeto da prestação jurisdicional pretendida.

O sistema adotado pelo CPC consiste em prever, genericamente, no art. 46, *caput*, que "duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:

I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;

II - os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito;

III - entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir;

---

57 FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., p. 56

IV - ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito”.

O elenco do art. 46 compreende, como se vê, tanto o litisconsórcio necessário como o facultativo. Aliás, como regra geral, os casos arrolados pelo Código, no dispositivo comentado, podem ser havidos como de litisconsórcio **facultativo**, pois, segundo o próprio texto legal, as partes **podem** litigar em conjunto, mas nem sempre estão forçadas a tanto<sup>58</sup>.

Conjugando o art. 46 com o 47, conclui-se que, nas mesmas hipóteses do primeiro dispositivo, o litisconsórcio será **necessário** (isto é, não poderá ser dispensado pelos litigantes) “quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes”.

Em síntese, o sistema do Código é de reunir no art. 46 os casos em que litisconsórcio **pode** ser facultativo, e no art. 47 especificar as condições para que ele seja necessário<sup>59</sup>.

## 6.1 - LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO

Há litisconsórcio **necessário**, segundo o art. 47, “quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo **uniforme** para todas as partes”. O conceito legal é evidentemente falho, porque há muitas hipóteses de litisconsórcio obrigatório em que o resultado da sentença não precisa de ser igual para todas as pessoas reunidas no polo da relação processual (ex.: litisconsórcio do juízo divisório ou demarcatório, do consenso de credores e outros da espécie). Há, outrossim, casos em que a lei considera opcional o litisconsórcio, mas, uma vez estabelecido, a sentença será única e igual para os diversos litisconsortes (ex.: demanda contra devedores solidários, defesa da posse comum por um só ou por alguns dos possuidores).

Na verdade, duas são as hipóteses de litisconsórcio necessário ou obrigatório: a) quando exista expressa determinação da lei, como nas ações reais imobiliárias, sempre que o litígio envolver pessoa casada, pois qualquer que seja o regime matrimonial, marido e mulher serão partes obrigatórias; e b) quando a solução a ser encontrada pelo provimento judicial terá de envolver todos os sujeitos de uma relação ou de uma situação jurídica com pluralidade de sujeitos. Se a sentença terá de afetar posições

58 CELSO BARBI, *Comentários ao CPC*, 1ª ed., v. I, t. I, n° 287, ps. 264-265.

59 CELSO BARBI, *op. cit.*, n° 287, p. 265.

jurídicas de diversos sujeitos, todos eles serão partes necessárias no processo, porque ninguém será privado de seus bens e direitos senão com observância do devido processo legal (C.F., art. 5º, LIV). O litisconsórcio, então, será obrigatório, porque não haverá como sentenciar sobre direito material subjetivo em face de quem não seja parte no processo. Se o credor, por exemplo, quer anular a venda que o devedor fez em prejuízo de seus direitos, não tem como deduzir a ação senão colocando vendedor e comprador na situação de litisconsortes passivos (cô-réus); se um sócio quer alterar ou romper o contrato de sociedade, somente poderá propor sua ação contra todos os demais sócios; se o filho quer investigar a paternidade e o indigitado pai já é falecido, a ação terá forçosamente que se voltar contra todos os herdeiros do investigado; e assim por diante.

## 6.2 - INOBSERVÂNCIA DO LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO

Dispõe o art. 47, *in fine*, que nos casos de litisconsórcio **necessário** “a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo”.

Se o autor não requerer a citação dos litisconsortes necessários e o processo tiver curso até sentença final, esta não produzirá efeito nem “em relação aos que não participam do processo nem em relação aos que dele participaram”<sup>60</sup>. Ocorrerá nulidade total do processo<sup>61</sup>.

Ao juiz, todavia, cabe evitar que o processo se desenvolva inutilmente. Por isso, deparando-se com caso da espécie, “o juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo”(art. 47, parág. único)<sup>62</sup>.

## 7 - JUÍZO ARBITRAL E LITISCONSÓRCIO

A formação do litisconsórcio não pode ser banida do campo do juízo arbitral, visto que ali, tanto como no processo comum, poderão estar em jogo situações em que a lei exige a observância do cúmulo subjetivo.

60 CELSO BARBI, *op. cit.*, n° 304., p. 280, com apoio em Chiovenda e Redenti

61 No RE 69.653, decidiu o STF que o não chamamento às lides do litisconsórcio necessário causa a “nulidade *ab initio* do processo” (Ac. de 12.03.74, Rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, in RT 71/72; no mesmo sentido: RE 61.744, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, ac. 22.08.98, in DJU 30.11.98, p. 51; STJ, REsp 50.010/PR, Rel. Min. FONTES DE ALENCAR, ac. 03.12.96, in DJU 25.08.97, o, 39375)

62 A necessidade de citação de todos os litisconsortes necessários para validade da sentença é requisito apenas dos julgamentos de mérito. Para extinguir o processo por carência de ação ou falta de pressuposto processual, nenhuma citação é indispensável, posto que até a própria petição inicial pode ser liminarmente indeferida a esse pretexto (art. 295)

Basta ressaltar os freqüentes negócios pluri-subjetivos e, principalmente, os completos negociais formados por cessão de direitos ou pelos contratos conexos (ou complexos). É bom lembrar que o litisconsórcio necessário é requisito de validade e eficácia da prestação jurisdicional, envolvendo, pois, questão de ordem pública.

O problema de difícil solução se dá quando o complexo negocial abrange contratos supervenientes àquele onde se instituiu o compromisso ou a convenção arbitral e, principalmente, quando a cadeia dos negócios jurídicos atinge outras pessoas além daquelas que pactuaram a instituição da arbitragem<sup>63</sup>.

Quando ao contrato primitivo (objeto do compromisso) se juntam negócios acessórios avençados entre as mesmas partes, a tendência doutrinária é submetê-los também ao juízo arbitral, pelo princípio geral de que o acessório deve seguir o principal<sup>64</sup>.

Se o procedimento arbitral outrossim, vai se desenvolver entre pessoas que simultânea ou sucessivamente se vincularam à convenção arbitral, a formação do litisconsórcio ativo ou passivo se dará sem dificuldade alguma. Todos os sujeitos do processo estarão obrigados a se submeterem a ele, por força dos vínculos contratuais preexistentes. O litisconsórcio, *in casu*, tanto poderá assumir a modalidade voluntária como a necessária, e, uma vez provocado por algum contratante interessado não poderá ser recusado pelos adversários.

Se, porém, o debate vai envolver contrato diverso do que foi o objeto específico da convenção de arbitragem ou pessoas que não firmaram dita convenção, em princípio não haverá como forçar a formação do litisconsórcio, nem como ampliar a competência do árbitro para negócio diverso daquele previsto no compromisso.

Como a arbitragem repousa nos vínculos contratuais entre as partes e entre estas e o árbitro, seus liames não se manifestam senão entre os contratantes. A legitimidade de parte para o procedimento arbitral, por isso, só se estabelece entre os sujeitos contratuais. A única via de legitimação, ativa ou passiva, para quem queira participar ou seja chamado a participar da arbitragem condiciona-se à própria convenção arbitral.

63 Caso de consenso de interesses gerador de litisconsórcio necessário inobservado foi detectado pela jurisprudência francesa na hipótese de transferência de bens de uma sociedade vinculada ao contrato arbitral para outra sociedade a ela não sujeita. Tendo o juízo arbitral decidido, entre as partes da convenção, que os bens deveriam ser restituídos, a instância judicial proclamou: "La société cessionnaire ayant une personnalité distincte des sociétés cédantes et n'ayant été ni partie, ni représentée à l'instance arbitrale, la sentence rendue ne saurait l'obliger" (DANIEL COHEN, *Arbitrage et Société*, Paris, LGDJ, 1993, n° 604, p. 317)

64 "La compétence de l'arbitre quant à la saisine s'étend à toutes les demandes accessoires, dès l'instant qu'elles présentent un lien étroit avec la demande principale" (JEAN ROBERT, *L'arbitrage*, cit., n° 160, p. 135)

Pouco importa, portanto, seja necessário ou facultativo o litisconsórcio. Sua formação só será admissível, de forma cogente, entre os que celebraram a convenção arbitral. Assim, se todos os que devem ser litisconsortes são aderentes à convenção arbitral, tudo se desenvolverá naturalmente dentro da força contratual.

Se, contudo, o terceiro, que se deseja incluir no processo, não firmou o ajuste, sua inserção no litisconsórcio, ainda que necessário, somente se tornará possível se ele consentir em aderir ao compromisso. Havendo, pois, recusa de sua parte o árbitro não terá força para submetê-lo à relação processual. Se o caso for de litisconsórcio facultativo, o procedimento da arbitragem terá de prosseguir só com as partes vinculadas à convenção arbitral. Se for necessário o litisconsórcio, "só restará ao árbitro encerrar o procedimento sem julgamento de mérito, por falta de integração da convenção de arbitragem"<sup>65</sup>. Proferirá sentença terminativa na esfera arbitral, para que a lide possa ser resolvida pelo Poder Judiciário<sup>66</sup>.

Diante do caráter voluntário da arbitragem, falece à parte e ao árbitro o poder de impor ao terceiro toda e qualquer espécie de arbitragem forçada<sup>67</sup>. Em relação a quem não é parte da convenção, cabe ao árbitro ouvi-lo, mas não convocá-lo a se submeter a um *imperium* que não existe<sup>68</sup>.

A não figuração do litisconsorte necessário dentro da força da convenção arbitral torna-a, por isso mesmo, incompleta e impotente para sustentar o procedimento da arbitragem, autorizando sua extinção nos moldes do art. 20, § 2º, da Lei nº 9.307/96. Faltará condição de procedibilidade na via especial da jurisdição convencional, porquanto ineficaz é o julgamento que, em qualquer processo, seja proferido sem a presença na relação processual de litisconsorte necessário (CPC, art. 47, parág. único).

A jurisprudência brasileira já teve oportunidade de enfrentar o problema e assentou: a) a convenção arbitral vinculante "somente é válida e eficaz em relação às partes contratantes"; b) em havendo litisconsorte que não subscreveu a convenção arbitral não pode ser constrangido a aderir ao "negócio de que não participou"<sup>69</sup>.

65 JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA, *A Lei de Arbitragem*, São Paulo, Malheiros, 1988, p. 86

66 ANTÔNIO DE PÁDUA SOUBHIE NOGUEIRA, *Considerações sobre os limites da vinculação da arbitragem - Lei nº 9.307/96*, Revista Jurídica, 281/37; CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo - um comentário à Lei nº 9.307/96*, Malheiros, 1988, p. 200

67 JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, cit., nº 25, p. 19

68 JARROSSON, *ob. cit.*, nº 580, p. 281

69 TJSP, 3ª Câ. Dir. Priv., Agr. 123.567-4/9, Rel. Des. ALFREDO MIGLIORE, ac. 31.08.99, cit., in Revista Jurídica, 281/37

Da recusa do litisconsorte necessário a aderir à arbitragem, nascerá, portanto, para o promovente, o poder de instaurar o processo comum na justiça oficial, sem que aos demais participantes da convenção seja dado alegar a exceção de compromisso prevista no art. 267, VII, do CPC<sup>70</sup>.

É esta também a solução que se adota no direito italiano. Como registra FAZZALARI, é possível o convite do terceiro não signatário do pacto compromissório para figurar no procedimento arbitral como litisconsorte necessário; mas não é possível sua citação. Em consequência, "il terzo che declini, espressamente o di fatto l'invito, non può aversi come partecipante all'arbitrato. Al contrario, egli rimane affatto libero (...). Peraltro, dopo il diniego del litisconsorte necessario invitato a partecipare, potrà rivolgersi al giudice statale anche ciascuna delle parti originarie, senza che le altre possano opporgli, per impedirlo, la *exceptio compromissi*. Em tais casos, se as partes primitivas não abandonam o procedimento da arbitragem, "l'arbitro dovrà definirlo col rifiuto della pronuncia di merito sul rapporto plurisoggettivo inscindibile (che coinvolgerebbe, inevitabilmente e illegittimamente, il terzo litisconsorte nolente)"<sup>71</sup>. Em outras palavras: o árbitro extinguirá o processo arbitral sem julgamento de mérito.

Em síntese:

"Se o litisconsorte for do tipo necessário-unitário - aquele que impõe a participação de todos os litigantes, com sentença uniforme para todos - ou o terceiro aceita integrar o processo, possibilitando a sentença, sujeitando-se aos seus efeitos, ou não aceita e permanece fora dele, inviabilizando com a sua ausência o processo arbitral. É o caso do compromitente casado, a respeito de direitos sobre bens imóveis de propriedade de ambos os cônjuges.

No que toca ao litisconsórcio facultativo, nada impede venha ele igualmente a ter lugar, desde que estejam as partes acordes em admiti-lo<sup>72</sup>.

## **8 - OUTRAS PARTICIPAÇÕES DE TERCEIRO NO PROCEDIMENTO ARBITRAL. DENUNCIAÇÃO DA LIDE E EMBARGOS DE TERCEIRO**

Não é somente o litisconsorte que suscita problemas na área de interferência de terceiros no processo arbitral. Todas as figuras interventivas

70 JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA, *A lei de arbitragem*, cit., loc. cit.

71 ELIO FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, UTET, 1997, p. 58

72 CARREIRA ALVIM, *Tratado*, cit., p. 465-466

previstas no Código de Processo Civil, em tese, poderiam ser questionadas e, uma vez suscitadas, admitiriam apreciação pelo árbitro se houvesse aquiescência de todos os interessados: partes, terceiro e árbitro.

A complicação surge quando não há o consenso geral e se pretende impor compulsoriamente a ampliação do objeto da arbitragem, seja por iniciativa do terceiro, seja por provocação de uma das partes da convenção arbitral.

Duas figuras processuais assumem maior dimensão e maior interesse doutrinário, nesse terreno: as ações de garantia exercitáveis, no processo comum, por meio da **denúnciação da lide** (CPC, art. 70) e a defesa da posse e domínio contra o esbulho judicial, por via dos **embargos de terceiro** (CPC, art. 1.046).

O direito positivo, mesmo nos países de mais antiga e sofisticada experiência no trato do processo arbitral, não oferece solução direta para o problema, e a doutrina, por sua vez, não se manifesta, uniforme na tentativa de equacioná-lo. Os conselhos de ordem prática que mais frequentemente se encontram são os que recomendam aos contratantes, quando se sucedem múltiplos negócios entre as partes primitivas e, entre estas e terceiros, a adoção de cláusula modelo que se repetirá em cada novo negócio, de modo a jungi-los todos a uma única arbitragem, a ser desempenhada por uma instituição, onde não haveria designação de árbitros pelos múltiplos contratantes<sup>73</sup>.

Remanesce o problema a ser enfrentado nas hipóteses, aliás as mais comuns, em que inexistente a sugerida cláusula e o terceiro, portanto, não se acha juridicamente vinculado à convenção arbitral.

No exame da denúnciação da lide, parece não haver dissidência mais profunda quanto ao descabimento da intervenção forçada do terceiro responsável pela garantia do direito de um dos litigantes.

Ainda que se reconheça o caráter jurisdicional à sentença do árbitro, suas conseqüências não podem ir além daquelas expressamente previstas na lei. Porque a eficácia da arbitragem se encontra legalmente vinculada a um contrato entre aqueles que a convencionaram, a sentença dos árbitros não se desvincula também desse caráter contratual. Por isso, lembra JEAN ROBERT que, mesmo sem expressa ressalva na lei, haverá de prevalecer o princípio de que a sentença arbitral "est inopposable aux tiers"; e disso decorrerá que "l'arbitrage ne pourra permettre l'intervention,

---

73 JEAN ROBERT, *Projet d'une clause compromissoire ouverte en matière d'opérations multiples*, cit. por PIERRE BELLET, *Revue de l'arbitrage*, 1981, nº 1, p. 56; TANDEAU DE MARSAC, *Les litiges commerciaux multipartites: le projet CCI*, cit. por BELLET, ob. cit., loc. cit.; IRINEU STRENGER, *Arbitragem Comercial*, cit., nº 110, p. 101

ni volontaire, ni forcée, de même que l'appel en garantie"<sup>74</sup>.

Na doutrina italiana é pacífico o entendimento do não cabimento da denunciação da lide, na espécie, porque "não são concebíveis, na arbitragem, intervenções coativas. Não só porque a chamada *iussu iudicis* esbarra no árbitro desprovido de poderes cogentes; mas também e sobretudo porque tal chamada em garantia atrita com o princípio segundo o qual ninguém pode, contra sua vontade, ser privado do juízo **natural**, preconstituído para a generalidade, portanto o **estatal**"<sup>75</sup>. Em suma, na Itália, não se aceita a denunciação da lide, porque não é dado às partes **coagir** um terceiro a intervir, nem ao árbitro cabe expedir uma ordem obrigando-o a intervir, nem tampouco ao terceiro se permite realizar uma intervenção contra a vontade das partes, para fazer valer suas próprias razões num processo em que não é parte"<sup>76</sup>.

Não é diversa a orientação da doutrina brasileira, como se vê em CARREIRA ALVIM, para quem somente se deve admitir a intervenção de terceiro, havendo consenso entre todos os interessados"<sup>77</sup>. Sem o consenso, a intervenção coativa (denunciação da lide a quem não fez parte da convenção arbitral) se mostra, para JOSÉ ALBUQUERQUE ROCHA, inadmissível, "pois o árbitro não teria poderes para determiná-la, nem ninguém pode ser coagido a participar de arbitragem que é optativa por essência"<sup>78</sup>.

Resta analisar o problema dos embargos de terceiro, ação incidental manejável por quem, não sendo parte no processo, sofre esbulho em sua posse ou do domínio por decorrência de ato judicial proferido *inter alios* (CPC, art. 1.046). Na previsão da lei processual comum, esse remédio processual é admissível tanto no processo de conhecimento, como no de execução e até no cautelar (arts. 1.046, *caput*, e 1.048).

Uma vez que as medidas cautelares e as de execução de sentença se processam fora do juízo arbitral e se subordinam à jurisdição comum, parece-me que, uma vez aberto o procedimento para cumprir, na justiça estatal, as decisões tomadas no processo arbitral, não haverá como vedar ao terceiro eventualmente prejudicado em sua posse e domínio, o recurso aos embargos de terceiro.

74 *L'arbitrage*, cit., nº 201, p. 171

75 FAZZARALI, *L'arbitrato*, cit., p. 61

76 RUBINO-SAMMARTANO, cit. por CARREIRA ALVIM, *Tratado*, cit., p. 457

77 *Tratado*, cit., p. 462

78 *A lei de arbitragem*, cit., p. 85

O fato de a **coisa julgada** ter se formado no juízo da arbitragem e não no juízo comum é irrelevante, porque onde quer que se forme a *res iudicata* sua força será sempre limitada às partes entre as quais se deu a sentença (CPC, art. 472; Lei nº 9.307/96, art. 31).

Correta, portanto, a posição da doutrina francesa que consagra a tese de que, durante a execução, a sentença arbitral é suscetível de impugnação por meio de embargos de terceiro<sup>79</sup>.

No direito italiano, após controvérsia histórica, o problema foi eliminado pela reforma do CPC de 1994, que, expressamente, passou a autorizar os embargos de terceiro, que são manejáveis, porém, apenas depois que a sentença arbitral tornou-se executiva ou se revestiu da autoridade da coisa julgada<sup>80</sup>.

A controvérsia é profunda, todavia, quanto ao cabimento de igual medida em face do procedimento ainda em curso perante o árbitro. Seriam admissíveis naquele estágio os embargos de terceiro? Em caso afirmativo a quem caberia a competência para julgá-los?

Há os que simplesmente se recusam a admitir essa ação incidental, sob o argumento genérico de que a arbitragem tem base contratual e nela, portanto, não pode intrometer-se quem não figura como parte da convenção arbitral e nem mesmo o árbitro teria poderes para resolver questão estranha ao objeto de dita convenção<sup>81</sup>.

Corrente mais nova, no direito italiano, no entanto, tem evoluído para defender o cabimento dos embargos de terceiro não somente no estágio judicial de homologação do laudo arbitral, mas também na fase de tramitação do feito perante o árbitro.

Afirma FAZZALARI, nessa linha, que o terceiro que pode ter seu direito prejudicado pelo laudo pode precaver-se, mediante participação no próprio procedimento arbitral. Cabe ao terceiro, segundo esse entendimento escolher, como ocorre no processo judiciário, entre participar da arbitragem ou aguardar o seu eventual resultado, para então atacá-lo na justiça comum. Para FAZZALARI, não se pode prevalecer do caráter restrito da arbitragem para impedir os embargos de terceiro, não figurante na convenção. Não se pode ter a arbitragem como negócio tão só de seus sujeitos, na medida em que, por meio dela, eles estão em condições de obter o equivalente da sentença jurisdicional, que alcança terceiro. Desde que o processo arbitral tem início, ele se desenvolve, em

79 JEAN ROBERT, *L'arbitrage*, cit., nº 201, p. 171

80 FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., p. 117

81 ALBERTO PIERGROSSI, *Tutela del terzo nell'arbitrato*, "in" *Studi in onore di ENRICO TULLIO LIEBMAN*, v. IV, Milano, Giuffrè, 1979, p. 2.574-2577

relação ao terceiro, como se fosse um processo comum perante o juiz estatal. Se é dado ao terceiro em vias de sofrer prejuízo embargar o processo judicial, não há razão para impedir que o mesmo aconteça no processo arbitral<sup>82</sup>.

*Data venia*, se em princípio não se tolera a intervenção de terceiro, genericamente, no processo arbitral, nem voluntária nem provocada, sem o consentimento dos sujeitos da convenção de arbitragem<sup>83</sup>, não me parece razoável impor ao árbitro e as partes contratantes, uma causa nova, com parte e objeto estranha ao negócio arbitral.

Essa inovação objetiva e subjetiva, segundo a melhor doutrina, somente teria cabimento caso se desse o consenso entre terceiro, partes primitivas e árbitro, para ampliar o objeto do juízo arbitral, já que este "tem a sua base fundamental no acordo de vontades"<sup>84</sup>. Se é a vontade contratual que cria e sustenta o processo arbitral, só se há de pensar em nele inserir a pretensão do terceiro embargante ou interveniente, se nisto assentirem os participantes originários, pois haveria, sem dúvida, "a ampliação objetiva e subjetiva, da convenção de arbitragem"<sup>85</sup>.

## 9 - A COMPOSIÇÃO DO ÓRGÃO ARBITRAL E A INTERVENÇÃO DE TERCEIRO

A identificação das partes, a definição do objeto da arbitragem e a designação do árbitro, ou dos árbitros, que deverão se encarregar de solucionar o litígio, constituem matéria própria do compromisso arbitral (Lei nº 9.307/96, art. 10, nºs I, II e III).

Assim, estando instalado o juízo arbitral, o terceiro interessado que, como litisconsorte necessário ou interveniente, vier a ser admitido no feito, já encontrará o órgão jurisdicional definido. Não terá, portanto, direito de indicar novo árbitro ou de alterar a estrutura e composição do colegiado acaso já formado. Encontrará um juízo estatuído e em funcionamento. A ele terá de submeter-se nos moldes em que foi constituído.

82 FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., p. 59

83 "questione della legittimazione ad agire. Essa va riconosciuta solo ai soggetti cui il compromesso la largisce: non sono ammessi né interventi né ordine d'intergrazione di contraddittorio" (FAZZALARI, *Arbitrato - Teoria generale e diritto processuale civile*, "in" *Digesto*, 4ª ed., Torino, UTET, 1994, v. I, p. 399)

84 CARREIRA ALVIM, *Tratado*, cit., p. 462

85 JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA, *A lei de arbitragem*, cit., p. 85

Qualquer inovação na estrutura do tribunal arbitral só poderá acontecer por força de nova convenção arbitral, se e tanto se dispuserem as partes e o árbitro do processo em andamento.

Pode ocorrer que a formação do litisconsórcio seja precedida de sucessivas negociações entre as partes da primeira convenção e os sucessivos interessados em novos contratos interligados, que acaso tenham sido firmados com terceiros. Assim, ao dar-se início ao processo arbitral ter-se-á, desde logo, o estabelecimento do litisconsórcio. Caberá aos participantes dessa convenção arbitral invocada e ampliada dispor sobre a maneira de compor-se o órgão encarregado da arbitragem.

Na lei de arbitragem da Holanda há uma disposição interessante sobre o litisconsórcio superveniente à situação gerada pela junção de vários negócios sujeitos a diferentes acordos de arbitragem. Segundo tal lei, se as partes não conseguem acordar sobre a indicação dos componentes do tribunal de arbitragem, o juiz estatal a requerimento de uma delas designará o árbitro ou os árbitros<sup>86</sup>.

O que parece intuitivo é que no litisconsórcio não se deve, em regra, reconhecer a cada litisconsorte o direito pessoal de nomear seu próprio árbitro. Na relação processual em que os litisconsortes estiverem agrupados em números diferentes de cada lado, criar-se-ia um tribunal desequilibrado quantitativamente. O ideal é que cada grupo litisconsorcial designe o seu árbitro, ou os seus árbitros, de modo a que de cada lado do processo figure número igual de julgadores, dispondo as partes sobre a forma de escolha do desempataador.

Convém lembrar, outrossim, que a lei brasileira confere ao juiz estatal o poder de nomear o árbitro destinado a tornar ímpar o número dos componentes do colegiado, caso as partes não cheguem a uma solução conciliatória (art. 13, § 2º).

Dentro desse sistema ter-se-á como criar um órgão arbitral equilibrado, capaz de atuar sem suspeita de parcialidade, ou de predomínio quantitativo de um grupo litisconsorcial sobre o outro.

## 10 - CONCLUSÕES

O direito brasileiro autoriza as pessoas capazes de contratar a valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (Lei nº 9.307/96, art. 1º). A respeito desse instrumento de composição de conflitos, nosso direito positivo permite as seguintes conclusões:

a) entende-se por arbitragem a instituição jurídica por meio da qual um particular, terceiro em face da relação conflituosa, compõe o litígio que envolve duas ou mais partes, desempenhando a missão jurisdicional que estas lhe conferem<sup>87</sup>;

b) embora provida de força jurisdicional, a arbitragem se legitima pelo contrato (convenção arbitral), de sorte a compreender apenas o objeto convencional e as partes contratantes;

c) litisconsortes, terceiros intervenientes, inclusive assistentes, ou embargantes não têm acesso ao juízo arbitral sem prévio consentimento das partes contratantes, que lhes propicie aderir à convenção arbitral<sup>88</sup>;

d) não tem o árbitro poder para forçar a inserção de terceiro, contra sua vontade, no processo arbitral, nem mesmo a requerimento das partes contratantes;

e) em caso de litisconsórcio necessário, o não consentimento do terceiro a figurar na arbitragem conduz à extinção do processo sem apreciação do mérito;

f) as partes do processo arbitral frustrado tem a faculdade de reabrir a causa na justiça estatal, sem que se lhes possa opor a exceção de compromisso;

g) a parte do processo arbitral que pretender exercer ação regressiva de garantia contra terceiro, não poderá, sem anuência de todos os interessados, manejar a denúncia da lide perante o árbitro; só por demanda separada, na justiça estatal, será possível exercer a pretensão de garantia, por ação comum;

h) os embargos de terceiro não são cabíveis, em princípio, na instância arbitral. Porém uma vez instaurada a instância judicial para execução de medida cautelar ou da sentença arbitral, tornar-se-á viável o uso dos referidos embargos por parte do estranho à

87 JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, cit., n° 785, p. 372

88 "Em virtude do caráter convencional da arbitragem (...) não tem nenhum terceiro o direito de ingressar em feito de outrem (como assistente)... Salvo se as partes originárias consentirem (ou se a convenção foi "aberta" a terceiros) no seu ingresso" (CARREIRA ALVIM, *Tratado*, cit., p. 467). A lei n° 9.307/96 faculta às partes a designação de assistentes para coadjuvá-las durante o procedimento arbitral (art. 21, § 3°). Em assistência, porém, não é a de que cogita o CPC que se baseia na figura do terceiro interessado juridicamente. A figura prevista na lei de arbitragem equivale a de um assistente técnico, como aquele que o CPC admite para assessorar a parte durante a prova pericial (PAULO FURTADO e UADI LAMEGO BULOS, *Lei de arbitragem comentada*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 84)

arbitragem que sofrer, ou estiver na iminência de sofrer esbulho judicial. A competência para a ação incidental caberá ao órgão judicial encarregado da execução;

i) enquanto não iniciada a execução judicial, a simples existência do juízo arbitral *inter alios* não impede o terceiro de ingressar na justiça estatal para discutir e fazer atuar seu pretenso direito contra os participantes da arbitragem, já que não lhe será oponível a exceção de compromisso.

Belo Horizonte, agosto de 2.001.

*Humberto Theodoro Júnior*

# AÇÃO RESCISÓRIA, INCOMPETÊNCIA E CARÊNCIA DE AÇÃO

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO

Sumário: 1. a Súmula 249 do Supremo Tribunal Federal: competência funcional – 2. razão de ser dessa competência funcional – 3. relação hierárquica – tribunais de superposição – 4. substituição do acórdão recorrido pelo que julga o recurso – 5. aplicação dessa regra – 6. uma substituição à brasileira – 7. acima da incompetência, carência de ação – 8. extinção sem julgamento do mérito e não mera transferência ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça

## 1. A SÚMULA 249 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: COMPETÊNCIA FUNCIONAL

A notória Súmula n. 249 do Supremo Tribunal Federal, estabelecendo que “*é competente o Supremo Tribunal para a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, tiver apreciado a questão federal controvertida*”, institui uma hipótese bem definida de *competência funcional* e, conseqüentemente, *absoluta*. Como também é notório, essa Súmula está incorporada à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e aplica-se, *mutatis mutandis*, aos casos de recurso especial não conhecido em análoga circunstância.

*“Diz-se funcional a competência quando a lei a determina automaticamente, a partir do simples fato de algum órgão jurisdicional ter oficiado em determinado processo com atividade que de alguma forma esteja interligada com essa para a qual se procura estabelecer qual o juiz competente. Ou seja: ela é a competência decorrente do prévio exercício da jurisdição por determinado órgão. É automática porque nenhum caso elemento, além desse, precisa ser pesquisado na busca do juiz competente: as regras de competência funcional, residentes na Constituição e na lei, levam em conta a função já exercida num processo, para estabelecer a quem compete algum outro processo interligado funcionalmente a este ou a quem compete outra fase do mesmo processo. Por isso é que ela se chama competência funcional”*.<sup>1</sup>

O que justifica a competência funcional no sistema do processo civil é o reconhecimento da unidade de um contexto litigioso, com relação ao qual o Poder Judiciário é chamado a pronunciar-se duas ou mais vezes. Essa unidade conflituosa é bastante perceptível no binômio conhecimento-execução, em que a dualidade de processos não significa que haja mais

1 São palavras minhas, inseridas em obra ainda inédita; *cf.* Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 1, n. 207 (no prelo de Malheiros Editores); v. ainda *Execução civil*, 7ª ed., S. Paulo, Malheiros, 2000, nn. 122-123, pp. 203 ss.

de um litígio. O processo de conhecimento, em que se produz a sentença como título executivo, e o processo de execução, que se realiza com apoio neste, destinam-se ambos a debelar a mesma *crise de adimplemento* concretamente existente entre os mesmos sujeitos. Por isso, quer o legislador que esses processos sucessivos, integrantes de um só e único contexto litigioso, sejam realizados perante o mesmo órgão judiciário. Assim também é a relação entre a competência para a execução e os embargos opostos a ela, ou entre o processo cautelar e o principal a que ele se associa, porque sempre *interest rei publicae* a concentração de julgamentos em um só órgão judiciário, sem dispersões que prejudicariam a unidade. Daí o *automatismo* na determinação da competência, caracterizado pela pronta descoberta do órgão competente, sem necessidade ou pertinência da sucessiva busca da Justiça, do foro e do juízo ao qual a causa tocará.<sup>2</sup>

E, justamente porque a competência funcional de um tribunal ou juízo é determinada pelo interesse público em assegurar a unidade no trato do conflito, para o correto exercício da jurisdição — e não pelo interesse imediato e concreto de um dos litigantes em juízo — impõe-se o caráter absoluto e portanto cogente dessa competência, de reconhecimento geral (Chiovenda, Liebman).<sup>3</sup>

## 2. RAZÃO DE SER DESSA COMPETÊNCIA FUNCIONAL

São dois os pilares sistemáticos que conferem suporte à competência funcional do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, imposta pela Súmula n. 249. Esses pontos de apoio, intimamente associados, são (a) a *relação hierárquica* entre esses tribunais e os tribunais das diversas justiças e (b) o fenômeno da *substituição* da decisão judiciária recorrida pela que decide sobre o recurso. Esses dois pontos, notórios e de explicação até mesmo intuitiva dentro do sistema, serão examinados nos tópicos a seguir em sua aplicação ao tema da incompetência dos tribunais locais para a ação rescisória nas circunstâncias apontadas na Súmula 249.

## 3. RELAÇÃO HIERÁRQUICA - TRIBUNAIS DE SUPERPOSIÇÃO

O Superior Tribunal de Justiça é um *órgão de superposição* aos juízos e tribunais das Justiças comuns, a ele convergindo causas oriundas da Federal e das Estaduais; o Supremo Tribunal Federal é um *órgão máximo de superposição*, a ele convergindo causas de todas as Justiças e

2 Cfr. Dinamarco, *Instituições de direito processual civil* cit., I, n. 207

3 Cfr., respectivamente, *Principii di diritto processuale civile*, Nápoles, Jovene, 1928, § 29, I, esp. p. 526; *Processo de execução*, 4ª ed., S. Paulo, Saraiva, 1980, n. 21, esp. p. 56.

também do próprio Superior Tribunal de Justiça.<sup>4</sup> Essa colocação dos dois tribunais na estrutura judiciária constitui projeção institucionalizada do regime federativo brasileiro, figurando como elemento unificador da interpretação da lei federal e garantidor da autoridade e estabilidade do ordenamento jurídico federal. Vai daí a supremacia jurisdicional hierárquica do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em relação aos demais órgãos judiciários: decisões inferiores são por eles revistas e também substituídas se for o caso, impondo-se sempre o que afinal decidir o tribunal de superposição.

Ora, sendo a ação rescisória um remédio destinado a *cassar* decisões, eliminando-as do mundo jurídico quando o órgão julgador as rescinde, é natural que ela só possa ser processada e julgada por um órgão *ao menos* do mesmo nível hierárquico do prolator destas. É precisamente isso que está no pensamento de Pontes de Miranda: admite que "*não há princípio a priori que subordine a ação rescisória à competência do juiz superior, nem à competência do mesmo juiz*", para em seguida dizer que a competência será sempre de um órgão jurisdicional dotado de *poder igual ou maior* ao do prolator do ato impugnado (*par maiorve potestas*).<sup>5</sup>

Nada dispõe o Código de Processo Civil a respeito, mas na Constituição Federal está plantada uma irremovível premissa desse escalonamento hierárquico, que é a necessária obediência do inferior ao superior. Essa premissa reside na disposição com que a carta constitucional outorga competência ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar originariamente as reclamações deduzidas contra órgãos das diversas Justiças, repelindo julgados invasivos de sua competência ou infratores da *autoridade de suas decisões*" (arts. 102, inc. I, letra f e 105, inc. I, letra f). Mercê dessa premissa, no sistema processual-judiciário brasileiro cada tribunal é competente para as ações rescisórias de seus próprios acórdãos; e, como os juízos de primeiro grau de jurisdição não têm competência alguma para rescindir, as sentenças de primeira instância são sujeitas a rescisão pelo tribunal competente para as apelações cabíveis contra elas.

Discorrendo sobre o tema da reclamação no direito processual civil brasileiro, disse em um pequeno estudo: "*quer na hipótese de preservação da competência invadida, quer na de decisão descumprida ou contrariada, manifesta-se aquela idéia superior e ampla, da afirmação da autoridade dos tribunais de superposição sobre os juízos e tribunais aos quais se sobrepõem, na estrutura judiciária do país. Essa autoridade tanto é ultrajada quando algum juiz ou tribunal exerce a jurisdição*

4 *Órgãos de superposição: cfr.* Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 17ª ed., S. Paulo, Malheiros, 2001, n. 98, p. 177.

5 *Cfr. Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*, 6ª ed., Rio, Forense, 1976, § 9º, p. 77.

onde somente um dos tribunais de superposição poderia exercê-la, quanto nos casos em que algum órgão judiciário negue cumprimento a um preceito ditado por eles ou profira julgamento destoante desse preceito".<sup>6</sup>

O zelo do constituinte pela autoridade das decisões dos tribunais, a ponto de dispor um remédio destinado a debelar desobediências cometidas por órgãos de nível jurisdicional inferior a cada um deles, é o sólido substrato constitucional do intuitivo repúdio à rescisão de decisões superiores por órgãos inferiores. Jamais poderá um tribunal local rescindir um julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de transgressão a essa elementar regra hierárquica – transgressão que o próprio tribunal de superposição debelará quando provocado pela via da reclamação.

Eis a elementar razão que está à base da Súmula n. 249 do Supremo Tribunal Federal, encampada pelo Superior Tribunal de Justiça. Nenhum tribunal tem competência para rescindir acórdão que não seja seu e, particularmente, alguma decisão oriunda desses órgãos mais elevados.

#### 4. SUBSTITUIÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO PELO QUE JULGA O RECURSO

Todo julgamento superior que, vencidas as preliminares do recurso, aprecia seu mérito, tem o efeito de *cassar* a decisão recorrida. Tal é o que, de modo expressivo, a doutrina chama *função rescindente* dos recursos, com a observação de que todos eles têm "*potencial função rescindente*" (Antonio Carlos de Araújo Cintra).<sup>7</sup> Cassar a sentença significa retirá-la do mundo jurídico e tolhê-la de efeitos, seja para impedir que os produza ou para cercear os que estejam em curso de produção (execução provisória, efetivação de medidas probatórias, cautelares ou antecipatórias determinadas em decisão interlocutória etc.) ou ainda para cancelar os que já hajam sido produzidos.

Cassa-se a sentença ou acórdão (a) quando ela ou ele é *anulado*, para que outro venha a ser produzido na instância de origem, sem o vício causador da nulidade, (b) quando seu conteúdo decisório é alterado, invertendo-se o julgamento para que o recorrente seja parte vencedora lá onde era vencida e (c) até mesmo quando o conteúdo da sentença é

6 Cfr. Dinamarco, "A reclamação no processo civil brasileiro", n. 2, in Revista do Advogado, S. Paulo, AASP, 2000 (n. 61), p. 106

7 Cfr. Sobre os limites objetivos da apelação civil, S. Paulo, S. Paulo, s/edit., 1986, cap. V, n. I, esp. p. 74 e cap. VII, n. 2, esp. p. 104. O professor das Arcadas de São Francisco está a falar somente da apelação, que é o tema de seu discurso, mas o que diz é uma regra de amplitude total, abrangendo todos os recursos civis.

mantido, reiterando o tribunal o que no juízo inferior se decidira.<sup>8</sup> A cassação de sentenças ou acórdãos,<sup>9</sup> no direito brasileiro, é obtida pela via dos recursos ou da ação rescisória.

Ordinariamente e segundo a técnica dos recursos tradicionalmente reconhecida e praticada, o juízo *negativo* de admissibilidade proferido pelo órgão *ad quem* tem por efeito o encerramento do procedimento recursal sem que o mérito do recurso seja apreciado — isto é, sem que o órgão julgador se pronuncie sobre eventual *error in iudicando* ou *in procedendo* contido na decisão sujeita a recurso. Não conhecido o recurso, o ato judicial fica intacto, sem cassação e, *a fortiori*, sem substituição.<sup>10</sup> Daí decorre que é competente o tribunal *a quo* (tribunais locais: de Justiça, de Alçada ou Regionais Federais) para processar e julgar ações rescisórias, quando o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça houver negado conhecimento ao recurso que lhes fora endereçado, uma vez que — sempre segundo os padrões ordinários — decisões monocráticas ou acórdãos portadores do juízo negativo de admissibilidade recursal não operam a substituição do ato recorrido.

A locução *mérito dos recursos* designa a pretensão levada ao tribunal pelo recorrente, ou seja, o pedido de nova decisão — (a) quer essa pretensão coincida com o próprio mérito da causa (recurso com pedido de procedência do mérito onde o juiz ditara a improcedência, ou vice-versa), (b) quer o recorrente esteja pedindo ao tribunal que afaste os efeitos de uma sentença terminativa, determinando que o juiz julgue o *meritum causae*, (c) quer ele se limite a postular a anulação da sentença ou acórdão recorrido. Só no primeiro caso o mérito do recurso coincide com o da causa, mas sempre o mérito recursal existe e sua apreciação depende do prévio juízo de admissibilidade do próprio recurso.<sup>11</sup>

## 5. APLICAÇÃO DESSA REGRA

A óbvia consequência desse critério e dessa regra é a competência do tribunal local quando, não conhecido o recurso pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, a parte vencida torna a juízo com sua demanda de rescisão do acórdão rescindendo (ou seja, do acórdão do tribunal local). Assim é nos *verdadeiros* casos de não-conhecimento, como quando o juízo de admissibilidade feito pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça é negativo em razão da falta de

8 Cfr. Dinamarco, "Os efeitos dos recursos", nn. 294-297, in *A Reforma do Código de Processo Civil*, 3ª ed., S. Paulo, Malheiros, 2001, pp. 419 ss.

9 Ou ainda, tratando-se de sentença condenatória, pela sentença que acolhe embargos à execução opostos com fundamento no inc. I do art. 741 do Código de Processo Civil.

10 *Op. loc. cit.*, n. 293, p. 418.

11 Cfr. Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno cit.*, I, n. 113, pp. 261-262.

prequestionamento ou por intempestividade *etc.* Nessas hipóteses, em que a questão federal debatida no recurso extraordinário ou no especial não é objeto de apreciação pelo órgão de superposição, o não-conhecimento é verdadeiramente um juízo negativo de admissibilidade e, conseqüentemente, o acórdão recorrido permanece intacto em seu decisório e em sua motivação. É natural, portanto, (a) que constitua objeto da demanda de rescisão o acórdão que antes fora objeto do recurso extraordinário ou especial e (b) que a competência para rescindi-lo seja do tribunal local e não daqueles tribunais inais elevados. Não havendo substituição alguma, a última palavra dada pelo Poder Judiciário sobre o *meritum causæ* terá sido a do tribunal local, sem motivo para que um daqueles órgãos fosse competente para rescindir o julgado.

## 6. UMA SUBSTITUIÇÃO À BRASILEIRA

A Súmula n. 249 abre uma *aparente* exceção a essa regra geral, ao afirmar a competência dos tribunais de superposição para a ação rescisória sempre que, embora não conhecendo do recurso extraordinário ou do especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça "*tiver apreciado a questão federal controvertida*". É apenas aparente essa exceção, porque o correto entendimento do "*não conhecer*", em tais hipóteses, demonstra que na realidade se tem um "*conhecer e não prover*". Esse reparo vem sendo feito desde há mais de três décadas por Barbosa Moreira nos escritos em que examina a firme orientação do Supremo Tribunal Federal — e agora do Superior Tribunal de Justiça — consistente em proclamar que *não conhece* do recurso em razão da ausência de transgressão à Constituição Federal ou à lei. O Tribunal penetra no âmago do acórdão recorrido, examina-lhe os fundamentos jurídicos, confronta-os com o direito posto e nega que haja incompatibilidade entre aqueles e estes — mas, contraditoriamente, acaba por concluir proclamando que "*não conhece*" do recurso interposto. Diz o prestigioso pensador do processo civil, em obra recente:

*"quanto ao recurso extraordinário, a questão via-se um tanto obscurecida pela técnica defeituosa com que o Supremo Tribunal Federal costumava julgá-la no caso de interposição com fundamento na letra a do dispositivo constitucional [das Constituições antigas], declarando não conhecer do recurso se verificava inexistir a alegada contrariedade à Constituição ou negação de vigência a tratado ou lei federal — hipótese que, a rigor, era de conhecimento e desprovemento. Mutatis mutandis, o problema hoje se põe, analogamente, com referência ao Superior Tribunal de Justiça e ao recurso especial ex art. 105, n. III, letra a, da Carta de 1988. Ele se resolve mediante a interpretação do acórdão, pela qual se carregem os erros de terminologia".*<sup>12</sup>

São judiciosas as ponderações do monografista Nelson Luiz Pinto, demonstrando que tem dois significados a *contrariedade ou negativa*

de vigência a tratado ou lei federal, posta na Constituição Federal como hipótese de admissibilidade do recurso especial. No plano puro da admissibilidade desse recurso, tal cláusula nada mais indica que a necessidade de uma "alegação razoável, por parte do recorrente, de ter a decisão recorrida contrariado dispositivo de lei federal ou tratado" — razoabilidade que, se faltar, conduz à inadmissibilidade do recurso. A efetiva contrariedade situa-se no plano do mérito recursal e, sem ela, o recurso é admissível mas será improvido.<sup>13</sup> O que ensina esse Mestre da Universidade Católica paulista conduz portanto, do mesmo modo que a lição de Barbosa Moreira, a ver no "não conhecer" por falta de contrariedade substancial também, um autêntico *improver*: na realidade, nega provimento ao recurso extraordinário ou ao especial o Tribunal que, com apoio no exame da questão federal, nominalmente declara dele não conhecer. Consequentemente, sempre a teor do disposto no art. 512 do Código de Processo Civil, o acórdão que assim decide julga o mérito recursal, *cassando* o acórdão recorrido e *substituindo-o*. Partindo das premissas também assumidas no presente estudo, outro destacado professor da Faculdade Católica de São Paulo diz incisivamente que, na hipótese da Súmula 249, "*esse acórdão do STF substitui a decisão recorrida*" (Nelson Nery Júnior).<sup>14</sup>

Insisto em que a *substituição* do julgado inferior pelo superior não se dá somente quando aquele *reforma* este, mas sempre que aprecia o mérito recursal, sem anular o ato recorrido, porque: a) o que não conhece do recurso não o cassa nem substitui, deixando intacta a decisão inferior; b) o que conhece do recurso e anula esta, cassa-a mas não a substitui, porque se limita a determinar que o juízo inferior volte a decidir. Mas o acórdão que conhece do recurso para *confirmar* ou para *reformular* o julgado que foi objeto da impugnação, esse o cassa e põe-se sempre no lugar dele, *substituindo-o* (Nelson Nery Júnior).<sup>15</sup>

Com a interpretação conceitualmente correta proposta por Barbosa Moreira, Nelson Luiz Pinto e Nelson Nery Júnior, essa firme orientação dos dois Tribunais significa que, não-obstante a aparência em contrário, a Súmula n. 249 não transgride a fundamental regra da competência do tribunal *a quo* em caso de recurso não-conhecido. É competente um daqueles órgãos de superposição na circunstância ali considerada, porque na realidade *houve uma substituição* e esse falso não-conhecimento é um *conhecimento com improvimento* do recurso especial ou do extraordinário.

Ainda uma vez tem pertinência a referência ao instituto da *reclamação*, porque a rescisão do acórdão superior pelo tribunal menos elevado seria uma negação da autoridade daquele, que a Constituição visa a preser-

13 Cfr. *Recurso especial para o STF*, 2ª ed., S. Paulo, Malheiros, 1996, cap. V, n. 3.1, esp. p. 119.

14 Cfr. *Princípios fundamentais - teoria geral dos recursos*, S. Paulo, Ed. RT, 1990, n. 2.4, esp. p. 54.

15 *Op. loc. cit.*, esp. pp. 53-54; v. ainda Dinamarco, "Efeitos dos recursos" cit., nn. 93-97, pp. 418 ss.

var (arts. 102, inc. I, letra f e 105, inc. I, letra f). Quando os fundamentos do recurso não foram apreciados pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça (não-conhecimento por falta de prequestionamento etc.) não há uma supremacia a assegurar, ou uma desobediência a debelar. Quando porém um desses tribunais se manifestou a respeito da questão federal, negando a desconformidade do acórdão recorrido com a Constituição ou com a lei federal, ali reside a última palavra do Poder Judiciário, que jamais um órgão menos elevado poderá infirmar.

## 7. ACIMA DA INCOMPETÊNCIA, CARÊNCIA DE AÇÃO

As reflexões e conceitos desenvolvidos no tópico precedente conduzem à carência da ação rescisória em caso de propositura contra acórdão que fora objeto de recurso especial ou extraordinário "*não conhecido*" nas circunstâncias ali examinadas. Se o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal afirmou a compatibilidade constitucional ou legal do julgado recorrido e, pelo fenômeno da *substituição*, o julgamento do recurso passou a ocupar o lugar do acórdão recorrido, de nada serviria ao autor da rescisória obter a cassação do julgado inferior e deixar intacto o superior, que sempre permaneceria eficaz. Somente o último julgamento passou em julgado, não o acórdão que fora objeto do recurso extraordinário ou especial: conseqüentemente, é em face do último julgamento que se pode propor a ação rescisória, até porque o art. 485 do Código de Processo Civil é explícito: "*a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida*". Só a que tiver transitado em julgado, não as anteriores!

Não tem relevância, para o que aqui se diz, se a ação rescisória é remédio contra a coisa julgada formal ou a material.<sup>16</sup> O certo é que, sem o trânsito em julgado, não há interesse para a ação rescisória. Se a sentença ainda pende de recurso possível, o remédio oferecido pelo sistema processual é este e, portanto, falta para aquela o interesse-adequação. Se o recurso foi interposto e novo julgamento se proferiu, falta à ação rescisória contra o julgamento recorrido o pressuposto da *utilidade*. Pontes de Miranda: "*a ação rescisória supõe a sentença que passou em julgado, isto é, de que não cabe ou não mais cabe recurso*".<sup>17</sup>

A questão da competência fica, portanto, em plano secundário. Antes dela e com mais relevância, põe-se o quesito da *utilidade jurídica* do provimento jurisdicional postulado. Rescindir o acórdão local, já substituído juridicamente pelo julgado superior, não impediria que este continuasse a se impor e produzir os efeitos que, pela palavra de um dos

16 No primeiro sentido, Pontes de Miranda (*Tratado de ação rescisória* cit., § 17, esp. p. 144); no segundo, com toda razão, Barbosa Moreira (*Comentários* cit., n. 69, esp. p. 109).

17 *Cfr. Tratado da ação rescisória* cit., § 17, pp. 143-144.

tribunais de superposição, o Poder Judiciário nacional quis impor. Consequência: *falta interesse de agir em via rescisória com o objetivo de desfazer os efeitos do acórdão já substituído por outro do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, quando o recurso especial ou o extraordinário não tiver sido conhecido mediante a negativa de conflito com a ordem constitucional ou legal.*

Insisto ainda nessa distinção: a) se proponho perante o tribunal local uma ação rescisória tendo por objeto um acórdão do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, a questão se resolve em termos puros de competência, porque um órgão judiciário não é competente para rescindir acórdão de outro (e muito menos de um Superior); b) mas quem pede ao tribunal do Estado a rescisão de acórdão dele próprio não incorre em incompetência ainda quando esse acórdão houver sido substituído por um do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça: o que falta é a condição de ação definida como interesse de agir, dada a inutilidade da pretendida rescisão. Seria como pedir a anulação de um contrato, quando as mesmas partes já voltaram a repactuar suas relações e para isso celebraram um novo contrato, substitutivo do primeiro.

Estamos portanto no campo do *objeto da ação rescisória* e não mais da competência para processá-la e julgá-la. O acórdão local é já um *ser morto*, ao qual não faz sentido pensar em tirar a vida. Por isso é que estou falando em falta de interesse de agir, tendo em mente que, em direito, *interesse é utilidade* — ou, no sistema e linguagem de Francesco Carnelutti, ele é a *relação de complementariedade* entre um bem portador da capacidade de satisfazer uma necessidade e uma pessoa portadora de uma necessidade que pode ser satisfeita por esse bem.<sup>18</sup> Lembrados esses conceitos, que reputo de grande valia para a solução de muitas dúvidas em direito processual, reafirmo que ao autor de uma ação rescisória proposta na situação examinada nenhum proveito útil seria capaz de proporcionar a rescisão do acórdão inferior, ou seja: por falta do interesse-utilidade, ele será carecedor da ação proposta.

## 8. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO E NÃO MERA TRANSFERÊNCIA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL OU AO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Se a *incompetência* fosse o verdadeiro empecilho ao julgamento da ação rescisória por tribunal local na circunstância sobre a qual dispõe a Súmula 249, seria imperioso o deslocamento do feito, com remessa ao tribunal de superposição competente. Tal é um ditame da teoria e da disciplina legal da competência, uma vez que o juiz ou tribunal incompete-

18 Cf. *Teoria generale del diritto*, Roma, Foro it., 1940, § 35, pp. 58-61.

tente não é destituído de jurisdição e, por esse motivo, a lei é muito explícita: quer se trate de incompetência relativa ou absoluta, ou mesmo quando a demanda haja sido proposta perante Justiça incompetente ou tribunal inferior ao competente, o destino do processo é o juízo ou tribunal competente e jamais a extinção processual (CPC, arts. 113, § 2º e 311).

A Súmula 249 não trata, porém, de uma autêntica questão de competência. Estamos diante de uma situação em que, acima da incompetência, deve ser reconhecida a *carência de ação rescisória*. A consequência é que, como venho dizendo, o processo dessa ação rescisória deve ser extinto sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir, como manda o art. 267, inc. VI e § 3º do Código de Processo Civil. Assim é também o alvitre de Barbosa Moreira, o qual refere e louva um acórdão do Superior Tribunal de Justiça, em que está dito:

*“se a ação rescisória intenta a rescisão de acórdão de tribunal local, tendo sido entretanto examinada pelo Supremo Tribunal Federal a questão controvertida no julgamento rescindendo, a hipótese é de extinção do processo. Não se justifica a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal se o objeto da rescisória não é o seu acórdão”.*<sup>19</sup>

---

19 STJ, agr. reg. no agr. instr. n. 64.168, j. 12.9.95, DJU 13.11.95, p. 38.675, *apud* Barbosa Moreira, *Comentários* cit., n. 121, nota 205, p. 201. Esse processualista ressalva que, na fase inicial do processo (CPC, art. 284), ainda pode e deve o relator propiciar ao autor a correção do objeto de sua iniciativa - o que não será possível depois, dada a estabilização da demanda pela citação (arts. 264 e 294 CPC).

## *A NOVA ORDEM INTERNACIONAL E AS CORTES DE JUSTIÇA*

---

Por: Maria Teresa de Cárcomo Lobo — Juíza Federal, Professora Universitária, Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa e Doutoranda pela Universidade Católica Portuguesa.

Nas últimas décadas assistiu-se à mais acelerada e profunda transformação institucional da história humana em busca de uma nova ordem econômica e jurídica, em que as empresas não têm fronteiras e em que a cidadania, no seu binômio direitos e garantias, ultrapassa fronteiras.

Em rápida síntese, as raízes da nova ordem econômica podem-se situar na derrota do Japão e da Alemanha, na cruel devastação da Europa, na II Guerra Mundial, que deixaram os EUA em posição de domínio da economia do pós-guerra e conduziram ao processo de globalização.

Como marcos balizadores da globalização apontam-se o renascimento da Europa das cinzas da guerra até se transformar no poderoso bloco da integração europeia que é hoje a União Europeia, o confronto do Ocidente com o império comunista da União Soviética até ao seu colapso, atribuído essencialmente ao papel desempenhado pela OSCE - Organização para a Segurança e Cooperação na Europa e o surgimento do Japão como terceira força econômica no contexto mundial, formando com os EUA e a União Europeia a chamada TROIKA.

A globalização da economia pode ser vista como a transição de uma situação em que as relações internacionais entre economias nacionais eram horizontais para uma situação de interpenetração internacional do próprio processo de produção induzido por empresas transnacionais.

Acrescentem-se a este contexto os espetaculares avanços tecnológicos abrindo à humanidade possibilidades insuspeitadas.

Estas mudanças deram lugar a um novo modelo que, com as comunicações eliminando praticamente distâncias de tempo e de espaço e agilizando decisões, se difundiu globalmente e se refletiu nos sistemas de Poder, ao mesmo tempo que determinou o aparecimento de novas fontes de produção do Direito em substituição das fontes tradicionais, deixando o Direito de ser uma concepção exclusiva de cada Estado, para atingir uma dimensão internacional.

Por essa razão, importa que a nível mundial se disponha de uma efetiva estrutura institucional capaz de enfrentar os problemas da globalização num contexto de modificação da filosofia e da lógica das relações internacionais, quer a nível dos Estados quer a nível dos indivíduos na sua qualidade de cidadãos do mundo.

De seu turno, a busca por uma nova ordem jurídica remonta à dramática supressão dos direitos humanos ocorrida durante a II Guerra Mundial que levou à positivação dos direitos sociais e coletivos nas Cartas Constitucionais.

Esta positivação assenta, porém, numa real efetividade já que, como pondera Norberto Bobbio, *"não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e fundamento, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados."*

É essa positivação que está base da criação de órgãos judiciais a nível mundial.

De entre eles, destaco, em primeiro lugar, a Corte Internacional de Justiça, o principal órgão judiciário integrado no sistema da Carta das Nações Unidas e cuja instalação data de 1920.

A sua finalidade precípua é a de realizar o propósito das Nações Unidas, inscrito no artigo 1, inciso I, da Carta, de *"chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz"*.

A Corte Internacional de Justiça tem sabido grangear o respeito da comunidade internacional por sua atuação na solução pacífica de disputas internacionais, muitas vezes em paralelo com o Conselho de Segurança, mantendo, todavia, a sua independência, num trabalho que pode dizer-se notável pelo equilíbrio e pela justeza das suas decisões.

A Corte é composta por um corpo de 15 juizes independentes — aqui como no Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias o primeiro requisito a observar na escolha dos magistrados é a sua independência —, eleitos pela Assembléia - Geral e pelo Conselho de Segurança, dentre pessoas que gozem de alta consideração moral e possuam as condições exigidas em seus respectivos países para o desempenho das mais altas funções judiciárias ou que sejam jurisconsultos de reconhecida competência em direito internacional. O Eminentíssimo Ministro Francisco Rezek é membro integrante da Corte.

O mandato dos juizes é de 9 anos, com possibilidade de reeleição, não havendo, como em algumas cortes internacionais de justiça, limitação quanto à reeleição.

A cada período de três e seis anos, há uma renovação parcial dos membros do Tribunal, com a finalidade não só de se imprimir uma maior dinâmica jurisprudencial, como de assegurar uma participação equitativa em termos geográficos, com a devida representação dos diversos sistemas legais dos Estados membros das Nações Unidas.

A competência da Corte Internacional de Justiça abrange todos os assuntos previstos na Carta das Nações Unidas, em tratados e convenções em vigor.

A sua atuação é extremamente relevante em matéria de interpretação da Carta, de tratados internacionais e de qualquer ponto de direito internacional, competindo-lhe, ainda, verificar a existência de qualquer fato que constitua violação de um compromisso internacional e determinar a natureza e a extensão da reparação devida pela ruptura de um compromisso internacional.

No julgamento das controvérsias entre Estados, de acordo com o direito internacional, a Corte parte da interpretação das convenções internacionais, gerais ou especiais, do costume internacional, como prova de uma prática aceita como sendo o direito, dos princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas e da doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações e de decisões judiciais precedentes, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito, sem embargo da sua faculdade de decidir "*ex aequo et bono*", se houver a concordância das partes.

Só os Estados poderão ser partes perante a Corte.

As decisões da Corte deverão ser fundamentadas, uma vez que o fundamentação constitui uma garantia das partes e expressa o compromisso democrático de uma instituição de Direito. São definitivas e inapeláveis, podendo ser objeto de uma aclaração quanto ao seu sentido e alcance e admite-se, ainda, a sua revisão em caso de surgimento de um fato novo, no prazo de 6 meses a partir do descobrimento desse fato.

A Corte detém, ainda, competência consultiva sobre qualquer questão jurídica, emitindo pareceres consultivos a pedido de um órgão das Nações Unidas, que serão dados em sessão pública.

Na sua Declaração à Assembléia - Geral das Nações Unidas, em 27 de outubro de 1998, o Presidente da Corte, Juiz Stephen M. Schwebel, deu particular ênfase a dois acontecimentos ocorridos no decurso do ano.

O primeiro, a criação da Corte Internacional Penal - International Criminal Court - que julgará pessoas físicas pelo cometimento de graves e específicos crimes internacionais, numa consagrada responsabilização individual por delitos que violem os princípios fundamentais da dignidade e da liberdade da pessoa humana.

Para o Presidente da Corte de Haia, a instalação do Tribunal Internacional Penal representa um passo decisivo no desenvolvimento e na aplicação de uma lei internacional mais efetiva.

O segundo, considerado pelo Juiz Schwebel como notável na vida das cortes internacionais, marca o primeiro caso levado à jurisdição do

Tribunal Internacional do Direito do Mar – International Tribunal for the Law of the Sea.

A questão dizia respeito ao apresamento pela República da Guiné de um navio pertencente às Ilhas S. Vicente e Grenadinas e da respectiva tripulação, com violação das obrigações assumidas por ambos os Países no âmbito da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

Os juízes do Tribunal Internacional do Mar, por maioria de 12 votos contra 9, acolheram a queixa das Ilhas, condenando a Guiné a devolver o navio e a libertar a tripulação e a garantir o Juízo com um depósito de US\$ 400.000,00.

A criação do Tribunal Internacional do Direito do Mar inscreve-se no quadro de uma nova ordem jurídica para os mares e oceanos, que objetiva, fundamentalmente, o seu uso pacífico, a utilização equitativa e eficiente dos seus recursos, a conservação dos recursos vivos e o estudo, a proteção e a preservação do meio marinho, contribuindo para uma ordem económica internacional justa e equitativa.

O Tribunal tem sede na cidade alemã de Hamburgo e é composto por 21 membros eleitos entre pessoas que gozem da mais alta reputação pela sua imparcialidade e integridade e sejam de reconhecida competência em matéria de direito do mar. O eminente jurista Vicente Marotta Rangel integra o Tribunal e participou da primeira decisão do Tribunal.

Os seus acórdão são definitivos e vinculativos.

A atuação da Corte Internacional de Justiça contribuiu decisivamente para que, hoje, seja aceite como fato comprovado que os tribunais internacionais de justiça podem funcionar efetivamente.

Na bela frase do Presidente da Corte de Haia, o que era um ideal sonhado pelo movimento da paz na aurora do século XX tornou-se uma realidade no seu ocaso.

Ou seja, a Corte Internacional de Justiça e outros tribunais internacionais podem contribuir significativamente para a solução pacífica e justa de disputas internacionais.

Assiste-se atualmente à criação de cortes internacionais, regionais e especializadas.

Como Cortes regionais, cito o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, em funcionamento desde outubro de 1958, a que foi associado em outubro de 1988, o Tribunal de Primeira Instância.

O Tribunal é a pedra angular da integração europeia não só na construção notável do direito comunitário, de raiz essencialmente pretoriana, como na garantia do respeito do direito na interpretação e aplicação

do Tratado Comunitário. É o intérprete final e supremo do direito comunitário. O Tribunal, com sede em Luxemburgo, tem competência de tribunal constitucional, judicial, administrativo. Detem, ainda, competência consultiva, a pedido do Conselho da União Européia, da Comissão ou de qualquer Estado — Membro sobre a compatibilidade de um projeto de acordo internacional com o Tratado Comunitário, numa espécie de controle prévio de constitucionalidade. Por exemplo, o parecer do Tribunal foi solicitado antes da assinatura da Ata Final que contém os acordos constitutivos da Organização Mundial do Comércio. Se o parecer for pela incompatibilidade, o acordo só pode entrar em vigor depois de cumpridas as formalidades exigidas para a revisão do Tratado.

Pelo Tratado de Maastricht, em disposição mantida pelo Tratado de Amsterdã, o Tribunal tem competência para aplicar sanções pecuniárias progressivas aos Estados — Membros, em caso de descumprimento de seus acordãos.

A atribuição desta competência punitiva partiu dos próprios Estados-Membros na Conferência Intergovernamental, vale dizer, no exercício de sua soberania, o que revela o prestígio do Tribunal e a autoridade dos seus julgamentos.

A Corte de Luxemburgo é composta por 15 juízes, nomeados, de comum acordo, pelos Governos dos Estados-Membros, por um período de seis anos, com possibilidade de recondução. De três em três anos, procede-se a uma substituição parcial dos membros do Tribunal. Os juízes são escolhidos entre personalidades que ofereçam todas as garantias de independência e reúnem as condições exigidas nos respectivos países para o exercício das mais altas funções jurisdicionais. Estão sujeitos a certas incompatibilidades para garantia de sua independência. Beneficiam de imunidade de jurisdição, mesmo após o mandato, e só o Tribunal pode levantar essa imunidade. Não podem ser demitidos de suas funções e excluídos de prerrogativas e vantagens, a não ser por decisão unânime da Corte.

Outra Corte regional e, também, especializada em matéria de direitos humanos, é a Corte Européia dos Direitos do Homem, melhor dizendo, a Nova Corte Européia dos Direitos do Homem.

Criada em 1959, no âmbito da Convenção Européia dos Direitos do Homem assinada em Roma em novembro de 1950, a Corte tem a sua sede em Estrasburgo.

O crescimento contínuo e expressivo de casos trazidos à jurisdição da Corte, de 404 em 1981 para 4.750 em 1997, demonstrando a sua dinâmica e credibilidade, determinou a criação de uma Corte Permanente, com o objetivo de simplificar a sua estrutura, encurtar a duração dos procedimentos e, ao mesmo tempo, reforçar e fortalecer o caráter jurisdicional do sistema, tornando-o compulsório e abolindo o papel decisório do

Comitê de Ministros, órgão da Convenção. O Protocolo 11 à Convenção Europeia, que procedeu à reestruturação do sistema de controle, entrou em vigor em outubro de 1998 tendo fixado um período de preparação de 1 ano, durante o qual os juízes foram eleitos e foram adotadas as medidas necessárias de organização e de procedimentos da Corte.

A Nova Corte Europeia dos Direitos do Homem entrou em funcionamento em 01 de novembro de 1998.

Em 31 de outubro de 98, a velha Corte cessou as suas funções, embora o Protocolo tivesse admitido que a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, outro órgão da Convenção, continuasse por um ano, até outubro de 1999, a tratar dos casos que tinham sido declarados admissíveis.

A Corte é composta por tantos juízes quantos os Estados contratantes, atualmente em número de 40. Os juízes são eleitos pela Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa, para um mandato de seis anos, renovável a cada três anos.

A Corte está dividida em 4 Seções, cuja composição, por um período de três anos, deve refletir equilíbrio em termos geográficos e ter em consideração os diferentes sistemas legais dos Estados.

Em cada Seção existe uma Comissão de três juízes, designados por um período de 1 ano. As Comissões são um importante aspecto na nova estrutura da Corte, porque são responsáveis pela filtragem dos casos levados à Corte, anteriormente da competência da Comissão.

Qualquer Estado-Parte da Convenção ou qualquer pessoa física pode dirigir-se diretamente à Nova Corte Europeia dos Direitos do Homem, cuja estrutura se aperfeiçoou, como referi, em 01 de novembro deste ano.

A Corte Europeia consagrou, assim, o acesso direto — *jus standi* — que passou a ser outorgado a todos os indivíduos sujeitos à sua jurisdição. Este acesso direto representa, sem dúvida, uma conquista memorável no campo de afirmação do indivíduo como sujeito último de Direito.

Outra Corte regional e especializada em matéria de direitos humanos é a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em S. José da Costa Rica, uma instituição autônoma do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos é integrada por dois Protocolos — o de São Salvador em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Protocolo sobre Direitos Humanos relativo à Abolição da Pena de Morte.

A Corte é composta por sete juízes nacionais dos Estados membros da Organização, eleitos dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de Direitos Humanos, por um período de seis anos, com possibilidade de uma única reeleição. Somente os Estados partes e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos têm direito de submeter casos à jurisdição da Corte. As suas decisões devem ser fundamentadas e são definitivas e inapeláveis, com possibilidade de esclarecimento sobre o seu sentido e alcance a pedido de qualquer das partes, no prazo de 90 dias a contar da notificação da decisão.

A Corte vincou mais impressivamente a sua jurisdição, nos termos do seu Regulamento, em vigor desde dezembro de 2000, assegurando a participação direta dos indivíduos demandados em todas as etapas do procedimento, em denúncias a ela enviadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de violações dos direitos consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Como observou o Professor Cançado Trindade, trata-se de *"ponto culminante de um longo processo histórico de gradual emancipação do ser humano vis-à-vis o próprio Estado"*.

A Corte tem na sua presidência aquele ilustre jurista, Professor de Direito Internacional da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco do Ministério das Relações Exteriores, que foi reeleito por aclamação em junho de 2000.

Refiro, ainda, dois outros Tribunais, sem grande expressão. O Tribunal da EFTA- Associação Européia de Livre Comércio e o Tribunal de Justiça da Comunidade Andina. Este último foi criado em maio de 1979, como órgão judicial do Sistema Andino de Integração Subregional. Em maio de 1996, os cinco Países da CAN - Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela, assinaram o Protocolo que modificou o Tratado Constitutivo do Tribunal de Justiça, que regula atualmente a Corte e cujo estatuto guarda estreita semelhança com o do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias.

Observa-se hoje uma tendência crescente por parte dos Estados e das pessoas para acionarem as Cortes Internacionais de Justiça, o que revela uma cada vez maior consciência jurídica no cultivo do chamado *"law habit"*.

Por último, não quero deixar de expressar a minha convicção quanto à necessidade de se instituir o Tribunal de Justiça do Mercosul.

Os recentes acontecimentos evidenciam a vulnerabilidade do processo de integração do Bloco do Cone Sul, sem a espora de um tribunal que o consagre como uma verdadeira comunidade de direito.

A integração regional do Mercosul não se pode deter no campo das transações comerciais e no só incremento do comércio intraregional.

Há que avançar rumo ao mercado comum, finalidade precípua do Tratado de Assunção, de que a atual união aduaneira constitui uma etapa, como declara expressamente o Protocolo de Ouro Preto. Um mercado es-  
corado em quatro liberdades de circulação - de bens, de pessoas, de serviços e de capitais e na coordenação das políticas macroeconômicas nas vertentes dos juros, do câmbio e dos impostos.

Há que avançar em direção a um espaço econômico e monetário - com a devida ponderação dos défices orçamentais e do controle da inflação -, a uma política de cooperação industrial e tecnológica, a uma apropriada política científica e a políticas sociais e culturais convergentes.

A criação do Tribunal de Justiça do Mercosul inscreve-se neste contexto.

A sua missão não se esgotará no julgamento de questões pontuais, pois lhe caberá uniformizar a interpretação e assegurar a aplicação do direito emergente do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto e dos Protocolos que integram o Tratado, bem como das Decisões do Conselho do Mercado Comum, das Resoluções do Grupo Mercado Comum e das Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul.

O Mercosul deverá ser uma verdadeira Comunidade de Direito.

Caberá ao Tribunal de Justiça do Mercosul assegurar mais do que o cumprimento de um simples direito positivo. Competir-lhe-á, sobretudo, garantir a promoção do progresso econômico e social num contexto democrático e de respeito aos direitos humanos, nos precisos dizeres do Tratado de Assunção.

Rio de Janeiro, 01 de fevereiro de 2002.

# ***APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO E DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO***

---

THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO

## ***I – PROBLEMÁTICA***

Não são raras as vezes em que o candidato aprovado em concurso público comparece ao Poder Judiciário para pedir que a esfera do Poder Público responsável pela realização do certame seja compelida a nomeá-lo para o cargo almejado.

Tal pretensão exsurge quando, a despeito da aprovação e classificação dentro do número de vagas expressamente previsto no edital, a Administração Pública queda-se inerte, ou, ainda, quando, durante o prazo de eficácia<sup>1</sup> do certame, cargos tornam-se vagos em virtude de transferências, aposentadorias ou óbitos de seus ocupantes.

As razões expendidas abordam o inconformismo com a conduta omissiva e excessiva delonga na nomeação, já que não seria razoável, além de ferir o princípio da moralidade administrativa, que, a despeito da existência de cargos vagos, se realizasse um custoso e demorado concurso público para o provimento dos mesmos única e exclusivamente com a finalidade de arrecadar o valor cobrado a título de inscrição, o qual, invariavelmente, é elevado.

## ***II – OBJETIVOS***

Por intermédio do presente trabalho, pretende-se demonstrar a in-submissão do Poder Público ao dever jurídico de nomear candidato aprovado em certame, em que pese a vacância de cargos.

## ***III – JUSTIFICATIVA***

A importância deste estudo se justifica para preservar a integridade de diversos princípios do Direito Administrativo, como o da razoabilidade, o da moralidade, bem como o da separação dos Poderes, a fim de coibir indevidas ingerências do exercício da função jurisdicional em misteres exclusivamente atinentes aos da função administrativa, evi-

---

1 Afirma Sergio de Andréa Ferreira, *in* Comentários à Constituição, 3º volume, 1991, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, página 150, que “a CF, no inciso III do artigo 37, fixou o que rotula de prazo (máximo) de validade do concurso público. Repete, assim, equívoco, generalizado, contraditório na própria legislação, porquanto o prazo é ligado ao plano de eficácia, e não de validade. Em verdade, a limitação temporal diz respeito ao efeito produzido, ou seja, à habilitação que resulta da aprovação no concurso homologado, e, quando, é o caso, da correspondente ordem classificatória. É, pois, questão de vigência desse efeito, que tem prazo preclusivo.”

tando a proliferação de práticas processuais que enfraqueçam a segurança jurídica e acarretem instabilidade nas relações políticas.

#### IV – METODOLOGIA E TÉCNICAS UTILIZADAS

A pesquisa jurisprudencial e doutrinária será o método utilizado para se alcançar a conclusão.

#### V- DESENVOLVIMENTO

A controvérsia acerca da existência de direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado em concurso público suscita intermináveis debates acerca de questões jurídicas de alta indagação, envolvendo seara constitucional e administrativa.

Ensina-nos San Tiago Dantas<sup>2</sup> que em toda relação jurídica, consubstanciada em uma relação social especialmente qualificada pela norma jurídica, encontra-se como seu elemento fundamental o dever jurídico. Esse dever se deduz da própria norma jurídica que qualifica aquela relação. Ou é o dever de fazer aquilo que a norma ordena, quando a norma contém o comando, ou é o dever de respeitar os efeitos jurídicos da norma, quando a norma se limita a atribuir efeitos jurídicos, ou, então, quando a norma foi violada, a esse dever corresponde um direito de uma outra pessoa de exigir o cumprimento do dever.

Destarte, conclui-se que a relação jurídica compõe-se de dois elementos indissociáveis: o dever jurídico e o direito subjetivo. Este último é identificável segundo a presença de três elementos:

a) este direito subjetivo é sempre decorrência de um dever jurídico;

b) o direito subjetivo é violável;

c) o titular do direito subjetivo pode ter a iniciativa da coerção para fazer a parte contrária sucumbir à sua pretensão surgida da violação do dever jurídico.

Assim, direito subjetivo e dever jurídico são os dois lados da mesma moeda denominada relação jurídica.

Não há que se falar em direito subjetivo se não preexistir um dever jurídico a ser desrespeitado. A existência deste é conditio sine qua non para que se cogite daquele.

Neste exato momento vem à baila a inexorável indagação: tem o candidato aprovado em concurso público direito subjetivo à nomeação?

Esta pergunta equivale a outra de igual quilate: tem a Administração Pública o dever jurídico de proceder à nomeação de candidato aprovado em concurso público?

A resposta da última conduzirá à solução daquela.

Doutrina e jurisprudência incumbiram-se de responder. Conforme Diógenes Gasparini<sup>3</sup>,

Concurso público é o procedimento posto à disposição da Administração Pública direta e indireta, de qualquer nível de governo, para a seleção do futuro melhor servidor, necessário à execução de serviços que estão sob sua responsabilidade. Não é, assim, procedimento de simples habilitação. É um processo competitivo, onde as vagas são disputadas pelos vários candidatos. **Nenhum direito subjetivo tem à nomeação.** Pelo concurso concretiza-se o Princípio da Igualdade.

Referindo-se ao prazo de validade do concurso público (artigo 37, inciso III, Constituição da República), comenta, ainda, o insigne administrativista que nada impede que, durante o prazo de validade de um concurso, outro seja aberto, levado a efeito e classificados os aprovados. O que não se pode dentro desse prazo é nomear os classificados de um concurso posterior, enquanto existirem concursados anteriores a serem nomeados.

Outro não foi o entendimento esposado pela Eminentíssima Desembargadora Federal Tania Heine<sup>4</sup>, em voto proferido, perante julgamento realizado no Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, cuja ementa segue *in verbis*:

I - Concurso público para professor assistente, constando do edital a existência de uma vaga, com aprovação de quatro candidatos.

II - Os aprovados têm prioridade sobre novos concursados (art. 37 da CF) dentro do prazo de validade do concurso (art. 12, § 2º, da Lei 8.112/90).

III - Aberta outra vaga, dentro do prazo de validade do concurso, o segundo colocado tem direito de ser convocado prioritariamente, antes dos aprovados no concurso seguinte.

3 Direito Administrativo, Saraiva, 3ª edição, página 129.

4 Apelação em Mandado de Segurança 93.02.20733-1/RJ, publicado no DJU-II de 09/08/94, página 42.213.

#### IV - RECURSO E REMESSA NECESSÁRIA IMPROVIDOS

Ainda em seu voto, cita a Magistrada as elucidativas lições do saudoso Hely Lopes Meirelles<sup>5</sup>:

“Ainda mesmo a aprovação no concurso não gera direito absoluto à nomeação, pois que continua o aprovado com simples expectativa de direito à investidura no cargo disputado.

Vencido o concurso, o primeiro colocado adquire direito subjetivo à nomeação com a preferência sobre qualquer outro, desde que a Administração se disponha a prover o cargo, mas a conveniência e oportunidade do provimento ficam à inteira discrição do Poder Público. O que não se admite é a nomeação de outro candidato, que não o vencedor do concurso”.

Trazemos, ainda, à colação o entendimento do Eminentíssimo Ministro Hélio Mosimann<sup>6</sup>, em julgamento realizado no Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“...

Sabemos que o princípio norteador da matéria é o de que a aprovação em concurso público não obriga o candidato, ao qual aproveita mera expectativa de direito à almejada nomeação”.

Nesse mesmo sentido:

“Recurso em mandado de segurança. Concurso público. Aprovação. Nomeação.

A aprovação em concurso público confere ao candidato expectativa à nomeação. Não tem direito de exigí-la. Ilegalidade haverá caso a pública administração promova nomeação em desrespeito à ordem de classificação.”<sup>7</sup>

Destarte, impende tecer algumas considerações de ordem prática para perfeito delineamento da vexata quaestio.

Aprovação e classificação em concurso público não se confundem.

A primeira é conferida aos que obtiverem logrado o grau mínimo. Entretanto, estes não se podem dizer classificados, eis que se encontram

5 Direito Administrativo Brasileiro, 1966, página 365.

6 Recurso em Mandado de Segurança 1585-3/MG, RSTJ 67/267

7 ROMS nº 494/MS, Ministro Vicente Cernicchiaro, e também RSTJ 66/213.

na dependência da existência de vagas, que é fator meramente circunstancial.

Tanto aos aprovados classificados quanto aos aprovados não classificados reconhece-se direito subjetivo tão-somente à estrita observância da ordem classificatória para que se proceda à nomeação, porque a este direito corresponde o dever jurídico da Administração Pública em manter imaculado o Princípio Constitucional da Impessoalidade e Moralidade, insculpidos no caput do artigo 37 da Carta Magna.

Possuem mera expectativa de direito à nomeação, segundo a análise meritória da conveniência e oportunidade da prática do ato. Lesão apta a ensejar tutela jurisdicional só surgirá se e quando for inobservada a ordem de classificação.

Dai porque compelir a Administração Pública a nomear o candidato para o cargo almejado esbarra em quebra do Princípio da Separação dos Poderes, insculpido no artigo 2º da Constituição da República, consubstanciando-se em ingerência exacerbada e indevida de um Poder (rectius Órgão) em misteres exclusivos atinentes a outro.

A Constituição do Estado do Rio de Janeiro, no artigo 77, inciso VII, assim dispõe:

“A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, interesse coletivo e, também, ao seguinte:

...

VII – a classificação em concurso público, dentro do número de vagas obrigatoriamente fixado no respectivo edital, assegura o provimento no cargo no prazo máximo de cento e oitenta dias, contado da homologação do resultado.”

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, em mais de uma ocasião, se posicionou, incidenter tantum, pela inconstitucionalidade do mandamento constitucional acima indigitado, corroborando, destaíte, o entendimento que ora se expõe:

“Concurso público. Artigo 77, inciso VII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que cria direito à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas e no prazo de cento e oitenta dias. Inconstitucionalidade formal.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 229.450, Relator Ministro Maurício Corrêa, por maioria,

declarou a inconstitucionalidade do artigo 77, inciso VII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que cria direito à nomeação dos candidatos aprovados em concurso público, dentro do número de vagas do edital do certame, e impõe a nomeação no prazo de cento e oitenta dias, por inobservância do princípio da reserva da iniciativa legislativa ao Chefe do Poder Executivo (Constituição Federal, artigo 61, parágrafo primeiro, inciso II, alínea “c”).

Recursos conhecidos e providos.<sup>8</sup>

No Recurso Extraordinário n.º 229.450 – RJ, Relator Ministro Mauricio Corrêa, julgado em 10 de fevereiro de 2000, acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assegurou a candidatos aprovados no concurso para provimento de cargos de fiscal do sistema viário o direito à nomeação, por força do disposto no supra mencionado artigo 77, inciso VII.

A questão versada lavrou dissensão: o Relator, acompanhado pelos eminentes Ministros Nelson Jobim, Ilmar Galvão, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, declarou a inconstitucionalidade da norma impugnada, uma vez que esta limitação temporal, ao restringir o poder discricionário do agente público, contraria o princípio da independência dos Poderes, conforme insculpido no artigo 2º da Constituição da República.

Por outro lado, os Ministros Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Octavio Gallotti e Marco Aurélio entenderam que a Constituição Estadual pode limitar a discricionariedade dos Poderes, assegurando ao candidato aprovado em concurso público o direito subjetivo à nomeação.

Em outra oportunidade<sup>9</sup>, acrescentou a Suprema Corte, por maioria, que a obrigatoriedade da nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas no edital ofende o artigo 61, parágrafo primeiro, inciso II, alínea “c”, da Constituição da República, que confere ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa privativa das leis que disponham sobre servidores e o provimento dos cargos públicos.

## **VI – CONCLUSÃO**

Em suma: onde não há dever jurídico, inexistente possibilidade de violação de direito subjetivo, eis que encontramos-nos no campo da mera expectativa de direito, que somente exsurgirá mediante inobservância à

8 Recurso Extraordinário 191.089 – RJ, Relator Ministro Ilmar Galvão, 1ª Turma, julgamento em 14 de março de 2000, votação unânime, publicação no Diário de Justiça em 28 de abril de 2000, página 95, ementário volume 01986-05, página 846.

9 Recurso Extraordinário n.º 190.264 – RJ, Relator Originário Ministro Marco Aurélio, Relator para acórdão Ministro Nelson Jobim, Julgamento em 10 de fevereiro de 2000.

ordem classificatória ou deflagração de novo certame durante o prazo de eficácia do anterior.

### VII - BIBLIOGRAFIA

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1994.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª ed. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1989.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo, Malheiros Editores, 1992.



## **CONSIDERAÇÕES SOBRE O REGIME DE PRECATÓRIO PARA PAGAMENTO DOS DÉBITOS JUDICIAIS PELA FAZENDA PÚBLICA**

---

SIMONE SCHREIBER - JUÍZA FEDERAL DA 29ª VARA FEDERAL  
DO RIO DE JANEIRO

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 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".*

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*<sup>2</sup>. 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 à 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.

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".

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.<sup>3</sup>

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.

---

3 Segundo notícia 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 consequentes 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, af, 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.

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 controvertida. 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, independen-

temente do trânsito em julgado ou do fato de eventual recurso ter sido apreciado pelo Tribunal *ad quem*. É 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, 14<sup>a</sup>. 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 CPC. 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 558, 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 refere-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 conta<sup>4</sup>.

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*

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".*

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".<sup>5</sup>

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".<sup>6</sup>

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

6 Milton Flaks, ob. cit., pag. 112.

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.<sup>7</sup> Inúmeras destas medidas provisórias tratam de re-alocação de verbas no orçamento.<sup>8</sup>

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 natu-

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.

reza 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 alimentar, 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.”<sup>9</sup>

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 Paulo<sup>10</sup>, 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”*.

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.”

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 11/97<sup>11</sup>, 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 elastério 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

---

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 oficial da entidade devedora com prazo para pagamento.*

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.<sup>12</sup>

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.

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

### **BIBLIOGRAFIA CONSULTADA**

1. Vicente Greco Filho, Da Execução contra a Fazenda Pública, Ed. Saraiva, 1986.
2. Wanderley José Federighi, A Execução contra a Fazenda Pública, Editora Saraiva, 1996.
3. Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, Execução contra a Fazenda Pública, Malheiros Editores, 1999.
4. Marcelo Roberto Ferro, Execução de crédito de natureza alimentícia contra a Fazenda Pública - Exegese do art. 100 da CF, in Revista Forense 329/111.
5. Maurício Rands, Precatório: Pode continuar como está?, LTr - . Legislação do Trabalho, ano 63, n. 2, fev/99.
6. Milton Flaks, Precatório Judiciário na Constituição de 1988, in Revista Forense 306/107.
7. Francisco Wildo Lacerda Dantas, O sistema do precatório, in Revista dos Tribunais, 754/72.
8. Marco Aurélio Mello, A Eficácia dos Precatórios, Seleções Jurídicas COAD, abril de 1997.



# ***DIREITO AMBIENTAL – CARACTERÍSTICAS – COMPETÊNCIA MATERIAL E LEGISLATIVA DA UNIÃO, ESTADOS, MUNICÍPIOS E DISTRITO FEDERAL***

---

VALÉRIA MEDEIROS DE ALBUQUERQUE  
Juíza Federal da 9ª Vara/RJ

## ***INTRODUÇÃO:***

O Direito Ambiental assegura a qualidade de vida e o ser humano tão preocupado em atingir a qualidade e dignidade da vida é incoerente, as vezes, ao destruir a natureza, afetando o meio ambiente e violando o direito ambiental.

## ***CONCEITO DE DIREITO AMBIENTAL:***

Direito ambiental é a ciência que estuda as questões ambientais e suas relações com o homem, objetivando a proteção do Meio Ambiente para a melhoria da qualidade de vida como um todo para a presente e futura geração.

Inicialmente, cumpre fazer uma observação sobre a expressão meio ambiente, uma vez que a palavra ambiente indica a esfera, o círculo, o âmbito que nos cerca, em que vivemos. Nela já se contém o sentido da palavra meio, logo a expressão meio ambiente denota certa redundância.

## ***CONCEITO DE MEIO AMBIENTE:***

O meio ambiente é a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais, que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas.

Verificamos neste conceito a existência de quatro aspectos do meio ambiente:

Meio ambiente artificial, constituído pelo:

a) espaço urbano construído ou espaço urbano fechado, isto é o conjunto de edificações.

b) espaço urbano aberto, isto é os espaços livres em geral, tais como ruas, praças, áreas verdes, espaços livres em geral e equipamentos urbanos.

## MEIO AMBIENTE CULTURAL

Patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que diversamente da classificação anterior, apesar de ambas serem artificiais construídas, tem sentido de valor especial e cultural que adquiriu ou de que se impregnou.

Meio ambiente natural ou físico

É constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora, enfim, pela interação dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correlação recíproca entre as espécies e as relações destas com o ambiente físico que ocupam.

- Meio Ambiente do trabalho - Art. 200, VIII, da Constituição Federal.

Integra a proteção do trabalhador em seu local de trabalho e dentro das normas de segurança, assegurando-lhe uma qualidade de vida digna

O artigo 3º da Lei 6938/81, nos dá a seguinte definição:

“Meio ambiente é o conjunto a condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em toda as suas formas.”

No conceito acima estão incluídos os ecossistemas, a biosfera e as comunidades.

Portanto, o meio ambiente é um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o seu uso coletivo.

## CARACTERÍSTICAS

O Artigo 225, caput, da Constituição Federal de 1988 dispõe que;

“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Passemos agora a uma análise das características que podemos depreender do dispositivo constitucional acima referido:

Inicialmente, cria-se um direito constitucional fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e por ser um direito fundamental trata-se de um direito indisponível. Tal indisponibilidade encontra-se acentuada na Constituição Federal pelo fato da mesma mencionar que a preservação do meio ambiente deve ser feita no interesse não só das

gerações presentes, como igualmente das futuras. Estabeleceu-se, dessa forma, um dever não apenas moral, como também jurídico e de natureza constitucional, para as gerações atuais de transmitir esse patrimônio ambiental às gerações futuras e nas melhores condições, do ponto de vista do equilíbrio ecológico.

Outrossim, o meio ambiente, como entidade autônoma, é considerado "bem de uso comum do povo". Ou seja, não pertence a indivíduos isolados, mas à sociedade como um todo.

Além de ser bem comum do povo, o meio ambiente é reputado bem essencial à sadia qualidade de vida. Em outras palavras, sem o respeito a ele não se pode falar em qualidade de vida.

Cria-se para o Poder Público um dever constitucional, geral e positivo, representado por verdadeiras obrigações de fazer, defender, preservar o meio ambiente. Transforma-se sua atuação, quanto à possibilidade de ação em positiva de defesa e preservação, de discricionária em vinculada. Sai-se da esfera da conveniência e oportunidade para se ingressar num campo estritamente delimitado, o da imposição. Não cabe, pois, à Administração deixar de proteger e preservar o meio ambiente a pretexto de que tal não se encontra em suas prioridades públicas.

Além do mais, deixa o cidadão de ser mero titular passivo de um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas passa também a ter a titularidade de um dever, o de defendê-lo e preservá-lo.

Concluindo, os titulares do bem jurídico meio ambiente não são apenas os cidadãos do país, mas, por igual, aqueles que ainda não existem, e que poderão existir, isto é, as futuras gerações.

## **DIREITO DIFUSO**

O artigo 81, inciso I, da Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) define o direito difuso como:

Art. 81, I – Interesse ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

O direito ao meio ambiente traz dificuldades para a teoria jurídica porque não é um direito individual, como os tradicionais, nem um direito social, correspondente à segunda geração do direito. Essa evolução para a terceira geração dos direitos traz problemas para a estrutura da teoria jurídica. É um direito difuso, difícil de limitar. Ao contrário dos direitos liberais, que são uma garantia do indivíduo diante do poder do Estado, e ao contrário também dos direitos sociais, que consistem basicamente em prestações que o Estado deve ao indivíduo, o direito difuso ao meio ambiente consiste num direito-dever, na medida em que a pessoa, ao mesmo

tempo em que é titular do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, também tem a obrigação de defendê-lo e preservá-lo.

Verificamos que no Direito Difuso não se pode determinar quem é o titular, uma vez que ele atinge a todos indistintamente e indeterminadamente, tendo o mesmo aplicação *erga omnes*, uma vez que abrange todas as direções e toda a coletividade, sendo um direito de todos, além de um dever, havendo solidariedade jurídica e ética.

## **COMPETÊNCIA MATERIAL E LEGISLATIVA DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS**

### **1 – COMPETÊNCIA MATERIAL**

A República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal – Art. 1º da Constituição Federal. “A organização político-administrativa do Brasil por sua vez compreende União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 18 da Constituição Federal).

A competência material é comum a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, significando a competência material para atuar, isto é a prestação de serviços para atuar, a tomada de realizações para a proteção do meio ambiente.

A União Federal tem posição de supremacia no tocante à prestação ambiental.

A competência material ou comum está assegurada no art. 23, inciso VI da Constituição Federal de 1988, que dispõe ser da competência comum:

“Proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas.”

Para a repartição da competência devemos verificar a predominância do interesse, se é nacional (União Federal), regional (Estados) ou local (Municípios).

### **2 – COMPETÊNCIA LEGISLATIVA:**

A Constituição Federal previu dois tipos de competência para legislar em matéria ambiental, com relação a cada um dos membros da Federação:

a) A União Federal tem competência concorrente e suplementar.

b) Os municípios tem competência para legislar sobre assuntos de interesse local e para suplementar a legislação federal e estadual.

Logo, na Constituição Brasileira de 1988 foi dado um grande passo em Direito Ambiental ao lhe ser atribuída em sua maioria a competência concorrente, mas também atribuiu e guardou para a União a competência privativa para legislar em alguns setores como águas, energia, jazidas, minas, outros recursos minerais e atividades nucleares de qualquer natureza (art. 22 da Constituição Federal).

Não creio ser esta a melhor forma. Melhor seria que as referidas matérias também estivessem inseridas na competência concorrente, uma vez que os Estados e Municípios não podem suplementar as deficiências dessas normas federais, nem adaptá-las a suas peculiaridades regionais e locais. A competência legislativa deve ser concorrente.

A União Federal, tanto no exercício da competência privativa quanto no exercício da competência para editar normas gerais irá procurar a vantagem de todo o território nacional ou os ecossistemas específicos, na forma do artigo 225, parágrafo 4º da Constituição Federal: Floresta Amazônica brasileira, Mata Atlântica, Serra do Mar, Pantanal Mato-grossense, Zona Costeira, ou de uma das várias bacias hidrográficas (art. 20 da Lei de Política Agrícola / Lei 8171/91).

Ao procurar a utilidade nacional, não poderá a União prejudicar concretamente o interesse dos cidadãos à sadia qualidade de vida e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sob pena da referida disposição federal ser declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário.

Para solução das lides que lhe são trazidas, a Jurisdição Federal deve ponderar sempre entre o binômio desenvolvimento e preservação ambiental, que certamente estará em todas as causas de Direito Ambiental que chegarem ao conhecimento dos juízes federais e recebemos hoje em dia grande número de Ações Cíveis Públicas em Direito Ambiental, visando a preservação e o equilíbrio do meio ambiente.

A União e os Estados também irão legislar com base em seus interesses, interesse nacional ou federal e interesse estadual, inobstante a divisão de competência entre esses dois entes não tenha expressamente mencionado o termo interesse.

A competência municipal também é assegurada em função do seu interesse local, expressão do art. 30, I da Constituição Federal, que foi bastante precisa uma vez que interesse local não precisa incidir ou compreender todo o território do Município, mas uma localidade, ou várias localidades de que se compõe um Município. Se houver conflito entre esses interesses locais, deve-se verificar qual interesse é predominante.

O Município tem mais competência no âmbito da execução de leis protetivas do que no âmbito de legislar sobre o assunto.

A Constituição Federal foi clara no seu art. 23, VI e VII, ao atribuir indistintamente à União, Estados e ao Distrito Federal a competência

para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas e de preservar as florestas, a fauna e a flora.

Assim, qualquer desses entes públicos: União, Estados, Distrito Federal e Municípios têm competência para aplicar a legislação ambiental, ainda que não tenha sido de autoria do ente público que a aplica. Como exemplo, verificamos que o Município não pode legislar sobre águas, mas pode e deve aplicar a legislação federal de águas no ordenamento do território nacional. Desta forma, não existe atribuição constitucional aos Municípios com relação à água.

O PNH – Política Nacional de Recursos Hídricos prevê a gestão participativa, isto é, descentraliza-se a gestão da água, incorporando a sociedade civil nesta administração, o que é bastante positivo.

Não há competência privativa da União para legislar sobre a maioria dos bens constantes do art. 20 da Constituição Federal e sim concorrente. Assim a própria União deve sujeitar-se às regras emanadas dela mesma, dos Estados e dos Municípios, de acordo com os artigos 24, parágrafos 1º ao 4º e 30, I e II da Constituição Federal.

A competência legislativa é suplementar às normas gerais do Direito Ambiental da União Federal.

### ***DIREITO AMBIENTAL É BEM COMUM DE USO DO POVO***

O Código Civil divide os bens em públicos e particulares, definindo como públicos os bens pertencentes à União, aos Estados, aos Municípios, ao Distrito Federal, e as autarquias.

Os bens particulares são os pertencentes as outras pessoas privadas, seja qual for a pessoa a quem pertencem (art. 65 do Código Civil).

Os bens públicos são de três categorias:

a) bens de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças, aí incluídos os bens ambientais, como praias marítimas, as cavidades naturais subterrâneas, os sítios arqueológicos e pré-históricos.

b) bens de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviços ou estabelecimentos federais, estaduais e autarquias ou do Distrito Federal.

c) os dominicais, isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal ou das Autarquias, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades (art. 66 do Código Civil).

O artigo 66 do Código Civil não foi recepcionado em sua totalidade pela Constituição Federal de 1988, no seu artigo 225, que representou

um grau de avanço no Direito Ambiental, ao considerá-lo um direito difuso. O Direito Ambiental é um direito transindividual, porque transcende e ultrapassa os limites de esfera do indivíduo. O Direito Ambiental é bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida com dignidade.

No tocante aos bens ambientais que foram considerados bens da União (art. 20 da Constituição Federal), por se tratarem de bens de uso comum do povo (art. 225 da Constituição Federal), estes não ficam sujeitos à exclusiva legislação federal, podendo os Municípios estabelecerem regras sobre a utilização desses bens federais, sendo possível tombá-los, ou estabelecer medidas para proteção dos mesmos.

Para finalizar, gostaria de citar um trecho de carta enviada em 1854 pelo Chefe Indígena em Seatle, EUA ao então Presidente dos Estados Unidos, em resposta à proposta feita por este último de compra de grande parte das terras habitadas por aquela tribo.

“Ensinem às suas crianças o que ensinamos as nossas: que a terra é nossa mãe. Tudo que acontecer à Terra, acontecerá aos filhos da Terra.

Isto sabemos: a Terra não pertence ao homem, o homem pertence à Terra.

Isto sabemos: todas as coisas estão ligadas como o sangue que une uma família. Há uma ligação em tudo. O que ocorrer com a Terra recairá sobre os filhos da Terra.

O homem não tramou o tecido da vida: ele é simplesmente um de seus fios.

Tudo o que fizer ao tecido, fará a si mesmo.”



# ***A PROVA ILÍCITA E O PRINCÍPIO DA VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL - HERMENÊUTICA DO ART. 5º DA LEI Nº 9.296/96***

---

*Estudo em Homenagem ao Ministro Marco Aurélio de Mello*

Por José Eduardo Nobre Matta, 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

Sumário: I. Apresentação II. Constituição, Democracia, Direitos do Homem e Processo III. Confrontando os Princípios da Verdade Real e da Vedação da Prova Ilícita no Processo Penal IV. Hermenêutica do art. 5º da Lei nº 9.296/96

## ***I. APRESENTAÇÃO***

Propomo-nos, no presente trabalho, a partir do estudo da função do processo no Estado de Direito Democrático e do confronto, no processo penal, dos princípios da verdade real e da vedação da prova ilícita, alcançar a hermenêutica de índole constitucional que deve ser dada ao prazo para a quebra do sigilo telefônico, de que trata o artigo 5º, da Lei nº 9.296/96.

A questão não é pacífica na doutrina, como se verá em momento oportuno.

É com os olhos voltados para os valores contidos na Constituição que intentamos contribuir para a discussão do tema.

## ***II. CONSTITUIÇÃO, DEMOCRACIA, DIREITOS DO HOMEM E PROCESSO***

Os estudos de Direito Constitucional voltam-se hoje precipuamente para os direitos fundamentais: sua efetividade, universalidade, detalhamento, hermenêutica, bem como a resolução de problemas cada vez mais constantes de conflitos entre as suas diversas categorias. Dignas de nota as palavras de PAULO BONAVIDES sobre o tema: "Com a queda do positivismo e o advento da teoria material da Constituição, o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que dantes ficava na parte organizacional da Lei Maior - separação de poderes e distribuição de competências, enquanto forma jurídica de neutralidade aparente, típica do constitucionalismo do Estado liberal - se transportou para a parte substantiva, de fundo e conteúdo, que entende com os

direitos fundamentais e as garantias processuais da liberdade, sob a égide do Estado social.” (1). E mais adiante arremata: “Não há constitucionalismo sem direitos fundamentais. Tampouco há direitos fundamentais sem a constitucionalidade da ordem material cujo norte leva ao princípio da igualdade, pedestal de todos os valores sociais de justiça” (2).

Do mesmo modo, vincula-se também à questão dos direitos fundamentais a própria existência da democracia. Aliás, NORBERTO BOBBIO, já na introdução de sua obra *A Era dos Direitos*, tratou de ligar um tema ao outro de forma inapartável. Confira-se a seguinte passagem: “Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais...” (3).

Assim é que a aspiração universal de uma ordem política democrática passa necessariamente pela tutela constitucional dos direitos fundamentais, na busca da própria efetividade destes. Afinal, como bem afirmou BOBBIO sobre os direitos do homem, a questão hoje não é a de se saber “quais ou quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados” (4).

Quando se fala em aspiração universal por uma ordem jurídica democrática, ou seja, pela democracia, pode-se provocar até no mais atento observador do mundo uma certa perplexidade sobre o significado de tal expressão. ALAIN TORAINE, demonstrando a dificuldade da abordagem do tema, assevera que “a democracia seria uma palavra bastante pobre se não tivesse sido definida nos campos de batalha nos quais tantos homens e mulheres combateram por ela” (5).

De fato, o conceito mesmo de democracia é dos mais elásticos e difíceis de ser apreendido, ainda mais se consideradas as grandes mudanças históricas ocorridas nos últimos vinte anos. Eis o motivo de ter o referido autor afirmado que “em cada época, a democracia define-se melhor pelos ataques que sofre” (6), como que admitindo ser mais fácil captar o seu sentido a partir da exclusão.

O certo é que por democracia não se pode mais entender singelamente como sendo o governo do povo, ou da maioria. Não mais satisfaz a concepção de uma democracia meramente representativa, o que se aspira, atualmente, e principalmente nos países mais pobres, é por uma “democracia de libertação” (7), onde convivam harmonicamente a concepção

de uma democracia negativa e positiva. Ou seja, o que se procura, a um só tempo, é a afirmação do conceito liberal de liberdades públicas, de limitação do poder estatal em face do indivíduo, e a afirmação das conquistas do estado social, baseado na intervenção do Estado na sociedade, em prol do indivíduo. Dignas de transcrição as palavras de TORAINE: "...a base da democracia é realmente a limitação do poder do Estado e os defensores da liberdade negativa têm razão diante daqueles que deixaram a luta pelas liberdades positivas destruir os fundamentos institucionais da democracia; no entanto, tal posição liberal não pode chamar de democráticos aqueles regimes em que o poder do Estado é limitado pelo poder da oligarquia ou pelas tradições locais. O reconhecimento dos direitos fundamentais estaria esvaziado de conteúdo se não viesse a proporcionar segurança a todos e ampliar constantemente as garantias legais e as intervenções do Estado visando a proteção dos mais fracos. Nos países mais pobres e dependentes, trata-se de garantir a todos, antes de tudo, o direito de viver, o que está longe de ser reconhecido concretamente em muitas partes do mundo, em particular, na África. Hoje em dia, a ação democrática baseia-se na associação cada vez mais estreita dessa democracia negativa, que protege a população do arbítrio ruinoso do poder, com uma democracia positiva, isto é, do aumento do controle do maior número de pessoas sobre sua própria existência." (8).

Assim é que o Estado não pode ser encarado como um quase-inimigo do cidadão, como entendiam os liberais clássicos, que a todo tempo preocupavam-se tão-somente em limitar os poderes estatais. Afinal, como bem anota AFRANIO SILVA JARDIM, "é justamente a progressiva intervenção estatal na vida social que tem impedido que as desigualdades de classes tornem ainda mais opressora a ordem econômica vigente nos países do Terceiro Mundo" (9).

Nesta linha, tem-se o processo, hoje, como um dos mais fortes instrumentos do cidadão em sua participação efetiva na ordem política. O indivíduo, valendo-se da categoria jurídica do processo, participa mais ativamente da vida do Estado, até mesmo provocando a intervenção estatal em prol de seus próprios interesses e do grupo social a que pertence. A moderna concepção instrumental positiva do Direito Processual trouxe para o cidadão outras formas de participação na vida estatal, que não aquelas tradicionais, fruto de sua manifestação nas urnas. Com efeito, deixou o processo nos dias atuais de ser tratado apenas sob a ótica da técnica jurídica, para ser encarado como verdadeiro "instrumento a serviço da paz social" (10) ou meio de "acesso à ordem jurídica justa" (11).

Em esplêndida monografia, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO detalha a moderna função do processo e a correlata conscientização desta função que deve ter o operador do direito. Merecem ser conferidas as palavras do ilustre professor: "O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem

constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o microcosmos democrático do Estado-de-Direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade" (12). E arremata mais adiante: "Pela visão tradicional da justiça e do processo, à moda do Estado liberal oitocentista e da processualística das primeiras décadas deste século, no fazer cumprir a lei exauria-se a idéia de promover justiça mediante o exercício da jurisdição; e o processo achava-se já então dissociado do pensamento social de seu tempo...O que mudou de lá para cá, na mentalidade do processualista, foi a sua atitude em face das pressões externas sofridas pelo sistema processual: ele quer que o processo se ofereça à população e se realize e se enderece a resultados jurídicos-substanciais, sempre na medida e pelos modos e mediante as escolhas que melhor convenham à realização dos objetivos eleitos pela sociedade política." (13).

Assim é que, pelo aperfeiçoamento da categoria jurídica processo, com a ampliação dos atores processuais (14), principalmente no que se refere aos conflitos de normas e atos infraconstitucionais com os princípios insculpidos na Lei Maior, exsurge o Poder Judiciário no século XXI como o guardião por excelência dos valores democráticos (15), superando as naturais "ambigüidades do processo legislativo", para usar a feliz expressão de SÉRGIO FERRAZ (16).

### **III. CONFRONTANDO OS PRINCÍPIOS DA VERDADE REAL E DA VEDAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL**

É de rigor científico falar-se em uma teoria geral do processo. Com efeito, já a própria Constituição Federal, ao especificar princípios que regem o processo, o faz tanto para o processo civil, como para o processo penal. ADA PELLEGRINI GRINOVER, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO e ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, no seu já clássico *Teoria Geral do Processo*, defendem a unidade teórica desses dois ramos, assim se expressando: "Como é uma a jurisdição, expressão do poder estatal igualmente uno, uno também é o direito processual, como sistema de princípios e normas para o exercício da jurisdição. O direito processual como um todo decorre dos grandes princípios e garantias constitucionais pertinentes e a grande bifurcação entre processo civil e processo penal corresponde apenas a exigências pragmáticas relacionadas com o tipo de normas jurídico-substanciais a atuar." (17). Não é outra a lição do saudoso JOSÉ FREDERICO MARQUES que, à sua época, já afirmava que "em suas linhas mestras, a estruturação processual da justiça penal não difere daquela que envolve a jurisdição civil. O processo, como instrumento

de atuação da lei, é um só. Regras procedimentais diversas que, em um e outro, possam existir, não constituem motivo suficiente para fazer-se do processo civil e do processo penal categorias estanques. Ambos se filiam a um tronco, comum, que é a teoria geral do processo. O poder jurisdicional e o processo em nada diferem, quer se projetem sobre uma lide de direito privado, quer atuem no campo da pretensão punitiva em conflito com o direito de liberdade." (18).

Assim, as observações que fizemos no tópico anterior são válidas para a categoria jurídica processo, tanto fazendo tratar-se de processo civil ou penal. O certo é que deve ser o processo considerado filosófica e ideologicamente como um instrumento para uma democracia de libertação, como já frisamos.

Especificamente quanto à função democrática do processo penal, **AFRÂNIO SILVA JARDIM**, salientando tratar-se de um instrumento ético, afirma que a lide penal deve pautar-se segundo os ditames da Constituição e da lei, para garantir exatamente a prevalência do interesse social sobre o individual (19).

Destarte, toda a discussão sobre o confronto entre o princípio da verdade real e o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo penal deverá ser iluminada pelos valores éticos agasalhados pela Constituição.

Sendo o processo o instrumento da jurisdição, categoria jurídica essencial para o alcance de uma ordem jurídica justa, parece ser claro que, ao menos filosoficamente falando, deve o processo colimar a verdade dos fatos objeto do litígio posto em julgamento. Assim, no plano de uma teoria geral, só se admite um processo que vise apurar a verdade. Nesta ordem de idéias, tanto o processo civil como o processo penal devem perseguir a obtenção de uma verdade material.

Ocorre, porém, que por razões de ordem prática e, bem assim, em nome da própria estabilidade das relações jurídicas postas em litígio, o ordenamento jurídico permite, com relação a determinadas cepas de bens, que se satisfaça o julgador apenas com os fatos que lhe são trazidos para conhecimento. Tal ocorre quando se está diante de interesses eminentemente privados. Eis o motivo de usualmente se afirmar que o processo civil é presidido pelo princípio da verdade formal. Afinal, em regra, os interesses opostos nas lides cíveis são de natureza privada e disponíveis, o que faz com que o juiz se satisfaça com as provas que lhe são apresentadas pelas próprias partes (20). Mas há exceções, por certo, de que são exemplos todas as categorias de interesses cíveis tuteladas especialmente pelo ordenamento jurídico. É o caso, por exemplo, quando se está diante de interesses de incapazes. Em tais casos, o processo retoma, em nome dos relevantes interesses postos em jogo, ainda que de natureza não penal, a plena aplicação do princípio da verdade real. O que outorga ao magistrado plenos poderes de investigação.

Já na esfera penal tem-se exatamente o oposto. A regra é a indisponibilidade dos interesses em jogo pelas partes da lide. Nem poderá o Ministério Público, de comum, deixar de perseguir o *jus puniendi* do Estado, e tampouco poderá o réu deixar de bem defender-se, abrindo mão de seu *jus libertatis*. *Jus puniendi* de um lado, e *jus libertatis* de outro. Eis as duas categorias de interesses indisponíveis postas em jogo nas lides penais. Evidente, pois, que não pode o magistrado colocar-se diante de tais categorias de direitos como se estivesse diante de singelos interesses privados disponíveis. Assim, como bem salienta o eminente processualista TOURINHO FILHO, “no Processo Penal o Juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar base certa à justiça.” (21). E arremata o ilustre doutrinador: “A natureza pública do interesse repressivo exclui limites artificiais que se baseiam em atos ou omissões das partes. A força incontestável desse interesse consagra a necessidade de um sistema que assegure o império da verdade, mesmo contra a vontade das partes.” (22). Não é outra a lição do clássico MALATESTA, cujas palavras merecem destaque: “...o fim supremo do processo judiciário penal é a verificação do delito, em sua individualidade subjetiva e objetiva. Todo o processo penal, no que respeita o conjunto das provas, só tem importância do ponto de vista da certeza do delito, alcançada ou não. Qualquer juízo não se pode resolver senão em uma condenação ou absolvição e é precisamente a certeza conquistada do delito que legitima a condenação, como é a dúvida, ou, de outra a não conquistada certeza do delito, que obriga à absolvição.” (23).

Todavia, a busca dessa verdade real deve sofrer limitações éticas, em nome da própria instrumentalidade do processo.

Com efeito, discute-se, de longa data, aqui e no exterior, sobre a possibilidade de, em nome de uma verdade material suprema que deve presidir o fim do processo penal, serem admitidas provas colhidas ilícitamente.

Há duas posições extremas na doutrina e na jurisprudência estrangeira: uma, admitindo no processo a prova colhida ilícitamente; a outra, não a admitindo, em absoluto.

Em relação à primeira posição, o que se tem em mente é a obtenção da verdade material. Assim, a prova ilícita deve ser admitida e valorada pelo julgador, sendo de se punir, todavia, o responsável pelo ato ilícito da colheita da prova.

Já em relação à segunda corrente, em nome da ética processual, o Estado não poderia compactuar, em hipótese alguma, com um ato desvirtuado da legalidade. Assim, vulnerados princípios agasalhados pela Constituição, tais como, o direito à intimidade e a dignidade da pessoa hu-

mana, estaria contaminado irremediavelmente o material carreado aos autos do processo, fazendo com que este sequer viesse a configurar prova.

Entre os dois extremos, doutrina e jurisprudência estrangeira apontam para situação intermediária. É o caso da teoria da proporcionalidade do direito alemão. Por esta teoria, ainda que considerada, em regra, vedada a admissão da prova ilícita, em situações verdadeiramente excepcionais, poder-se-ia, em nome de outros princípios também agasalhados pela constituição, valer-se o juiz da prova ilícita(24).

Questão outra que também merece ser abordada sobre o tema da prova ilícita, é aquela da contaminação de provas que, ainda que regularmente colhidas, só o foram em consequência de uma prova anterior viciada de ilicitude.

A questão que se coloca é se tais provas, em si mesmas consideradas lícitas, ficariam maculadas pela ilicitude anterior relativa à prova primitiva, da qual eram dependentes. São as chamadas provas ilícitas por derivação, que têm na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana a grande fonte de inspiração.

A Suprema Corte norte-americana, em 1962, no caso "Wong Sun v. United States", firmou o entendimento de que seriam igualmente ilegítimas as provas obtidas através da prova ilícita. Tal entendimento reiterado ficou conhecido como a teoria dos frutos da árvore envenenada. Todavia, apontam ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO SCARANÇE FERNANDES e ANÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO (25), a própria Suprema Corte norte-americana tratou de excepcionar a regra do "envenenamento" de tais provas, nos casos de vínculo remoto entre a prova viciada e as demais provas e, ainda, nos casos em que a descoberta das provas seria inevitável.

A grande divisora de águas sobre o tema das provas ilícitas no Brasil, sem dúvida, foi a Constituição de 1988. Até então, a questão não era colocada de forma uniforme pela doutrina ou jurisprudência. Saliente-se, contudo, que nos últimos anos que antecederam à promulgação da vigente Carta Política, foi possível observar-se uma tendência no sentido da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, com algum temperamento para a aplicação do princípio da proporcionalidade oriundo do direito alemão (26).

Após a Constituição de 1988, porém, nenhuma dúvida pode haver sobre o tema. Afinal, o inciso LVI do artigo 5º foi peremptório ao dizer que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". A dicção é clara e cristalina. Trata-se de norma de eficácia plena e imediata aplicabilidade. Não faz distinção entre processo penal ou civil. Além disso, a própria norma constitucional traz ínsita a sanção por sua inobservância. Assim, prova materialmente ilícita é prova processualmente ilegítima, daí sua imprestabilidade para todo fim processual. Provas

ilícitas devem ser extraídas dos autos processuais e consideradas nulas as decisões que nelas se embasaram.

O Supremo Tribunal Federal, de seu turno, fiel à corrente que já vinha delineando mesmo antes da Constituição de 1988, tem-se mantido firme na defesa da nova garantia constitucional, até mesmo ampliando sua literalidade, adotando, por exemplo, a teoria dos frutos da árvore envenenada do direito norte-americano (27). Do mesmo modo, firme é a doutrina que não mitiga, sob nenhuma hipótese, o alcance da garantia constitucional, tendo como norte certo a moderna instrumentalidade positiva do processo, a supremacia e a força normativa da Constituição (28).

De fato, outra não poderia ser a interpretação dada ao inciso LVI do artigo 5º da Lei Fundamental. Afinal, como deixamos consignado em outra oportunidade, **“direitos e garantias fundamentais devem ser interpretados com amplitude máxima, sem mesquinhasias, mas com o carinho e respeito reverencial que estes merecem. Não há espaço para mitigações.”** (29).

**LUIZ ROBERTO BARROSO**, em primoroso ensaio publicado na RDA nº 213, aborda o tema com a sua usual precisão, alertando, inclusive, para o cuidado especial que os juristas devem ter com a nova garantia, lembrando a tradição e os antecedentes históricos, até recentes, de nosso país. Valem ser transcritas as palavras de alerta do eminente professor: **“Embora a idéia da proporcionalidade possa parecer atraente, deve-se ter em linha de conta os antecedentes de País, onde as exceções viram regra desde sua criação (vejam-se, por exemplo, as medidas provisórias). À vista da trajetória inconsistente do respeito aos direitos individuais e da ausência de um sentimento constitucional consolidado, não é nem conveniente nem oportuno, sequer de *lege ferenda*, enveredar por flexibilizações arriscadas”** (30).

Do que se disse até aqui, podem ser extraídas as seguintes conclusões:

1. O direito processual moderno possui preocupações éticas e grande comprometimento com os direitos fundamentais, o que o torna um dos mais eficazes instrumentos da ordem democrática;

2. A afirmação feita no item anterior, por óbvias razões, em tudo vale especificamente para o direito processual penal;

3. O princípio da verdade real tem limitações de ordem ética, dentre as quais se destaca a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos;

4. O Egrégio Supremo Tribunal Federal, que desde antes da Constituição de 1988 já havia delineado jurisprudência pela inadmissibilidade das provas ilícitas, após a nova Lei Fundamental cristalizou em definitivo

aquela posição, inclusive, ampliando-a com a aceitação da doutrina norte-americana dos frutos da árvore envenenada;

5. A melhor hermenêutica do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas é aquela que lhe dê amplitude máxima, que não a mitigue sob qualquer pretexto.

#### IV. HERMENÊUTICA DO ART. 5º DA LEI Nº 9.296/96

A Constituição de 1988 foi pródiga, como nenhuma outra de nossas Cartas antes o fora, em reconhecer direitos fundamentais e garanti-los. No inciso X, do artigo 5º, tratou de reconhecer expressamente o direito à intimidade e, no mesmo passo, logo no inciso XII, do mesmo artigo, cuidou de especificar o sigilo das comunicações *lato sensu*. Em relação a este último dispositivo, todavia, estranhamente, e neste ponto guardando certa similitude com a Carta de 1937, tratou de abrir espaço para mitigar a inviolabilidade assegurada genericamente.

De fato, todas as outras constituições brasileiras anteriores, com exceção daquela outorgada por Vargas, quando trataram do sigilo das comunicações *lato sensu*, fizeram-no de forma peremptória, não abrindo espaço nem mesmo para que a lei ordinária viesse a diminuir o alcance da inviolabilidade nelas fixada. Confira-se o art. 179, 27, da Constituição de 1824, o art. 72, par. 18, da Constituição de 1891, o art. 113, 8, da Constituição de 1934, o art. 141, par. 6º, da Constituição de 1946, o art. 150, par. 9º, da Constituição de 1967, e o art. 153, par. 9º, da Constituição de 1969.

A mitigação do alcance da inviolabilidade prevista genericamente no inciso XII, do art. 5º, da Carta Política de 1988, segundo a melhor doutrina, dirige-se exclusivamente para as comunicações telefônicas. Assim, "por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal" poderá ser violado o sigilo das comunicações telefônicas.

Tem-se, então, pela redação do dispositivo, que apenas as comunicações telefônicas (31) (não as correspondências, nem as comunicações telegráficas, e tampouco as de dados), para os exclusivos fins de investigação criminal ou instrução processual penal, poderão ter o seu sigilo quebrado, por ordem judicial, nos exatos termos da lei.

Para o fim específico de nosso estudo, cabe especial atenção, em primeiro lugar, para a exigência constitucional de que a quebra do sigilo telefônico seja feita nos exatos termos da lei.

De fato, nossos tribunais vinham entendendo de maneira praticamente uniforme que na inexistência da lei referida no citado inciso XII, do art. 5º, seria inviável a interceptação telefônica. Assim, as gravações de

escutas telefônicas, mesmo autorizadas por ordem judicial, enquadrar-se-iam na categoria de prova ilícita e, como tais, não poderiam ser admitidas no processo, nem consideradas pelo julgador para qualquer fim. Paradigmático foi, neste sentido, a decisão do STF no HC nº 69.912-0 - RS, cuja ementa se transcreve abaixo:

**CONSTITUCIONAL - PENAL - PROVA ILÍCITA -  
'DEGRAVAÇÃO' DE ESCUTAS TELEFÔNICAS -  
C.F., ART. 5º, XII - LEI Nº 4.117, DE 1962, ART. 57,  
II, 'e' - HABEAS CORPUS: EXAME DA PROVA -**

I - O sigilo das comunicações poderá ser quebrado, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual (C.F., art. 5º, XII). Inexistência da lei que tornará viável a quebra do sigilo, dado que o inciso XII do art. 5º não recepcionou o art. 57, II, 'e', da Lei 4.117, de 1962, a dizer que não constitui violação de telecomunicação o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste. É que a Constituição, no inciso XII do art. 5º, subordina a ressalva a uma ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida em lei.

Com o surgimento da lei aludida no dispositivo constitucional em apreço, por certo, as interceptações telefônicas deverão obedecer aos seus exatos e precisos termos. Não pode haver espaço para criação do juiz. Este, ao deferir a quebra do sigilo telefônico de quem quer que seja, para fins processuais penais, deverá fazê-lo nos limites da lei reguladora - Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Neste momento, deverá estar presente no espírito do julgador a excepcional situação da quebra do sigilo telefônico. A regra, o natural, é exatamente o contrário, ou seja, o respeito do Estado ao fundamental direito de intimidade.

Por este raciocínio, andou mal o legislador infraconstitucional ao definir no artigo 2º da Lei nº 9.296/96 os casos em que não poderia haver a quebra do sigilo. Ao revés, a melhor técnica legislativa, aquela que atenderia ao espírito da Lei Maior, impunha que se definissem os casos em que, excepcionalmente, caberia a quebra. Agindo desta maneira, o legislador passou a falsa idéia de que a regra é a possibilidade do Estado invadir a intimidade do cidadão...

Passemos à análise do prazo de que trata o artigo 5º, da Lei 9.296/96, como nos propusemos de início.

Reza o referido dispositivo:

**Art. 5º. A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.**

O dispositivo refere-se a um prazo máximo de quinze dias, renovável por igual tempo, num total de trinta dias.

A questão que se coloca, então, é se, não obstante os prazos fixados pela lei para que se faça a interceptação, poderá o juiz, atento às circunstâncias da investigação, permanecer renovando as autorizações de quebra.

Doutrinadores do quilate de **DAMÁSIO DE JESUS, VICENTE GRECO FILHO** e **ANTÔNIO SACARANCE**, entendem ser possível que se façam tantas prorrogações quantas forem necessárias para a boa apuração do ilícito.

O principal argumento daqueles que entendem ser possível fazer-se tantas prorrogações quantas forem necessárias, é que a lei não limitou o número de vezes para a renovação da autorização judicial, sendo que o que importaria, de fato, é a necessidade da medida, de nítida natureza cautelar. Haveria de se aplicar, assim, o princípio da proporcionalidade, relativizando, se necessário, o direito constitucional da privacidade, ainda além do prazo máximo de trinta dias previsto no artigo em análise, se o caso o exigir.

Todavia, por tudo o que se tem dito até aqui, d.m.v., não nos parece ser esta a melhor solução interpretativa.

Já deixamos registrada nossa posição de que **“direitos e garantias fundamentais devem ser interpretados com amplitude máxima, sem mesquinhasias, mas com o carinho e respeito reverencial que estes merecem. Não há espaço para mitigações.”** Parece-nos tranquilo, então, que normas infraconstitucionais que restrinjam direitos e garantias constitucionais devam ser interpretadas em estrita literalidade, jamais de forma ampliativa. Assim, se há um prazo máximo estipulado na lei, em que poderá o Estado suspender o direito de privacidade de um cidadão, este prazo não poderá ser estendido pelo magistrado.

Entendimento contrário, poderia, ainda que em tese, fazer com que a exceção se transnudassem em regra. Não quisesse a lei estipular um prazo máximo, e deixar ao alvedrio do juiz o tempo de duração da quebra do sigilo, não teria fixado prazo algum e tratado de, expressamente, declarar a faculdade de perenizar a medida. Todavia, foi exatamente o contrário que ocorreu. Com efeito, o Projeto Miro Teixeira previa a possibilidade de renovação da medida, por períodos iguais e sucessivos, indeterminadamente; prevaleceu, porém, o entendimento no Congresso que assim não deveria ser, e que um prazo máximo de duração da medida deveria ser fixado.

Lembre-se o alerta do professor **LUÍS ROBERTO BARROSO** acima transcrito. De fato, até por razões de ordem prática, em respeito à

experiência histórica de nosso país, não se pode restringir o alcance de direitos e garantias fundamentais.

Não é outra a lição de KONRAD HESSE, no seu *A Força Normativa da Constituição*: “Todos os interesses momentâneos - ainda quando realizados - não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda. Como anotado por Walter Burkhardt, aquilo que é identificado como vontade da Constituição ‘deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático’. Aquele, que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, ‘malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado.’ (32).

De toda forma, se a doutrina não tem sido uniforme sobre o tema, havendo, inclusive, a posição dos doutrinadores acima apontados, a matéria parece estar tomando delineamento seguro em nossos tribunais, principalmente no Egrégio Supremo Tribunal Federal, com o acolhimento da tese por nós esposada. Paradigmática, nesta linha, a decisão liminar do Ministro MARCO AURÉLIO, no *Habeas Corpus* nº 80.288 - RJ, publicada no DJ de 01.08.2000, na qual, coerente com a jurisprudência da Suprema Corte, abordou o assunto da seguinte forma: “...A escuta telefônica consubstancia exceção, e, assim, os preceitos que, a partir do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, regem-na hão de ser interpretados de forma estrita, e não elástica. O balizamento temporal do art. 5º da Lei nº 9.296/96 não pode ser ultrapassado, pouco importando a repercussão do crime perpetrado. O prazo de quinze dias, renovável apenas por igual período, deve ser observado...”.

Outra questão relevante que se pode colocar sobre o tema, e que se apresenta como consequência do reconhecimento da tese da impossibilidade da prorrogação do prazo máximo previsto no multicitado artigo 5º da Lei nº 9.296/96, é a da imprestabilidade das provas colhidas durante a ampliação irregular do prazo.

Prevalecendo o entendimento acima defendido, as provas colhidas fora do prazo estabelecido em lei para a medida excepcional ficam irremediavelmente maculadas. Devem ser consideradas como provas ilícitamente colhidas, por terem confrontado norma legal. Impõe-se, pois, a sua nulificação e a sua conseqüente extração dos autos processuais. Do mesmo modo, na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ficam contaminadas todas as provas que se vinculam com as provas colhi-

das fora do prazo legal, pela aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada. E, o principal, nula é a decisão que se amparou naquelas provas ilegítimamente introduzidas no processo.

### NOTAS:

1. *In Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 537.

2. obra citada, p. 554.

3. p. 1.

4. obra referida, p. 25.

5. *In O que é a Democracia?* Rio de Janeiro: Vozes, 1996, p. 21. Do mesmo modo, após discorrer sobre as belezas do regime, reconhece **BONAVIDES**, em seu *Ciência Política*, que "**raros termos em ciência política vêm sendo objeto de tão freqüentes abusos e distorções quanto a democracia**".

6. Obra citada, p. 25.

7. Obra citada, p. 21.

8. Obra citada, p. 51.

9. *In Direito Processual Penal*, Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 450.

10 e 11. Expressões utilizadas por Cintra, Grinover e Dinamarco, no seu *Teoria Geral do Processo*.

12. *In A Instrumentalidade do Processo*, São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 25.

13. Obra citada, p. 156. Vale conferir, também, o excelente *Novas Linhas do Processo Civil*, de **LUIZ GUILHERME MARINONI**.

14. Confira-se a profética obra de **PETER HÄRBERLE**, *Hermeneutica Constitucional - A Sociedade dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição*.

15. Deixamos registrado, alhures, que "o Poder Judiciário, na imensa maioria dos povos civilizados, assume de vez neste fim de século a função de derradeiro guardião dos direitos fundamentais e não apenas das constituições". *In A Emenda do Judiciário - Quem Garantirá as Garantias?*, Revista da EMERJ v.3, nº 10. 2000, p.202.

16. O ilustre professor utilizou-se da expressão por ocasião do X Congresso de Direito Administrativo, realizado na cidade de Curitiba, em 1996. Aliás, as contradições intrínsecas do processo legislativo não são privilégio do Brasil. **ROBERT ALEXY**, aponta para tal fenômeno como típico de todo e qualquer parlamento. Confirmam-se as palavras do publicista no artigo intitulado *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*, publicado na RDA nº 217, especificamente no tópico "Representação Política e argumentativa", p. 66.

17. p. 48.

18. *In Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Book-seller, 1997, p. 29, vol. I.

19. Obra citada, p. 451.

20. Ainda assim, mesmo em casos onde predomine interesses disponíveis, deve o magistrado valer-se de seus deveres-poderes de zelar pelo escoreito desenvolvimento do processo, prevenindo e reprimindo atos contrários à dignidade da Justiça (art. 125, III, do CPC). Para tanto, pode e deve o juiz determinar de ofício a produção das provas que entenda necessárias ao seu convencimento (art. 130, do CPC), sequer estando adstrito ao conteúdo de laudos periciais (art. 436, do CPC).

21. *In Processo Penal*, vol. 1, p. 37.

22. Obra citada, vol. 1, p. 38.

23. *In A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, vol. 1, p. 88.

24. Ilustre representante de tal teoria no Brasil é o eminente professor **JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA**.

25. *In As Nulidades no Processo Penal*, p. 135/136.

26. **GRINOVER**, **SCARANJE** e **GOMES FILHO**, na obra citada, p. 138/139.

27. Confirmam-se especificamente os votos dos Ministros **SEPÚLVEDA PERTENCE**, **FRANCISCO REZEK** e **ILMAR GALVÃO**, no julgamento do HC 69.912-0 RS.

28. Em tudo, o pensamento uniforme de **ADA PELLEGRINI GRINOVER**. Registramos nossa posição contrária àqueles que entendem ser mitigação ao princípio constitucional em estudo, as provas colhidas pelo réu, em seu benefício, com inobservância da lei. Em verdade, na chamada prova ilícita *pro reu* não há ilicitude alguma, eis que esta é excluída pela excludente da legítima defesa.

29. Artigo citado, p. 126/127.

30. In *A viagem Redonda: Habeas Data, Direitos Constitucionais e as Provas Ilícitas*. RDA nº 213, p. 162.

31. O parágrafo único, do artigo 1º, da Lei nº 9.296/96, enveredou em inconstitucionalidade ao permitir a interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. Com efeito, a Constituição não se refere a comunicação "por via de técnicas de telefonia", mas em "comunicação telefônica", claramente referindo-se àquela forma de comunicação telefônica que se faça por meio da voz. V.g., confirmaram-se as palavras de GRINOVER, SCARANCE e GOMES FILHO, na já citada obra *As Nulidades no Processo Penal*, p. 181.

32. P. 21/22.

### BIBLIOGRAFIA:

- ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. In Revista de Direito Administrativo, nº 217, julho/setembro de 1999.

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito processual*, 2a. série. São Paulo: Saraiva, 1984.

- BARROSO, Luís Roberto. *A viagem Redonda: Habeas Data, Direitos Constitucionais e as Provas Ilícitas*. In Revista de Direito Administrativo, nº 213, julho/setembro de 1998.

- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

.....*Ciência Política*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

- FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.

- HÄRBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A Sociedade dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação*

*Pluralista e "Procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997.

- **HESSE**, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor. 1991.

- **JARDIM**, Afranio Silva. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

- **MALATESTA**, Nicola Framarino Del. *A lógica das Provas em Matéria Criminal*. São Paulo: Conan Editora. 1995.

- **MARINONI**, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

- **MARQUES**, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997.

- **MATTA**, José Eduardo Nobre. *A Emenda do Judiciário - Quem Garantirá as Garantias?*, Revista da EMERJ v.3, nº 10. 2000, p.202.

- **TOURINHO FILHO**, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva. 1989.

- **TORAINÉ**, Alain. *O que é a Democracia?* Rio de Janeiro: Vozes, 1996.

# QUESTÕES PROCESSUAIS ENVOLVENDO PROPRIEDADE INDUSTRIAL

JOSÉ ANTÔNIO LISBÔA NEIVA<sup>1</sup>

Sumário: 1. Introdução. 2. Competência. 3. Tutela provisória. 4. O INPI na relação processual.

## 1. INTRODUÇÃO

Em decorrência de conflitos de interesses em matéria de propriedade industrial, são cabíveis diversas ações perante o Poder Judiciário.

Viável o ajuizamento de ação de nulidade de patente ou de registro (art. 56, 118 e 173 da Lei 9.279/96), sustentando o autor a concessão de modo irregular. Por outro lado, admissível postulação visando tutela condenatória no sentido da concessão de tais direitos, quando negados pela autarquia federal com atribuição para o exercício de tal controle (Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI)<sup>2</sup>.

A legislação prevê, ainda, a possibilidade de adjudicação judicial de patente ou de registro, nos termos dos artigos 49 e 166, sendo a ação direcionada, a princípio, em face do suposto usurpador.<sup>3</sup>

Outrossim, em virtude de possíveis condutas reprováveis (vide artigos 183, 187, 189 e 195 da Lei 9.279/96), cabível propositura de ação visando tutela inibitória,<sup>4</sup> com base no art. 461 do Código de Processo Civil. Seria o caso, v.g., de ação de cunho preventivo no intuito de impedir indevido uso da marca autoral.

Todavia, em caso de concretização da lesão, a jurisprudência tem vários julgados relativos à postulação ressarcitória, por perdas e danos, como autorizado pelo art. 209 da Lei 9.279/96.

## 2. COMPETÊNCIA

Dependendo da pretensão autoral, a competência será da justiça estadual ou federal para exame e solução do conflito de interesses posto em juízo.

Na hipótese de ação de nulidade de patente ou registro, a ensejar eventualmente reconhecimento de invalidade de ato administrativo do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), autarquia federal, in-

1 Juiz Federal da 11ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro

2 Athos Gusmão Carneiro sustenta o exercício de administração pública dos interesses privados por tal ente (Jurisdição e Competência, Saraiva, 2ª ed., pág. 33/34)

3 Falamos "a princípio" porque há controvérsia quanto a necessidade do litisconsórcio, na hipótese, com a presença do INPI no pólo passivo. A questão será abordada adiante.

4 A aludida tutela objetiva prevenção, evitando-se ocorrência de evento danoso. A respeito do tema, vale conferir Luís Guilherme Marinoni", RT, 1998.

dispensável sua inclusão na relação processual no pólo passivo, quando a mesma não for a autora da aludida ação (arts. 57, 118 e 175).

Dessa forma, se mostraria indiscutível a competência da justiça federal para exame do pedido, por força do inciso I do art. 109 da Constituição Federal<sup>5</sup>.

Há divergência envolvendo a mencionada ação de adjudicação com suporte no art. 6º *septies* da Convenção de Paris e arts. 49 e 166 da Lei 9.279/96.

*Lélio Denicoli Schmidt* sustenta que a justiça estadual seria a competente, na medida em que o INPI não poderia "pleitear para si a adjudicação do registro da marca nem esta poderá ser dele exigida, já que não é ele quem está a indevidamente ocupar a posição de titular do domínio."<sup>6</sup>

Já *Gert Dannemann e Kátia Braga de Magalhães* defendem o litisconsórcio passivo necessário, com presença do INPI, e conseqüente competência da Justiça federal, nos seguintes termos: "pode-se afirmar que o INPI integrou a relação jurídica de direito material, tendo o mesmo, ao praticar o ato administrativo concessivo do direito de propriedade, dado causa ao litígio travado em ações de adjudicação. Por isso mesmo, não há que se negar, tendo em vista o disposto no art. 47 do CPC, a qualidade da referida autarquia como litisconsorte passiva necessária, ficando como demandada ao lado do titular do direito sobre o sinal adjudicado."<sup>7</sup>

Entendo que esta última seria a melhor solução, na medida em que a sentença constitutiva<sup>8</sup> produzirá efeitos em relação ao INPI, o qual deverá se sujeitar à imutabilidade do comando decisório, a inviabilizar questionamento de sua parte à adjudicação judicial.

Ainda sobre o tema da competência, em diversas ações propostas perante a justiça federal o autor formula cumulação de pedidos, envolvendo, por exemplo, um de nulidade de registro e outro de perdas e danos ou de abstenção de uso de marca.

Não resta dúvida que a justiça federal é competente, em razão da presença compulsória da autarquia federal, nas ações de nulidade de ato

---

5 Sobre o tema, genericamente, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, in "Competência Cível da Justiça Federal", Saraiva, 1998, pág. 55, Raquel Fernandez Perrini, in "Competência da Justiça Federal Comum", Saraiva, 2001, pág. 154.

6 Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, nº 31/16.

7 Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, nº 39/7. Admitindo a competência da Justiça Federal no caso em tela: Juiz Guilherme Couto de Castro, 19ª vara federal/RJ, nos autos do proc. 2000.510100747-7; Lilliane do E. S. Roriz de Almeida, 21ª vara federal/RJ, nos autos do proc. 704583-2.

8 As partes serão colocadas em uma nova situação jurídica. No que se refere à adjudicação compulsória de imóvel, destaca a natureza constitutiva da sentença: Ricardo Arcoverde Credie, "Adjudicação Compulsória", RT, 4ª ed., pág. 28, Pedro Henrique Távora Niess, in "Ação de Adjudicação Compulsória", Saraiva, 1989, pág. 118; Cândido Rangel Dinamarco, in "Execução Civil", Malheiros, 5ª ed., pág. 108.

administrativo concessivo, condenatórias visando a obtenção de registro ou patente e de adjudicação.

No entanto, se mostraria processualmente inviável a cumulação com pedido vinculado à competência da justiça estadual.

As ações de perdas e danos, ou de condenação no sentido de abstenção do uso de marca, p. ex., envolvem pessoas não enquadradas no inciso I do art. 109 da Constituição Federal.

Dessa forma, tais ações são da alçada estadual.

O Superior Tribunal de Justiça chegou a decidir que a justiça estadual deveria "processar e julgar ação ordinária aforada para impedir registro de marca ainda não registrada no INPI que, intimado, manifestou-se nos autos negando interesse no feito."<sup>9</sup>

O inciso II do § 1º do art. 292 do CPC seria obstáculo à reunião de pedidos, face a incompetência absoluta da justiça federal para julgamento de postulação destinada ao órgão judiciário estadual.

Mister salientar que a conexidade entre as ações não poderia servir de fundamento.

A uma, porque o art. 102 do CPC dispõe que só critério de competência de natureza relativa poderia ser alterável por conexão<sup>10</sup>. A competência da justiça federal é de natureza absoluta.

A duas, a competência da justiça federal tem suporte unicamente constitucional, de forma expressa e enumerada no art. 109. Lei não poderia ampliar o rol estabelecido na Constituição.

Neste sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça, no CC 7.140-2/SC, rel. Min. *Garcia Vieira*:

*"Competência – Ação de indenização civil cumulada com declaratória – Necessidade de desmembramento.*

*I – Impossibilidade de cumulação de ações se, para uma a competência é da Justiça Estadual e, para outra, a Federal.*

*II – .....*

*III – Determinado o desmembramento dos processos e declarada a competência da Justiça Estadual para apreciar e julgar a ação de indenização civil e a Justiça Federal para processar e julgar a ação declaratória intentada contra a União."*

(RSTJ 62/33)

9 4ª Turma, Resp. 247.630/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU 11/06/2001, pág. 228.

10 Theotônio Negrão ressalta que o critério de competência absoluta não é modificável por conexão ou continência, com citação de vários julgados, inclusive do STF e STJ (Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, Saraiva, 32ª ed., pág. 209, Nota 2 ao art. 102).

Ainda:

*"A conexão não implica na reunião de processos, quando não tratar de competência relativa — art. 102 do CPC. A competência absoluta da Justiça Federal, fixada na Constituição, é improrrogável por conexão, não podendo abranger causa em que a União, autarquia, fundação ou empresa pública federal não for parte."* (2ª Seção, CC 832 — MS, rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, DJU 29/10/90, pág. 12.119)

Finalmente, deliberação na RSTJ 60/67, rel. Min. Sálvio de Figueiredo:

*"Competência. Conflito. Juízo Federal e Juízo Estadual. Conexão. Declaratória proposta contra banco credor e entes federais em litisconsórcio perante a Justiça Federal. Execução e ação de depósito ajuizadas pelo devedor contra Banco Estadual credor. Inocorrência. Competência absoluta. Art. 102, CPC Art. 109, da Constituição.*

*I — Nos termos do art. 102, CPC, a competência prorrogável por conexão ou continência é somente a relativa.*

*II — A competência da Justiça Federal, fixada na Constituição, somente pode ser ampliada ou reduzida por emenda constitucional, contra ela não prevalecendo dispositivo legal hierarquicamente inferior.*

*III — Não há prorrogação da competência da Justiça Federal se em uma das causas conexas não participa ente federal."*

Encerrando o assunto, no que se refere ao problema da competência, cabe destacar que o fato do INPI ter sede no Rio de Janeiro em absoluto impediria o ajuizamento da ação em outra localidade, desde que o co-réu tenha domicílio em outra Seção Judiciária.

Vale conferir julgado do Superior Tribunal de Justiça, no CC 2860/RJ, 2ª Seção, rel. Min. Barros Monteiro, DJU 05/10/92, pág. 17.061:

*"Competência. INPI. CPC, art. 94, parágrafo quarto.*

*Em princípio, o INPI será demandado no Rio de Janeiro, onde tem sua sede. Ao autor, porém, é permitido ajuizar no foro do domicílio do outro réu, se assim preferir (art. 94, parágrafo quarto, do CPC).<sup>11</sup>*

Sendo hipótese de competência concorrente, se mostraria imperitante eventual oferecimento de exceção de incompetência, ante a escolha pelo autor por um dos foros, devendo o juiz rejeitá-la *in limine* com fulcro no art. 310 do Código de Processo Civil.

### 3. TUTELA PROVISÓRIA

A Lei 9.279/96 previu a possibilidade do juiz suspender os efeitos de uma patente concedida (art. 56, §2º e art. 118) ou de um registro de

11 No extinto Tribunal Federal de Recursos já existiam precedentes nesse sentido: AI 47.418-SP, rel. Min. Armando Roldenberg, DJU 03/04/86, pág. 4.658; AI 51.510-SP, rel. Min. Carlos M. Velloso, DJU 02/04/87, pág. 747.

marca (art. 173), parágrafo único), bem como determinar a “sustação da violação ou de ato que a enseje”, nos autos de ação indenizatória (art. 209, § 1º), com eventual concessão de busca e apreensão (§ 2º).

Apesar de inexistir regulamentação específica na lei, possível em tese provimento liminar na ação de adjudicação (arts. 49 e 166)<sup>12</sup>, com base no art. 273 do CPC, e em ação condenatória visando a obtenção de patente ou registro (CPC, art. 461, §3º).

Cabe delimitar a natureza de tais provimentos de índole provisória previstos na Lei 9.279/96, bem como os requisitos necessários para sua concessão.

O parágrafo 2º do art. 56 da LPI dispõe:

*“O juiz poderá, preventiva ou incidentalmente, determinar a suspensão dos efeitos da patente, atendidos os requisitos processuais próprios.”*

Ao tratar de ação de nulidade envolvendo desenho industrial, o legislador fez mera remissão ao aludido artigo (art. 118).

Já o parágrafo único do art. 173 da referida Lei tem a seguinte reação:

*“O Juiz poderá, nos autos da ação de nulidade, determinar liminarmente a suspensão dos efeitos do registro e do uso da marca, atendidos os requisitos processuais próprios.”*

Em simples observação, verifica-se que as redações são semelhantes, havendo pouca diferença.

O provimento nos autos da ação de cognição tem natureza de antecipação da tutela definitiva, cujo conteúdo seria declaratório de nulidade.

Sabidamente, há quem não admita a concessão de provimento antecipatório em ações constitutivas ou declaratórias, eis que seria iníquo a provisoriedade envolvendo provimento ligado à certeza do direito.<sup>13</sup>

No entanto, seria viável a antecipação apenas de alguns efeitos de tais provimentos e não de seu conteúdo.<sup>14</sup>

12 Admitindo, no caso, a concessão de tutela antecipada: Carreira Alvim, in “Anais do XIX Seminário Nacional de Propriedade Intelectual”, 1999, pág. 26, ABPI; Gert Dannemann e Kátia Braga de Magalhães, ob. cit., págs. 5/6.

13 Sobre o assunto, vale conferir: Alexandre Câmara, in “Lições de Direito Processual Civil”, Lumen Juris, 2ª ed., vol. 1, págs. 386/387.

14 Essa orientação tem prevalecido na doutrina: Antônio Cláudio da Costa Machado, in “Tutela Antecipada”, ed. Oliveira Mendes, 2ª ed., pág. 496-503, João Batista Lopes, in “Tutela Antecipada”, Saraiva, 2001, pág. 46-51; Nelson Nery Júnior, in “Atualidades sobre o Processo Civil”, RT, 1994, pág. 55/56; Wamhijer-Almeida-Talamini, in “Curso Avançado de Processo Civil, 2ª ed., RT, pág. 351

No caso específico, a suspensão dos efeitos de uma patente ou registro envolve satisfatividade no plano fático, em prol do requerente, a caracterizar o provimento como antecipatório.<sup>15</sup>

Preciso Barbosa Moreira, ao destacar:

*"...pode o juiz, nos termos do art. 273 e seus parágrafos (na redação da Lei nº 8.952), antecipar, total ou parcialmente, os efeitos dessa tutela (por exemplo: suspender a eficácia do ato cuja anulação se pede). (grifo nosso)"*<sup>16</sup>

Mister observar que a expressão "do uso da marca", constante no parágrafo único do art. 173, deve ser entendida como uma decorrência natural da suspensividade do registro, na medida em que, como já visto neste trabalho, inacumuláveis as postulações de nulidade do registro e abstenção de uso da marca, eis que esta última é dirigida em face de pessoa que não se submete à competência da justiça federal.

Questão interessante se refere à duplicidade de formas para a concessão, nos termos do §2º do art. 56, na medida em que a tutela poderia ser incidental ou preventiva.

Curiosamente, inexistente referência no art. 173 à tutela preventiva, mencionando o legislador expressamente que a deliberação ocorreria nos "autos da ação de nulidade."

Parece que o legislador visualizou a possibilidade de ajuizamento de ação preparatória, na hipótese da patente, diante da conveniência de exame técnico a subsidiar o exame sumário do direito, por parte do magistrado.

Nesse caso, admitir-se-ia, em função da urgência, cumulação de pedidos, sendo um de cunho eminentemente cautelar, ligado à prova, e outro de índole satisfativa, utilizando-se a vestimenta cautelar, no intuito de obter a suspensão da patente, diante do elemento probatório coligido.

Apesar do desvirtuamento da via, ao se permitir tutela de cunho antecipatório, vale destacar que não seria a primeira exceção em nosso ordenamento.<sup>17</sup>

Mesmo que se guarde reserva quanto a utilização do procedimento cautelar para obtenção de providência que não seria de simples resguardo, não se pode afastar a opção legislativa nesse sentido.

15 Assim: Lélío Denicoli Schmidt, in "Aspectos Processuais da Antecipação de Tutela no Direito de Marcas", Revista da ABPI, nº 33, pág. 33-45; Teori Albino Zavascki, in "Tutela Jurisdicional e Propriedade Industrial", XVII Seminário Nacional de Propriedade Industrial, Anais, 1997, pág. 71/72. Contra: Carreira Alvim, que visualiza índole cautelar na medida, in "Antecipação de Tutela e Medidas Cautelares em Propriedade Industrial", XIX Seminário Nacional de Propriedade Intelectual, Anais, 1999, pág. 26.

16 "O Novo Processo Civil Brasileiro", 18ª ed., Forense, pág. 101

17 Os alimentos provisionais têm evidente contorno satisfativo, com obtenção por procedimento cautelar, ante autorização legal (CPC, arts. 852/854)

Finalmente, os dispositivos legais fazem menção, como condição para obtenção do deferimento, ao preenchimento dos “requisitos processuais próprios”.

Parece incontestável a aplicabilidade da exigência referente à prova inequívoca da verossimilhança da alegação<sup>18</sup> e do *periculum in mora*, este último referente ao risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Por sua vez, o tratamento genérico dado pelo legislador não pode ser obstáculo à aplicabilidade em tese do inciso II do art. 273 do CPC, na eventualidade de ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou manifesto intuito protelatório do réu.<sup>19</sup>

Nesse caso, a averiguação do abuso dependeria, a princípio, do estabelecimento do contraditório.

Na ação indenizatória, da competência da justiça estadual, é possível que o magistrado conceda tutela no sentido de sustar a violação de direito de propriedade industrial, “ou de ato que a enseje”, nos autos da própria ação (art. 209, § 1º).

Estamos diante de provimento de cunho satisfativo. Todavia, não guarda identidade com o pedido definitivo, indenizatório, nem se constitui em efeito natural do aludido provimento, a caracterizá-lo, pura e simplesmente, como antecipatório da tutela definitiva.

Vale observar que não seria possível imaginar uma tutela provisória (p. ex., de proibição de uso de marca) sem uma definitiva que viesse, posteriormente, a ratificá-la. Isso certamente não ocorreria com uma providência final apenas **ressarcitória**.

Penso que o caminho seria condicionar o deferimento da medida prevista no § 1º à existência de pedido (art. 207) que venha a dar respaldo à tutela liminar, em cumulação objetiva com o indenizatório previsto no *caput* do art. 209 (CPC, art. 292).

Vale observar que, diante da redação do dispositivo, a tutela somente pode ser concedida com base no *periculum in mora*, sendo inaplicável subsidiariamente o inc. II do art. 273 do CPC.

18 A expressão “prova inequívoca da verossimilhança da alegação”, do art. 273 do CPC, aparenta *contraditio in terminis* (assim: Luiz Fux, in “Tutela de Segurança e Tutela de Evidência”, Saraiva, 1996, pág. 348), pois prova inequívoca ensejaria idéia de prova robusta e incontestável, incompatível com exame superficial, em *summario cognitio*. Por isso, há autores que entendem ser o requisito elemento mais intenso que o *fumus bonis iuris* do processo cautelar (Cândido Rangel Dinamarco, “A Reforma do Código de Processo Civil”, Malheiros, 1995, p. 143, Nelson Nery Júnior, ob. cit., p. 51). Contra, identificando o mencionado requisito como sendo o conhecido *fumus boni iuris*: Antônio Cláudio da Costa Machado, ob. cit., págs. 384/386, Alexandre Câmara, ob. cit., p. 388.

19 É a denominada “tutela punitiva”, na expressão de Teori Albino Zavascki, in “Antecipação de Tutela”, Saraiva, 1997, pág. 74, ou “tutela de evidência”, na visão de Luiz Fux, ob. cit., págs. 346/347, Alexandre Câmara, ob. cit., pág. 390.

O legislador autorizou, ainda, que o magistrado pudesse decretar a busca e apreensão de todas as mercadorias, produtos, objetos, embalagens, etiquetas e outros que contivessem a marca falsificada ou imitada (art. 209, § 2°).

Sabidamente, a busca e apreensão pode assumir, conforme o caso, contorno satisfativo (p. ex., art. 625 do CPC, DL 911/69, art. 3°) ou cautelar.<sup>20</sup>

Ovídio Batista da Silva salienta que é admissível a busca “e apreensão como medida incidental de outra demanda, por meio da qual se procede à apreensão de bens a serem arrestados, seqüestrados, ou cautelarmente arrolados; ou de bens que devam ser objeto de perícia, cautelar ou não, e ainda de documentos e livros a serem apreendidos, para ensejar sua exibição, igualmente cautelar ou satisfativa. Essa medida pode ser cautelar, ou não, mas não será uma ação de busca e apreensão”. (grifo nosso, ob. cit.)

A busca e apreensão autorizada na Lei 9.279/96 é medida de natureza satisfativa, ligada à medida prevista no parágrafo anterior. Assim, poderia o juiz liminarmente determinar a proibição de comercialização de produto da ré, com sua retirada do mercado (§ 1° do art. 209). Seria viável ainda, para efetivar a medida anterior, deliberar pela busca e apreensão do produto (§ 2° do mesmo artigo).

Ante a gravidade da medida, o legislador condicionou sua concessão à demonstração de “reprodução ou de imitação flagrante da marca registrada”. O requisito exigido para a concessão demonstra que a medida não poderia ser meramente instrumental, ligada apenas à produção de prova pericial.

Finalmente, viável a concessão de tutela antecipada na ação de adjudicação, aplicando-se subsidiariamente o Código de Processo Civil.<sup>21</sup>

A aludida concessão exige aplicação cum grano salis, na medida em que a tutela pretendida é de natureza constitutiva, a inviabilizar uma adjudicação provisória.

São antecipáveis apenas efeitos de providência desta natureza, sendo pertinente a observação de *Gert Dannemann* e *Kátia Braga de Magalhães*:

“Daí aplicar-se também à ação de adjudicação prevista na lei específica o disposto no artigo 273 do CPC (com a redação alterada pela nova lei nº 8.952/94), a saber, a antecipação da tutela de mérito

20 Humberto Theodoro Júnior, *Processo Cautelar*, EUD, 10ª edição, p. 277; Ernane Fidélis dos Santos, *Manual de Direito Processual Civil*, Saraiva, vol. 2, 3ª ed., p. 328; Ovídio Batista da Silva, *Curso de Processo Civil*, Sérgio Fabris Editor, vol. III, 1993, págs. 196/197.

21 Assim: *Carreira Alvim*, ob. cit.; *Gert Dannemann* e *Kátia Braga de Magalhães*, ob. cit., pág. 5/6.

para que sejam suspensos os efeitos da patente ou do registro de marca *sub judice* até o encerramento do litígio, em relação ao autor."

#### 4. O INPI NA RELAÇÃO PROCESSUAL

Para finalizar o nosso singelo estudo, cabe analisar a participação do INPI nas ações de nulidade de marca ou patente, bem como na ação de adjudicação.

O art. 56 da Lei de Propriedade Industrial dispõe:

"A ação de nulidade poderá ser proposta a qualquer tempo de vigência da patente, pelo INPI, ou por qualquer pessoa com legítimo interesse."

Vale observar que o art. 118 faz mera remissão ao transcrito acima e o art. 173 da lei tem redação análoga.

Fica claro que a autarquia federal, em razão do interesse público em jogo, detém *legitimatatio ad causam* ativa para postular a nulidade do ato administrativo realizado pela mesma.

Por sua vez, resta saber quanto a sua participação no processo em caso de inércia, havendo ajuizamento da ação por interessado.

O art. 57 da Lei 9.279/96 trata da hipótese de forma dúbia:

"A ação de nulidade de patente será ajuizada no foro da Justiça Federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito."<sup>22</sup> (grifo nosso)

Fica a pergunta: de que forma intervirá?

Tendo em vista que praticou o ato impugnado e manteve-se inerte, bem como se mostra indispensável vinculá-lo ao comando da sentença a ser prolatada, não vejo outra saída senão a de incluí-lo no pólo passivo, em face da necessidade do litisconsórcio decorrente da relação jurídica de direito material posta em juízo.

Ademais, diante da indispensabilidade de sua participação na relação processual, não se poderia imaginar outra posição do INPI, quando do ajuizamento da ação de nulidade por interessado, que não fosse a de réu. Inexiste no ordenamento processual uma intervenção de terceiro que se ajustasse à hipótese, em função de sua obrigatoriedade<sup>23</sup>.

Todavia, após a efetivação do contraditório, o INPI argumenta algumas vezes que realizou reexame de matéria e verificou que o autor teria

22 A redação do art. 175 da lei é semelhante.

23 Vale observar que seria inaplicável a figura da "assistência provocada", cuja finalidade seria comunicar terceiro do litígio, possibilitando sua intervenção voluntária no processo, para vinculá-lo à decisão a ser prolatada (sobre o tema: Cândido Rangel Dinamarco, Fundamentos do Processo Civil Moderno, RT, 2ª ed., n. 203, págs. 340/342, Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil, Forense, vol. 1, 7ª edição, págs. 154/155). A participação obrigatória do INPI no processo se mostra incompatível com a "assistência provocada".

razão, solicitando alteração no quadro processual, na medida em que desejaria atuar como assistente autoral.

Há decisões favoráveis e contra essa possibilidade<sup>24</sup>, havendo uma predominância na orientação que não admite o enquadramento como assistente.

Vale observar que existem dispositivos legais, em outras situações, onde se admite tal convalidação.

Na ação popular, regulamentada pela Lei 4.717/65, há previsão de litisconsórcio necessário passivo, com citação do agente que praticou o ato, da pessoa jurídica da qual faz parte o agente e de eventuais beneficiários diretos (art. 6º). Por sua vez, o parágrafo terceiro do art. 6º é expresso no sentido de que a "pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público..."<sup>25</sup>

Aproveitando-se da salutar previsão, a Lei relativa ao enriquecimento ilícito (nº 8.429/92) utilizou-se da mesma sistemática (§3º do art. 17, com a redação dada pela Lei 9.366/96).

No entanto, não consigo visualizar tal possibilidade na Lei 9.279/96 diante da simples previsão legislativa no sentido de que o "INPI, quando não for autor, intervirá no feito."<sup>26</sup>

Arcará o INPI com as consequências processuais decorrentes de sua inércia, com imperativa inclusão no pólo passivo face a necessidade de litisconsorcial.

Sobre o tema, ressaltou *Lélio Denicoli Schmidt*<sup>27</sup>:

*"Quanto à circunstância do INPI poder ocupar o pólo ativo ou passivo da ação de nulidade, isto não é de causar estranheza. A sua posição inicialmente é a de réu: foi ele quem concedeu indevidamente o registro ou o privilégio a outrem, devendo, pois, ser necessariamente colocado no pólo passivo. Contudo, por imposição da regra segundo a qual faculta-se à Administração Pública proceder à invalidação de seus atos (Súmula 346 do STF), conferiu-se ao INPI legitimidade ativa para ajuizar a ação de nulidade. Contudo, se a autarquia não toma essa iniciativa (...) deve, portanto, ser incluída como ré."*

24 Lélio Denicoli Schmidt trouxe julgados nos dois sentidos, provenientes do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em artigo intitulado "O INPI nas ações de nulidade de marca ou patente: assistente, litisconsorte ou fiscal da lei?, Ver. ABPI nº 26/30.

25 Visualizando a hipótese como permissão para a pessoa jurídica deixar de ser ré e se transformar em assistente: Rodolfo de Camargo Mancuso, in "Ação Popular", RT, 1994, p. 116, com citação de José Afonso da Silva e Ruy Armando Gessinger.

26 Em sentido contrário, entendendo aplicável ao caso a sistemática da ação popular, o Juiz Guilherme Couto de Castro, na sentença referida na nota VI deste trabalho.

27 In "O INPI nas Ações de Nulidade....", pág. 39.

Vale observar, finalmente, que seria conveniente alteração legislativa, em face do interesse público em jogo, no sentido de que se faça expressa menção nos artigos 57 e 175 da Lei 9.279/96 à sistemática do §3º do art. 6º da Lei 4.717/65.



# HIERARQUIZAÇÃO AXIOLÓGICA DE PRINCÍPIOS

---

## RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA

E O

## POSTULADO DA PRESERVAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL

VALTER SHUENQUENER DE ARAÚJO

Juiz Federal Substituto

Mestrando em Direito Público na UERJ

Introdução. Princípios e Regras. Classificação dos Princípios. Sobre a Prevalência dos Princípios Constitucionais. Impossibilidade de Hierarquização Valorativa. Da Aferição da Incidência Preferencial entre Princípios Constitucionais. Há Primazia Absoluta do Princípio da Dignidade da Pessoa e da Proteção dos Direitos Humanos? Do Postulado da Preservação do Contrato Social. Conclusões. Bibliografia.

*"Suponho aos homens terem chegado a um ponto em que os obstáculos que atentam a sua conservação no estado natural excedem, pela sua resistência, as forças que cada indivíduo pode empregar para manter-se nesse estado. Então este estado primitivo não pode subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse de ser". (Jean-Jacques Rousseau)*<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

Vencida a batalha contra a ausência de normatividade dos princípios, podemos assegurar que a guerra ainda não chegou ao fim. Não há muitos autores que insistem em combater a normatividade dos princípios, tendo, por outro lado, a doutrina majoritária trilhado itinerário no sentido da sua aceitação como normas jurídicas que veiculam comandos capazes de exteriorizar valores. Como normas jurídicas que são, possuem em seu núcleo um comando a ser observado pelos seus destinatários. Saem os princípios do campo da mera abstração para ingressarem na esfera da realização concreta.

---

1 In O Contrato Social. Princípios de Direito Político. Págs. 34/35. Tradução de Antônio de P. Machado. Edjouro.

Em vista da maior subjetividade inerente aos princípios, há uma séria dificuldade de se estabelecer critérios universais e razoáveis<sup>2</sup> de primazia quanto à sua aplicabilidade.

É preciso que o cientista do Direito afira quais critérios poderão ser empregados para que o intérprete possa, na análise de um caso concreto, aplicar os princípios da forma mais objetiva possível.<sup>3</sup>

Sem que existam critérios razoáveis sob o ponto de vista científico, o hermenêuta ficará sujeito unicamente às variações do seu consciente, o que poderá acarretar resultados indesejados, tal como, por exemplo, a inobservância do princípio da dignidade da pessoa humana em um caso concreto em que ele necessariamente devesse ser amplamente adotado.<sup>4</sup>

Com este trabalho, não se busca estabelecer parâmetros universais para a elaboração de uma escala fixa axiológica, capaz de facilitar a resolução de conflitos de um modo mais objetivo, haja vista que tal estudo demandaria um maior aprofundamento e um trabalho mais extenso como, talvez, uma tese de doutorado. Por outro lado, intenta-se discutir a viabili-

---

2 Segundo John Rawls, "*O Razoável, isto é, a capacidade das pessoas de terem um senso de justiça, o que aqui equivale à capacidade de respeitar os termos equitativos da cooperação social, é representado pelas restrições diversas às quais se devem submeter os parceiros na posição original e pelas condições que pesam sobre seu acordo*". In Rawls, John. *Justiça e Democracia*. Pág. 163. Editora Martins Fontes. São Paulo 2000. Relevando a influência da ideologia sobre a razão, o que consequentemente influenciará o critério do que seja razoável, Luís Roberto Barroso afirma que: "*A razão não é fruto de um exercício de liberdade de ser, pensar e criar, mas prisioneira da ideologia, um conjunto de valores introjetados e imperceptíveis que condicionam o pensamento, independentemente da vontade*". In Artigo Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Artigo recebido diretamente das mãos do autor quando ainda não publicado.

3 O jurista Juarez Freitas salienta em seu artigo *Tendências Atuais e Perspectivas da Hermenêutica Constitucional*. Texto base de palestra proferida na Escola Superior da Magistratura. AJURIS 76, 1999, págs. 397/408, que "*um dos princípios hermenêuticos para a interpretação da constituição seria o da hierarquização axiológica, pois a atividade de interpretação envolve opções entre os diversos princípios*". Chega o referido autor a afirmar que "*não há hipótese em que não se interprete e de consequente não se tenha de hierarquizar*".

4 In Sarmiento, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2000, podemos depreender que o posicionamento do eminente jurista e Procurador da República é o seguinte: Pág. 75 - "*Nesta ponderação, porém, a liberdade do operador do direito tem como norte e como limite a consolação de valores subjacentes à ordem constitucional, dentre os quais cintila com maior destaque o da dignidade da pessoa humana. Nenhuma ponderação poderá importar em desprestígio à dignidade do homem, já que a garantia e promoção desta dignidade representa o objetivo magno colimado pela Constituição e pelo Direito*". Pág. 105 - Além disso, a ponderação deve sempre se orientar no sentido da proteção e promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, que condensa e sintetiza os valores fundamentais que estejam a ordem constitucional vigente". No mesmo sentido, Juarez Freitas: "*Urge que a exegese promova e concretize, com especialíssima ênfase, o princípio jurídico da dignidade da pessoa, sendo como é um dos pilares supremos do nosso ordenamento, apto a funcionar como vetor-mor de compreensão superior de todos os ramos do Direito*". Freitas, Juarez. *Tendências Atuais e Perspectivas da Hermenêutica Constitucional*. Texto base de palestra proferida na Escola Superior da Magistratura. AJURIS 76, 1999, pág. 406.

dade de tal proposta no âmbito da hermenêutica<sup>5</sup> jurídica. Procurou-se, portanto, desenvolver a idéia de que não será possível tornar absoluta a incidência prioritária de um princípio, mesmo que seja ele o da dignidade da pessoa humana e, ainda, que um único postulado<sup>6</sup> a ser priorizado em todas as circunstâncias seria o da preservação do contrato social.

### PRINCÍPIOS E REGRAS<sup>7</sup>

A despeito do que alguns autores sustentam<sup>8</sup>, parece-nos não haver hierarquia entre as regras e princípios, eis que, cada um desempenhando suas funções, se complementam para a obtenção da norma jurídica aplicável a uma situação específica.<sup>9</sup>

Estabelecer uma hierarquia entre os dois seria, a nosso ver, temeroso, inclusive porque há, em alguns casos, enorme dificuldade de se

5 Como muito bem lembra Margarida Maria Lacombe Camargo, *"A origem do termo Hermenêutica tem como referência Hermes, o enviado divino que, na Grécia antiga, levava a mensagem dos deuses aos homens. Significava trazer algo desconhecido e ininteligível para a linguagem dos homens"*. In *Hermenêutica e Argumentação. Uma Contribuição ao Estudo do Direito*. Pág. 21. Editora Renovar.

6 Fazemos uso do termo postulado, e não princípio, para caracterizar algo que se admite como início de um sistema dedutível, um valor em caráter absoluto. O termo princípio seria inadequado neste caso pelo fato de os princípios poderem sofrer atenuações decorrentes de sua ponderação, o que não ocorre com o postulado, cujos valores irradiados merecem sempre serem observados.

7 Sobre a distinção entre princípios e regras, consulte Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri. Centro de Estudios Constitucionales, 1993; Dworkin, Ronald *Taking Rights Seriously*. Cambridge. Harvard University Press, 1997; Barroso, Luís Roberto *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3ª edição. Editora Saraiva; Barcellos, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Editora Renovar e Canotilho, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª Edição; Barroso, Luís Roberto *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. Artigo recebido diretamente das mãos do autor quando ainda não publicado.

8 Nesse sentido pensa Juarez Freitas in *Tendências Atuais e Perspectivas da Hermenêutica Constitucional*. Texto base de palestra proferida na Escola Superior da Magistratura. AJURIS 76, 1999, págs. 397/408. *"A terceira observação inicial (sendo presente ao fazê-la, entre outras, a contribuição de Alexy) é a de que as normas ou as regras vêm perdendo, cada vez mais, espaço e relevo para os princípios, despoitando estes, por definição, como superiores àquelas, embora não se devendo postular um sistema somente de princípios, erro idêntico de pretender um sistema como mera e desconcertada aglutinação de regras"*. Paulo Bonavides, por sua vez, escreveu que: *"Daqui já se caminha para o passo final da incursão teórica: a demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder"*. In *Curso de Direito Constitucional*. Pág. 259. 10ª edição. Editora Malheiros.

9 Luís Roberto Barroso afirma que: *"Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição. Isto não impede que princípios e regras desempenhem funções distintas dentro do ordenamento"*. In *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. Pág. 27. Artigo recebido diretamente das mãos do autor quando ainda não publicado.

classificar se uma norma é um princípio ou uma regra<sup>10</sup>. Mantida a hierarquia, e aqui se justifica o termo temeroso, lutas constantes seriam travadas nos tribunais com o objetivo de se identificar toda e qualquer norma como princípio, a fim de garantir a sua absoluta prioridade.

Não vislumbramos a possibilidade de se hierarquizar normas que estão submetidas a planos distintos. Enquanto os princípios são alcançados mediante uma análise no plano axiológico, as regras são compreendidas através de uma avaliação puramente lógica. Como os planos não são os mesmos, sendo diferentes os papéis de cada uma das espécies normativas, a hierarquia não pode se impor.

Os princípios, fazendo alusão a Robert Alexy<sup>11</sup>, expressam mandados de otimização (*Optimierungsgebote*), isto é, seu comando normativo terá maior ou menor aplicação em razão da hipótese concreta. De acordo com a definição de Crisafulli<sup>12</sup> "*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*".

Os princípios não estão submetidos ao critério *all-or-nothing*<sup>13</sup>, podendo ter incidência restringida se excepcionados por determinadas regras ou até mesmo por outros princípios, ocasião em que premente se fará a adoção da ponderação.

Possuem os princípios um caráter de maior generalidade e abstração, sendo normas que podem ser cumpridas em diversos graus de intensidade. As condições reais e as condições jurídicas é que serão responsáveis pela medida de incidência de cada princípio, que, ressalte-se, agregam uma carga valorativa mais intensa do que as regras. O momento de surgimento no ordenamento jurídico de cada princípio é impreciso, eis que ele decorrerá da interpretação sistemática das normas existentes. Com relação às regras, o mesmo não corre. É que o momento em que uma regra é criada, por meio do instrumento adequado de introdução de norma jurídica, será preciso no tempo e no espaço.

10 Ana Paula de Barcellos indaga: "*Como saber que se está diante de um princípio e não de uma regra, ou vice-versa?*" In Dissertação de Mestrado: A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Pág. 42.

11 In Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

12 In *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*, Milão, 1952, pág. 15. apud Bonavides, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Pág. 230. 10ª edição. Editora Malheiros.

13 "*Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision*". Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. 1999. Pág. 24.

As regras, espécie de norma jurídica como o são os princípios, também veiculam comandos. No entanto, tais comandos demandam, geralmente, uma interpretação argumentativa menos dificultosa, uma vez que, quase sempre, são facilmente compreensíveis. Seu resultado prático é alcançado pela mera observância do dispositivo normativo veiculado pelo texto da regra. Nada mais será necessário, diversamente do que ocorre com os princípios, em que a argumentação dialética<sup>14</sup> tem papel mais relevante.

Valiosa a contribuição de Ana Paula de Barcellos ao estabelecer dois novos critérios distintivos entre os princípios e as regras, quais sejam, o da relativa indeterminação dos efeitos e o da multiplicidade de meios para se atingir os fins colimados pelos princípios.

Os princípios produziriam efeitos relativamente indeterminados, a serem revelados pela atividade do intérprete através de critérios de argumentação. O nível de exigência de concretização de um princípio é, portanto, mais elástico do que o de uma regra.

Sob outro enfoque, como consequência da indeterminação dos efeitos dos princípios, os meios para se alcançar a sua concretização também serão múltiplos.

## CLASSIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Dentre as classificações doutrinárias sobre a amplitude de aplicação dos princípios constitucionais, cumpre-nos lembrar aquela feita por Luís Roberto Barroso que os distingue em princípios constitucionais fundamentais, princípios constitucionais gerais e princípios constitucionais especiais.

Os princípios constitucionais fundamentais seriam aqueles que representam limites às mutações constitucionais. Expressam valores que alicerçam o Estado criado pela Constituição e sua inobservância representaria o desabamento das estruturas fundamentais que balizaram o espírito do constituinte. Como exemplos de princípios fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, podemos citar o princípio da separação de poderes, o princípio da livre iniciativa e o princípio do pluralismo político.

Os princípios constitucionais gerais são assim chamados por se irradiarem por todo o ordenamento jurídico, ainda que não integrem o núcleo imodificável relativo à formação do Estado. Tal classificação se

14 *"A argumentação dialética moderna, assim denominada por Viehweg, preocupa-se em penetrar compreensivamente o contexto da realidade. A exemplo dos romanos, não é possível construir a jurisprudência a partir de consequências inferidas de princípios previamente estabelecidos, mas somente a partir dos problemas que nos são apresentados"*. In Camargo, Margarida Maria Camargo. *Hermenêutica e Argumentação, Uma Contribuição para o Estudo do Direito*. Pág. 137. Editora Renovar.

aproxima do conceito elaborado pelo Professor BARROSO dos princípios definidores de direitos. Como extensões dos princípios fundamentais, conferem aos cidadãos direitos subjetivos a serem convenientemente exercidos. Tais princípios não criam e organizam o Estado, mas permitem que o indivíduo exerça os seus direitos contra ele. Nesta classificação, enquadra-se o princípio do devido processo legal, o princípio da isonomia, da legalidade e o da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Por fim, a terceira espécie é a dos princípios constitucionais especiais, que cuidam de setores específicos arrolados pela Constituição de um Estado. Possuem um específico campo de incidência e são de observância necessária na sua esfera de aplicação, ainda que eventualmente mitigados em uma hipótese determinada. Casos típicos de princípios constitucionais especiais são o princípio da independência dos juízes, da gratuidade do ensino público e o da autonomia universitária.

Fizemos uso da classificação acima, pois acreditamos seja ela válida para permitir ao intérprete constitucional que melhor visualize o papel a ser desempenhado por cada princípio constitucional e para que ele possa, quando houver necessidade, na análise de um caso concreto, dar a adequada relevância a cada princípio específico. O reconhecimento, por exemplo, de um princípio como fundamental afasta, por razões naturais, qualquer tese no sentido da sua inobservância em um caso concreto. Se é fundamental e serve de alicerce para os pilares de um Estado, não poderá nunca ser esquecido.

## ***SOBRE A PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS***

Os princípios irradiam-se de textos de lei, de atos normativos, de normas constitucionais e de todo e qualquer instrumento introdutor de normas jurídicas. Permeiam eles não só a consciência moral e ética das pessoas, mas notadamente os textos jurídicos, onde possuem a função precípua de harmonizar e viabilizar a compreensão sobre os fins últimos do ordenamento.

Quando uma situação fática estiver sob a mira de dois ou mais princípios oriundos de textos normativos distintos, deverá prevalecer aquele que tiver amparo em normas constitucionais.

A Constituição, como fonte suprema de normas jurídicas, veicula regras e princípios que merecem preponderância sobre aqueles introduzidos unicamente por dispositivos infraconstitucionais.

De forma semelhante ao que ocorre com as regras, os princípios constantes de textos infraconstitucionais precisam ter fundamento de validade em princípios constitucionais, isto é, em normas jurídicas de hierarquia suprema. Não podem aqueles ser interpretados de forma estan-

que, em desarmonia com os mandamentos nucleares que irradiam da Constituição da República.

O princípio da *boa-fé na celebração dos contratos*, que é reiteradamente lembrado pelos estudiosos de Direito Civil, que o citam com base em menções expressas do Código Civil<sup>15</sup>, é de índole essencialmente infraconstitucional.

Não pretendemos concluir que a ausência de previsão expressa de tal princípio na Constituição o torne inaplicável. Não é isso. No entanto, não poderá tal princípio prevalecer sobre o que se puder depreender de um princípio alicerçado na Carta Magna. O princípio da impessoalidade insculpido no artigo 37 caput da Constituição da República deverá, *verbi gratia*, prevalecer sobre o princípio da *boa-fé na celebração dos contratos*. Se um contrato celebrado pela administração pública for instrumentalizado com *boa-fé*, mas de forma que não seja impessoal, deverá ser ele declarado nulo, por inconstitucional.

Este é um dos casos que ilustra a necessidade de conformidade dos princípios que não se encontram expressamente previstos na Constituição da República com os princípios constitucionais. A adoção de entendimento diverso não é possível, pois violaria o princípio da unidade do ordenamento jurídico e o princípio da supremacia da Constituição.

Da Aferição da Incidência Preferencial entre Princípios Constitucionais

Quando dois princípios constitucionais são postos em testilha, há uma maior dificuldade de se definir, de forma universal, qual deles deverá prevalecer.

Com a leitura do livro "*A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*" de autoria do jurista Daniel Sarmento, Procurador da República e integrante, na condição de Mestre e Doutorando em Direito Público, da Escola de Direito Constitucional da UERJ, podemos compreender que o critério da ponderação é suficiente para proporcionar soluções práticas a um determinado caso concreto.

Postos lado a lado em contenda, prevalecerá o princípio cujos valores sejam mais pertinentes à hipótese apresentada.

No entanto, subsiste a indagação se há critérios capazes de estabelecer uma determinada ordem de aplicação de tais mandamentos nucleares do sistema jurídico. Podem os princípios ser a priori hierarquizados?

15 Vide, a título exemplificativo, os artigos 490 a 492, 510, 516, 622 e 1272 do Código Civil.

Adotando o entendimento da impossibilidade de fixação de uma hierarquia axiológica imutável, parece-nos que a tópica, sendo ela uma técnica do pensamento problemático, desempenha relevante papel na resolução de conflitos ao estipular, caso a caso, o princípio que deve prevalecer.<sup>16</sup>

De acordo com os ensinamentos de Margarida Maria Lacombe Camargo, *"a tópico-retórica, como alguns chamam a contribuição de autores que seguem a linha de Perelman e Viehweg, visa, antes de mais nada, estudar ou dar maior ênfase aos mecanismos persuasivos que orientam e dão forma ao discurso jurídico voltado para o consenso capaz de dar suporte e legitimidade à decisão da autoridade judicial"*.<sup>17</sup>

Para Tércio Sampaio de Ferraz<sup>18</sup>, por sua vez, *"a tópica não é propriamente um método, mas um estilo. Isto é, não é um conjunto de princípios de avaliação da evidência, cânones para julgar a adequação de explicações propostas, critérios para selecionar hipóteses, mas um modo de pensar por problemas, a partir deles e em direção deles. Assim, num campo teórico como o jurídico, pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados, com um caráter problemático, na medida em que jamais perdem sua qualidade de tentativa. Como tentativa, as figuras doutrinárias do Direito são abertas, delimitadas sem maior rigor lógico, assumindo significações em funções dos problemas a resolver, constituindo verdadeiras "fórmulas de procura" de solução de conflito"*.

Fica registrado, portanto, que a preferência pela adoção com maior intensidade de um determinado princípio constitucional em lugar de outro ficará condicionada às circunstâncias do problema concreto (método tópico), ocasião em que se terá de realizar a ponderação de todos os valores (princípios) existentes no sistema (método sistemático), que terão maior ou menor influência, de acordo com todas as circunstâncias envolvidas (históricas, econômicas, sociais, psicológicas, tecnológicas etc.).

16 Sobre a relevância da adoção da tópica em setores do direito marcados pela generalidade, Claus-Wilhelm Kanaris afirmou: *"Não há, assim, uma alternativa rígida entre o pensamento tópico e o sistemático, mas antes uma complementação mútua. Quão longe vai um ou outro determina-se, em termos decisivos, de acordo com a medida das valorações jurídico-positivas existentes – assim se explicando também o facto de a tópica jogar um papel bastante maior em sectores fortemente marcados por cláusulas gerais como o Direito Constitucional ou em áreas reguladas de modo muito lacunoso como o Direito Internacional privado do que, por exemplo, no Direito Imobiliário ou no Direito dos Títulos de Crédito"*. In *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Introdução e Tradução de A. Menezes Cordeiro. Pág. 277. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.

17 In Camargo, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação. Uma Contribuição ao Estudo do Direito*. Pág. 138. Editora Renovar.

18 In Prefácio à tradução brasileira da obra *Tópica e Jurisprudência* de Theodor Viehweg. Coleção *Pensamento Jurídico Contemporâneo*, Ministério da Justiça-Universidade de Brasília, Brasília, 1979 apud Camargo, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação. Uma Contribuição ao Estudo do Direito*. Pág. 140. Editora Renovar.

### Há Primazia Absoluta do Princípio da Dignidade da Pessoa e da Proteção dos Direitos Humanos?

Não há como, a nosso ver, conferir primazia absoluta ao princípio da dignidade da pessoa humana<sup>19</sup>. Não havendo como cientificamente classificar o que seja o princípio da dignidade da pessoa, por ser ele dependente de fatores históricos, sociais, políticos, econômicos e geográficos, não há como o fazer prevalecer a todo custo.

Temos de inicialmente destacar que a primeira dificuldade em se delinear o princípio da dignidade da pessoa reside na definição do que seja pessoa, conceito este que sofre constantes alterações históricas. Nos períodos de escravidão, à guisa de ilustração, os negros eram tidos como mercadorias, razão porque, a supressão de seus direitos elementares não era tida como violação aos direitos das pessoas.

Como se não bastasse, o termo dignidade também é demasiado subjetivo para que possa permitir ao hermenêuta um seguro critério de adoção do princípio.

O emprego do princípio da dignidade da pessoa não é capaz de afastar a existência de regimes totalitários, tal como o implantado na Alemanha nazista da 2ª Guerra Mundial. Basta, para que a coexistência do nazismo e do princípio da dignidade da pessoa seja viável, definir juridicamente como "pessoa" aquele exclusivamente nascido na República Federativa da Alemanha. Daí, a nosso juízo, o perigo de se conferir primazia a conceitos extremamente indeterminados e que sofrem constantes mutações históricas.

O pesquisador alemão Rainer Forst<sup>20</sup> entende que há a necessidade de se obter um conceito de direitos humanos que seja sensível à cultura (*Kultursensitiv*) e, ao mesmo tempo, neutro culturalmente. É preciso, para ele, buscar um conceito que seja universalmente válido e aplicável no caso particular. Para Rainer Forst, o caráter universalista dos direitos humanos exigiria um Super-Estado global.

---

19 Passaremos a, doravante, denominar tal princípio meramente como princípio da *dignidade da pessoa* tendo em vista considerarmos a nomenclatura dignidade da pessoa humana um pleonasmo, já que não existe pessoa que não seja humana e nem ser humano que não seja pessoa.

20 Forst, Rainer. Cientista Assistente do Instituto de Filosofia da Universidade Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt. Artigo: O direito fundamental à justificação. Para uma concepção construtivista dos Direitos Humanos. Título *Das grundlegende Recht auf Rechtfertigung. Zu einer konstruktivistischen Konzeption von Menschenrechten*. Págs. 66 a 105 do livro *Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik*. Editora Suhrkamp. 1999.

O filósofo do Direito Jürgen Habermas<sup>21</sup> reconhece, por seu turno, a existência de uma tensão entre o sentido universal dos direitos humanos e as condições locais para a sua concretização, asseverando, em seu artigo *O discurso intercultural sobre os Direitos Humanos*, que os direitos humanos devem ter uma validade para todas as pessoas. Habermas questiona, ainda, se por detrás do conceito de direitos humanos não haveria uma falsa universalidade que o mundo imperialista ocidental gostaria que prevalecesse<sup>22</sup>.

A aplicação do princípio da dignidade da pessoa em todas as situações e civilizações não significa que tal incidência se verificará de maneira uniforme, isto é, em completa harmonia com o que estabelecem os parâmetros ocidentais.

Se o conceito de direito humanos deve ser sensível à cultura, não podemos chegar a um conceito universalmente válido de direitos humanos e nem à definição do que seja dignidade da pessoa.

Como exemplo, podemos citar uma hipotética demanda judicial de despejo em que o locatário não tenha outro local onde residir em caso de procedência do pedido. A ausência de moradia viola, e contra isso não nos parece existirem argumentos em sentido contrário, a dignidade da pessoa. No entanto, sabemos que não seria comum um Magistrado julgar improcedente o pedido, fundamentando sua sentença na necessidade de observância do princípio da dignidade da pessoa. Outros valores acabam tendo ressonância mais intensa.

A doutrina alemã recente chama atenção para o fato de que há enorme dificuldade de se definir o alcance do que sejam os direitos humanos e, por via reflexa, do campo de abrangência (*Reichweite*) da tutela de tais direitos.

Wolfgang R. Köhler<sup>23</sup> indaga sobre o alcance dos direitos humanos da seguinte forma:

“Eine andere Frage ist, welchen Sinn es machte, zum Beispiel von einem Menschenrecht auf Wasser zu sprechen oder auf einen Arbeitsplatz usw. Das scheint mir unklar, weil man dazu irgendwie die Grenze der Be-

21 Habermas, Jürgen. Professor Emérito de Filosofia da Universidade Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt. Artigo: O discurso intercultural sobre os Direitos Humanos. Título original: Der interkulturelle Diskurs über Menschenrechte. Págs. 216 a 227 do livro *Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik*. Editora Suhrkamp, 1999.

22 Cláudio Pereira de Souza Neto, Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio e Doutorando na Escola de Direito Público da UERJ, defende que “o universalismo, que caracteriza a vertente liberal, acaba resultando em uma séria redução da importância do processo democrático, ao legitimar os direitos não porque correspondem a uma concepção liberal da moralidade política”. In *jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Editora Renovar.

23 Köhler é Diretor do Fórum de Filosofia de Frankfurt.

dürftigkeit von Menschen festlegen müsste, ganz abgesehen von den Möglichkeiten der Gewährleistung".<sup>24</sup>

Prosseguindo no desenvolvimento de nossas idéias e considerando que um texto normativo não deve prever efeitos jurídicos demasiadamente dissonantes da realidade que ele encontra, não vislumbramos como adequada a existência de eventual previsão constitucional que busque definir os limites do conceito de dignidade da pessoa, eis que ele, a nosso ver, estaria atrelado a circunstâncias momentâneas e geográficas.

É que o princípio da dignidade da pessoa é concretizado pela observância de direitos sociais, os quais têm um custo econômico, como alerta Alexy<sup>25</sup>:

*"O problema desses direitos sociais a custo de terceiros, no caso do empregador, é que cabe ao próprio mercado decidir sobre sua efetividade. Aqueles que não encontram emprego não podem reivindicar esse direito".*

Embora o Direito não constitua mero instrumento de dominação, legitimador de algumas classes sociais, e não seja mero reflexo da organização do capital, não podemos nos olvidar que tais características não podem ser deixadas de lado. Embora o Direito deva ser lido, como propõe Paulo Ricardo Schier,<sup>26</sup> como um fenômeno dotado de dignidade normativa, seus pressupostos teórico-críticos devem subsistir.

### DO POSTULADO DA PRESERVAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL

Como elemento irradiador de todos os princípios que norteiam o ordenamento jurídico, cremos que toda ponderação e interpretação deva observar e conferir primazia ao postulado da preservação do Contrato Social.

Embora não se possa impor critérios universais de prevalência entre os princípios em si, porque dependem eles de uma incidência tópica, existe, a nosso sentir, um postulado universal capaz de ser o critério mestre da ponderação dos valores que são inerentes aos princípios. Toda e

24 Trecho extraído do artigo Das Recht auf Menschenrechte que integra o livro Recht auf Menschenrechte coordenado por Hauke Brunkhorst, Wolfgang R. Köhler e Matthias Luz-Bachmann. Trecho extraído de fls. 122. Editora Suhrkamp. 1999. Tradução livre: "Uma outra indagação a ser feita é quanto ao sentido de se falar de um direito humano à água, ao trabalho etc. Para mim isto não é claro, porque, para se falar de tais direitos, torna-se necessário, de qualquer forma, fixar as fronteiras das necessidades dos seres humanos, sem levar em consideração as possibilidades de garantia dessas necessidades".

25 In Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 11.12.98.

26 In Filtragem Constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica. Pág. 24. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 1999.

qualquer ponderação deve ter como finalidade a preservação do Contrato Social.

Não excluímos, com este posicionamento, a necessidade de constante tutela da dignidade da pessoa, mas pensamos que tal proteção também estaria inserida dentro do interesse de preservação do pacto social na forma estudada por Rousseau.

O direito tem como missão viabilizar a convivência social da melhor forma possível; deve proporcionar os melhores e mais eficazes meios para que a sociedade possa evoluir.

Por mais romântica e legítima que possa parecer a defesa da primazia dos princípios que tenham como finalidade a preservação do núcleo essencial do ser humano, as vontades dos seres humanos não se comportam de tal forma. Outros valores também motivam os indivíduos. A necessidade de preservação de seu capital, de sua propriedade, a necessidade de competir irrestritamente, a busca incessante pelo poder e a riqueza também pautam o espírito humano.

Compartilhamos do pensamento do Professor BARROSO<sup>27</sup> que afirma que *"o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo"*.

Com relação a este tópico, releva ressaltar que a abrangência do espaço de integridade moral a ser tutelado é variável por circunstâncias temporais, geográficas e econômicas. Há, assim, impossibilidade de se estabelecer as prestações materiais indispensáveis à observância da dignidade da pessoa. Renda mínima, saúde e educação básica e fundamental são conceitos extremamente variáveis, bastando-se, para tal comprovação, compararmos a realidade dos países africanos e a dos países nórdicos, que envolvem necessidades de prestações mínimas completamente distintas entre si. O conceito de educação básica para um sueco não é o mesmo que o para um angolano. Vamos além. Para um sueco, dignidade não é somente ter educação, saúde e renda mínima, mas, por exemplo, poder consumir (existir no mundo capitalista), ter uma moradia confortável e um emprego que lhe garanta uma vida segura. Para a maior parte dos africanos, todavia, infelizmente tais pretensões soam como algo inalcançável, ficando a dignidade mais diretamente encetada ao aspecto da sobrevivência. A nosso juízo, aquilo que se poderia denominar de essência do ser humano é algo variável, algo condicionado ao seu meio.

---

27 In Barroso, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Artigo recebido diretamente das mãos do autor quando ainda não publicado.

Portanto, diante desta impossibilidade é que enxergamos a necessidade de tutela da dignidade da pessoa como um reflexo da imprescindibilidade da preservação da convivência social.

A superação da exclusão social, por exemplo, deve, de fato, ocorrer, mas pelo primordial motivo de ela ameaçar a convivência pacífica entre os indivíduos.

O mínimo existencial, parece-nos, deve ser compreendido não de forma universal, mas como aquele conjunto mínimo de direitos subjetivos de cada indivíduo dentro do contexto de um Estado que permita a preservação da vida em sociedade. É aquele mínimo capaz de manter o contrato social como justificável.

O conceito de dignidade variará conforme as circunstâncias a que os seres humanos estiverem submetidos. Tanto é verdade que a identificação de uma condição indigna somente é identificável por aqueles que se encontram em uma situação digna, via de regra, com uma melhor situação econômica. A indignidade somente é constatável, portanto, quando há disparidade de situações, não podendo ela existir se todos - sem exceção - estiverem submetidos às mesmas condições. Nesse caso, valiosa é a lição de Schopenhauer<sup>28</sup> no sentido de que *"se torna evidente que quando uma coisa não existe é impossível encontrar na consciência os dados necessários para demonstrar a sua realidade"*.

Quando o constituinte<sup>29</sup> elabora as regras e princípios constitucionais não o faz com o primordial intuito aristotélico de permitir o alcance da felicidade por todos os governados. As normas são elaboradas após um forte tensionamento entre as forças políticas e os grupos sociais.

O princípio da capacidade contributiva e o da vedação de tortura, a nosso ver, não são previstos, à guisa de ilustração, com o objetivo de tutelar a dignidade da pessoa, mas com o intuito de permitir a convivência pacífica em sociedade e de tornar o pacto social algo vantajoso para todos os indivíduos.

A tortura, que é corolário de atos desproporcionais e arbitrários, é inadmissível não meramente porque viole a integridade física do ser humano, agrida a sua dignidade, mas porque tal prática torna insegura a vida em sociedade. A tortura tem o condão de tornar desvantajosa para o indivíduo a transferência parcial de sua liberdade quando da criação do Estado.

28 In Schopenhauer, Artur. O Livre Arbítrio. Tradução de Lohengrin de Oliveira. Ediouro

29 Frisamos que não empregamos este termo com o significado de algo etéreo; um conjunto de pessoas imparciais que pretendem o bem da humanidade. Constituinte a que nos referimos expressa o conjunto de parlamentares ou governantes escolhidos (ou não), que representam interesses distintos, com frequência antagônicos, e que são responsáveis pela elaboração do documento norteador da criação e vida política de um Estado.

O intérprete do direito não pode, porque não é esta a sua função, buscar soluções românticas para a convivência social. Deve, por outro lado, procurar revelar o espírito das normas, a finalidade última dos princípios e das regras inerentes a um ordenamento jurídico.

Como existe, nas palavras de Peter Häberle,<sup>30</sup> um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista, os entendimentos sobre o conceito de direitos fundamentais e de dignidade da pessoa não são tão harmônicos a ponto de viabilizar uma uniformidade capaz de ensejar uma pretensão pelos indivíduos a sua concretização.

Perfilhando o entendimento de que até mesmo o núcleo imodificável do indivíduo é mutável, acreditamos ser impossível delinear o alcance dos valores englobados pelo princípio da dignidade da pessoa.

O entrelaçamento entre os valores constitucionais é tamanho que não vislumbramos como seria possível isolar e santificar um princípio, ainda que seja o da dignidade da pessoa, como um núcleo de perene vigília estatal.

Embora o homem seja um animal político, também não podemos olvidar que o homem é o lobo do homem. E é através da harmonização destas duas verdades filosóficas que acreditamos que o único postulado imutável a ser mantido é o da preservação do contrato social.

Havendo colisão entre princípios, deverá, como regra geral e universal, prevalecer aquele que mais atenda à necessidade de preservação social.

No caso anteriormente avocado da ação de despejo, a solução seria dar preferência ao princípio capaz de melhor proporcionar a convivência pacífica entre os indivíduos e de viabilizar a concretização do maior número de valores constitucionais possíveis.

Prosseguindo neste raciocínio, podemos deduzir que o estabelecimento de critérios axiológicos imodificáveis é impensável nos dias de hoje, e a opção do hermenauta pela incidência de um princípio X ou Y deve ser feita sempre com o objetivo de preservar o pacto social e de reflexamente concretizar o maior número de princípios constitucionais.

Como muito bem afirmou Konrad Hesse<sup>31</sup>, *“Toda constituição, ainda que considerada como simples construção teórica, deve encontrar um germe material de sua força material no tempo, nas circunstâncias, no*

30 In Häberle, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Pág. 11. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre 1997.

31 In Hesse, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antonio Fabris Editor. Págs. 17, 18 e 20.

*caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento. (...) a constituição, entendida aqui como constituição jurídica, não deve procurar construir o Estado de forma abstrata. Ela não logra produzir nada que já não esteja assente na natureza singular do presente (individuelle Beschaffenheit der Gegenwart). (...) Quanto mais o conteúdo de uma constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa".*

No mesmo sentido que o do teórico europeu, o jurista Luís Roberto Barroso concluiu que *"a história, a educação política, as condições econômicas e as necessidades sociais dos povos singularizam-nos de forma indelével. Os Estados diferem na sua origem, justificação e finalidades. Não existem regras universalmente válidas"*.<sup>32</sup>

A concretização do princípio da dignidade da pessoa também deve, parece-nos, sofrer ponderação, pautada ela pela preservação do contrato social. A pessoa deve ter sua existência digna, e isto não se discute, já que este é um valor indispensável para a pacífica vida em sociedade. Fica, no entanto, a conceituação deste termo, e conseqüentemente das prestações materiais que o abrangem, condicionada também à argumentação dialética, pautada pelo postulado da preservação do contrato social.

## CONCLUSÕES

Em síntese, destaco que minha tese defendida neste texto é a de que:

- i) Os princípios e regras, espécies de normas jurídicas que são, têm mesmo grau de hierarquia e se complementam, cada um tendo suas funções específicas no ordenamento jurídico;
- ii) Considerando a superioridade hierárquica da Constituição, afi-gura-se-nos que os princípios amparados por normas contidas na Constituição da República devem prevalecer sobre aqueles previstos expressa e unicamente em normas legais ou em atos normativos;
- iii) Tendo em vista a impossibilidade de se definir, em caráter universal, o que seja dignidade da pessoa e o que se pode entender por direito

32 Keith Rosen realça bem a idéia da relação existente entre a realidade histórica e a possibilidade de concretização das normas constitucionais. Ele demonstra que a intensidade de concretização das previsões constitucionais, inclusive a de tutela da dignidade da pessoa, está condicionada às circunstâncias históricas, notadamente as de cunho econômico de um Estado: "(...) if the world were destroyed today and archaeologists of the future were to discover only the texts of the constitutions of the United States and the Latin America republics, the archaeologists would undoubtedly conclude that constitutionalism was far more developed in Latin America than in the United States". Trecho extraído de Rosen, Keith. Artigo: The Success of Constitutionalism in the United States and its Failure in Latin America: An Explanation. Inter-American Law Review da Universidade de Miami. Outono de 1990, vol. 22, nº1.

humano, torna-se inviável conferir primazia absoluta ao princípio da dignidade da pessoa sobre os outros princípios constitucionais;

iv) A atuação do Direito como mecanismo de construção das alterações sociais é limitada, e o intérprete deve, a nosso sentir, estar atento a tal fato.

v) Não vislumbramos a existência de um princípio constitucional de primazia absoluta. Todavia, acreditamos que o postulado da preservação do contrato social seja um critério universal e absoluto a ser aplicado na ponderação de interesses em conflito;

vi) Sempre deverá prevalecer o princípio que melhor assegure a preservação do contrato social, que melhor sirva para manter a convivência pacífica dos cidadãos submetidos a uma Constituição.

### BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri. Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

\_\_\_\_\_. Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 11.12.98.

BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Editora Renovar.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª edição. Editora Saraiva.

\_\_\_\_\_. O Direito Constitucional e a Efetividade das suas Normas. Rio de Janeiro. Renovar, 1990.

\_\_\_\_\_. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Artigo recebido diretamente das mãos do autor quando ainda não publicado.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 5ª edição. 1994.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 10ª edição. Editora Malheiros.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Hermenêutica e Argumentação. Uma Contribuição ao Estudo do Direito. Editora Renovar.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. Introdução e Tradução de A. Menezes Cordeiro. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4ª Edição.

DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Cambridge. Harvard University Press, 1978.

FORST, Rainer. Artigo: O direito fundamental à justificação. Para uma concepção construtivista dos Direitos Humanos. Título original: Das grundlegende Recht auf Rechtfertigung. Zu einer konstruktivistischen Konzeption von Menschenrechten. Págs. 66 a 105 do livro Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik. Editora Suhrkamp. 1999.

FREITAS, Juarez. Tendências Atuais e Perspectivas da Hermenêutica Constitucional. Texto base de palestra proferida na Escola Superior da Magistratura. AJURIS 76, 1999, págs. 397/408.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre 1997.

HABERMAS, Jürgen. Artigo: O discurso intercultural sobre os Direitos Humanos. Título original: Der interkulturelle Diskurs über Menschenrechte. Págs. 216 a 227 do livro Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik. Editora Suhrkamp. 1999.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor.

KÖHLER, Wolfgang R. O Direito aos Direitos Humanos. Título original: Das Recht auf Menschenrechte. Págs. 106/124 do livro Recht auf Menschenrechte Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik. Pág.s Trecho extraído de fls. 122. Editora Suhrkamp. 1999.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática. Editora Renovar.

PERELMAN, Chaim. Ética e Direito. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo. Editora Martins Fontes. 1996.

RAWLS, John. Justiça e Democracia. Editora Martins Fontes. São Paulo 2000.

ROSEN, Keith. Artigo: The Success of Constitutionalism in the United States and its Failure in Latin América: An Explanation. *Inter-American Law Review* da Universidade de Miami. Outono de 1990, vol. 22, nº 1.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social. Princípios de Direito Político*. Tradução de Antônio de P. Machado. Ediouro.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2000.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1999.

SCHOPENHAUER, Artur. *O Livre Arbítrio*. Tradução de Lohengrin de Oliveira. Ediouro.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, Ministério da Justiça-Universidade de Brasília, Brasília, 1979.

## O IMPEACHMENT DE ANDREW JOHNSON

CARLOS DAVID S. AARÃO REIS

Juiz Federal Aposentado

*"Não seguirás a multidão para fazer o mal, nem  
em juízo te unirás ao parecer do maior número,  
para te desviares da verdade".*

ÊXODO, XXIII, 2

Em 1860, quando os Estados Unidos caminhavam vertiginosamente para a Guerra Civil, Andrew Johnson era senador pelo Tennessee. Embora fosse forte neste Estado a tendência à secessão, Johnson permaneceu fiel à União. Regressando do Tennessee, seu trem parou em uma cidade da Virginia com nome sombrio — Lynchburg. Ali, uma multidão irada com sua lealdade retirou o senador de seu vagão, agredindo-o física e verbalmente, querendo linchá-lo. No último momento, com a corda já no pescoço, a turba desistiu do propósito de enforcá-lo por uma sinistra questão de competência: entendeu que aos vizinhos do Tennessee caberia a macabra tarefa<sup>1</sup>.

Naquela ocasião, Johnson escapou ao linchamento físico, mas alguns anos depois, já Presidente dos Estados Unidos, quase não evitaria o linchamento moral, durante o processo de seu *impeachment*. Em novembro de 1864, ao ser reeleito, Abraham Lincoln tinha Johnson como vice-presidente. Embora democrata, fora escolhido talvez como recompensa pela sua lealdade unionista, como especula Muzzey<sup>2</sup> — afinal, fora o único senador sulista que se recusara a acompanhar a separação, corajosamente. Assim, ao ser assassinado Lincoln, a 14 de abril de 1865, Johnson assumiu a presidência<sup>3</sup>.

Se não era o político mais qualificado para exercer o cargo naquela época conturbada — e não seria fácil encontrar alguém da estatura de Lincoln para sucedê-lo —, a responsabilidade recai sobre os que o escolhe-

1 O episódio é narrado por KENNEDY, John Fitzgerald. *Política e Coragem*. Trad. Neil R. da Silva. 3. ed. Belo Horizonte: Difusão Pan-Americana do Livro, 1964, p. 210.

2 MUZZEY, David Saville. *Histoire des États-Unis d'amérique*. Trad. A. de Lapradelle. Paris: Larousse, s.d., p. 493.

3 Constituição americana, Artigo II, Seção I, nº 6: "Em caso de destituição do Presidente, ou de sua morte, renúncia ou incapacidade para exercer os poderes e deveres de seu cargo, o mesmo caberá ao Vice-Presidente e o Congresso poderá, por lei, dispor sobre os casos de destituição, morte, renúncia ou incapacidade, tanto do Presidente como do Vice-Presidente, declarando que funcionário exercerá a presidência, e tal funcionário agirá nessa conformidade até ser removida a incapacidade e se eleger um Presidente."

ram, um defeito a acompanhar o presidencialismo (ao eleger o vice-presidente, se despreza a hipótese de vir a ocupar a presidência diante de eventual impedimento do presidente, produzindo esta negligência situações críticas, como aliás mostra a História do Brasil).

De qualquer maneira, atualmente concordam os historiadores em descrever suas qualidades: embora sem tato e obstinado, Johnson era um *selfmade man*, inteligente, honesto, patriota, corajoso, dotado de senso do dever, excelente orador, enfim, homem de grande integridade pessoal. E, no entanto, pelas circunstâncias adversas, tornou-se “talvez o menos compreendido e o mais malsinado de todos os nossos presidentes”, afirmam Morison-Commager<sup>4</sup>. Depois dele, já no século XX, possivelmente apenas Lyndon Johnson – também um sulista – tenha sido alvo de tantos ataques e tanta incompreensão (sem mencionar Richard Nixon).

Pouco depois de sua posse, iniciava-se uma longa crise institucional entre o Congresso e o Presidente. Por um lado, desejavam os congressistas aumentar seu poder, submetendo completamente o Presidente da República e destruindo o princípio da separação de poderes, mesmo contra a Constituição. “Seu fim remoto era estabelecer na União um governo parlamentar centralizado. Queriam que a última palavra sobre os poderes do Congresso fosse dada pelo próprio Congresso e não pela Suprema Corte, e que o próprio Presidente não passasse de mera figura decorativa”<sup>5</sup>. Ou, em outras palavras, “assiste o país a verdadeira ditadura do Congresso”<sup>6</sup>.

Por outro lado, uma profunda divergência, a respeito do tratamento a ser dispensado ao Sul, vencido e exangue, separava Johnson dos congressistas. Já Lincoln desejava seguir uma política de reconciliação, restabelecendo a União, como se verifica do final de seu célebre Segundo Discurso de Posse, pronunciado a 4 de março de 1865<sup>7</sup> e do último discurso público, a 11 de abril do mesmo ano, no qual defendia sua orientação relativamente ao estabelecimento de um governo na Louisiana (ao final do pronunciamento, ele afirmava ser seu “dever proceder a alguma nova comunicação ao povo do Sul”<sup>8</sup>).

4 MORISON, Samuel Eliot e COMMAGER, Henry Steele. *História dos Estados Unidos da América*. Trad. Agenor Soares de Moura e Constantino Paleólogo. São Paulo: Melhoramentos, s.d., v. 2, p. 197.

5 MORISON, Samuel Eliot e COMMAGER, Henry Steele, op. cit., p. 204.

6 RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização, 1992, p. 69.

7 “Sem rancor para com pessoa alguma; com caridade para todos; com firmeza no direito, assim como Deus nos dá a faculdade de ver o que é direito, tratemos de esforçar-nos, para concluir o trabalho em que estamos empenhados; para pensar os ferimentos da nação; para cuidar daquele que tiver combatido na batalha, e de sua viúva, e do seu órfão – para fazer tudo o que possa conseguir e acarinhar uma paz justa e duradoura, entre nós mesmos e com todas as nações” Apud *A Mensagem de Lincoln*. Notas de T. Harry Williams. Trad. Raul de Polillo. São Paulo: IBRASA, 1964, p. 281.

8 *Apud A Mensagem de Lincoln*, p. 287.

O plano de Lincoln, aplicado naquele Estado, era conhecido como "Plano dos Dez por Cento" e tinha como objetivo restabelecer as relações normais entre os Estados Sulistas e a União. Desde que, em qualquer daqueles Estados, dez por cento dos eleitores, ao menos, formassem um governo leal, prestando juramento de fidelidade à União e reconhecendo a abolição da escravidão, tal governo seria considerado legítimo. Johnson desejava prosseguir nesta política, enquanto os congressistas, entre eles predominando os republicanos extremistas, pretendiam tratar o Sul como território conquistado<sup>9</sup>, sequiosos de vingança (e o próprio Lincoln já tivera por isso dificuldades com os radicais republicanos no Congresso).

Razões econômicas e de puro oportunismo político moviam os congressistas. Se o Sul enviasse seus representantes a Washington — certamente democratas —, estes, unidos aos democratas do Norte, acabariam por obter maioria e retirar do poder os republicanos. Além disto, a legislação econômica, votada por esses, também poderia ser revogada, em detrimento do Norte, favorecendo o Sul e o Oeste (10)<sup>10</sup>. Portanto, os republicanos não combateram Johnson por uma questão de princípio, mas sim para permanecer no poder indefinidamente.

O conflito entre Johnson e os congressistas tornou-se inevitável. Decidido a estabelecer suas próprias regras para governo dos antigos Estados confederados, o Congresso constituiu uma comissão e, em abril de 1866, elaborou a Décima Quarta Emenda à Constituição. Tal emenda tinha como objetivo aparente assegurar os direitos dos negros no Sul, mas também impedia que antigos confederados exercessem vários cargos públicos<sup>11</sup>. Na realidade, os republicanos radicais queriam se perpetuar no poder, utilizando os votos dos negros. Na mesma época, os negros só gozavam direito de sufrágio em seis Estados do Norte e Ohio recusara-se a conferir este direito aos seus próprios habitantes negros<sup>12</sup>. A emenda foi

9 O Sul ter-se-ia convertido em "provincia conquistada", tal era o argumento de Thaddeus Stevens, da Pennsylvania, apud TUNC, André e TUNC, Suzanne. *Le Système Constitutionnel des États-Unis d'Amérique — Histoire Constitutionnelle*. Paris: Domat Montchrestien, 1954, p. 185, nº 70.

10 MORISON, Samuel Eliot e COMMAGER, Henry Steele, op. cit., p. 195/196, MUZZEY, David Saville, op. cit., p. 498. "Um programa político que assegurasse não apenas a manutenção no poder do partido republicano, mas a conquista pelo partido de todos os votos negros, sendo esta conquista mais necessária porque a abolição da escravidão aumentaria a representação na Câmara dos Estados do Sul, portanto provavelmente a força do partido democrata, se nenhuma contra-medida fosse tomada", TUNC, André e TUNC, Suzanne, op. cit., p. 185, nº 70.

11 "Não poderá ser Senador ou Deputado no Congresso, ou eleitor do Presidente e Vice-Presidente, ou desempenhar qualquer cargo civil ou militar, nos Estados Unidos ou em qualquer Estado, aquele que, como membro do Congresso, funcionário dos Estados Unidos, membro de qualquer Assembleia estadual ou funcionário executivo ou judicial de qualquer Estado, tendo jurado defender a Constituição dos Estados Unidos, tomar parte em insurreição ou rebelião contra a mesma, ou prestar auxílio ou apoio a seus inimigos. O Congresso pode, porém, mediante o voto de dois terços de cada Câmara, remover essa incapacidade." (Décima Quarta Emenda à Constituição americana, Seção III).

12 MUZZEY, David Saville, op. cit., p. 501.

votada pelo Congresso em abril de 1866, mas os Estados do Sul deixaram de ratificá-la em virtude de sua odiosa terceira seção.

Ao final de 1866, nas eleições para um novo Congresso, travou-se um violento duelo de oratória entre o Presidente e os radicais. Em discursos agressivos, Johnson investia contra os republicanos, estes ofendiam-no de todos os modos imagináveis.

Além disso, projetos de lei aprovados pelo Congresso eram vetados por Johnson e, por sua vez, os vetos eram rejeitados pelos congressistas<sup>13</sup>.

"Pela primeira vez na história de nossa nação", escreve Kennedy<sup>14</sup>, "importantes medidas públicas foram aprovadas contra o veto do presidente e transformadas em leis sem o seu apoio".

Prosseguindo na sua política de desfazer totalmente a obra de Johnson, o Congresso votou uma série de medidas, entre elas o *Military Reconstruction Act*, de 2 de março de 1867. Por esta lei, impunham-se governos militares aos Estados sulistas, freqüentemente violando os direitos individuais que deveriam proteger. Os governos civis foram dissolvidos, demitindo-se milhares de funcionários locais. As condições prescritas na lei, como escrevem André e Suzanne Tunc, não eram apenas injustas e inadequadas. A lei consistia em um grave equívoco porque conforme à política sua inspiradora que os antigos plantadores, vivendo em termos razoáveis com seus escravos, encontrar-se-iam submetidos aos agravos dos aventureiros sem escrúpulos, vindos do Norte, os famosos *carpet-baggers*<sup>15</sup>. Johnson vetou a lei, mas o Congresso ainda votou duas outras, o *Second Reconstruction Act*, de 23 de março, e o *Third Reconstruction Act*, de 19 de julho.

Nem mesmo a Corte Suprema escaparia à ditadura do Congresso. Quando, em abril de 1866, Johnson propôs ao Senado a nomeação de um novo juiz, em substituição a magistrado falecido, o Senado impediu-a através de um artifício. Votou uma lei, reduzindo de dez para sete o número de membros daquele tribunal<sup>16</sup>. Como as leis de "reconstrução" estivessem eivadas de inconstitucionalidades e como aquela Corte admi-

13 Segundo o Artigo I, Seção VII, nº 2 da Constituição americana, dois terços dos membros do Congresso podem rejeitar o veto presidencial: "Todo projeto aprovado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado será enviado, antes de tornar-se lei, ao Presidente dos Estados Unidos; se este aquiescer, o sancionará; na hipótese contrária, o devolverá, acompanhado de suas objeções, à câmara iniciadora, a qual fará constar em seu diário tais objeções e passará a reconsiderá-lo. Se, após a reconsideração, dois terços da Câmara concordarem em reaprovar-lo, será enviado, com as objeções presidenciais, à outra Câmara, que igualmente o reconsiderará; se também aí for aprovado por dois terços dos sufrágios, transformar-se-á em lei..."

14 KENNEDY, John Fitzgerald, op. cit., p. 126.

15 TUNC, André e TUNC, Suzanne, op. cit., p. 191/192, nº 71.

16 TUNC, André e TUNC, Suzanne, op. cit., p. 200, nº 73.

tisse sua competência para apreciá-las, um Congresso irritado inseriu, num projeto em curso relativo a matéria tributária, dispositivo retirando de sua jurisdição recursal casos do tipo do julgado e proibindo-lhe o julgamento dos processos pendentes. Tal lei foi uma das vetadas pelo Presidente, mas a Corte se submeteu.<sup>17</sup>

Na mesma data do primeiro *Reconstruction Act*, duas outras leis foram votadas, uma delas sobre o comando do Exército (*Army Appropriation Act*, seguida do *Third Reconstruction Act*, de 19 de julho) e, a outra, o *Tenure of Office Act*. Pela primeira, obrigava-se o Presidente a dar todas as ordens militares por intermédio de um general do Exército; pela segunda, o Presidente não poderia demitir, sem o consentimento do Senado, titulares de cargos públicos, cuja nomeação dependia de confirmação por aquele órgão<sup>18</sup>.

Certamente, as duas leis visavam privar Johnson de sua autoridade presidencial, consistiam em meios capciosos de interferir na administração. Mas, especialmente a segunda, tinha um objetivo oculto: conservar Edwin M. Stanton, Secretário da Guerra, no seu cargo, preparando uma armadilha para o Presidente<sup>19</sup>. Pois Stanton fora membro do gabinete de Lincoln durante a Guerra Civil, sendo partidário dos republicanos radicais.

Em agosto de 1867, convencido de que Stanton procurava transformar-se em ditador do Sul, Johnson exigiu sua demissão. Stanton recusou-se a sair antes da próxima reunião do Congresso e Johnson suspendeu-o do cargo, nomeando o General Grant. A 13 de janeiro de 1868, o Senado notificou o Presidente não concordar com a suspensão e Stanton voltou ao cargo<sup>20</sup>. Mas, como ele não comparecia às reuniões do gabinete, nem colaborava com seus colegas, Johnson finalmente, a 21 de fevereiro

17 RODRIGUES, Leda Boechat, op. cit., p. 69, JACKSON, Robert H. *The Supreme Court in the american system of government*. Cambridge, Harvard University Press, 1957, p. 11. Ao invés de julgar logo o caso, a Corte esperou o Congresso votar a lei, que amputava sua competência, para se inclinar aos seus termos. Mais tarde, o Congresso elevou para nove o número de juízes daquele tribunal, afim de permitir ao Presidente Grant a nomeação de um radical. TUNC, André e TUNC, Suzanne, op. cit., p. 203 e 204, nº 73.

18 A lei dispunha que os funcionários nomeados com o consentimento do Senado exerceriam suas funções até que o sucessor fosse nomeado do mesmo modo; entretanto, os Secretários exerceriam suas funções durante o período para o qual fossem nomeados, salvo destituição pelo Presidente com parecer e consentimento do Senado; ainda mais, não estando o Senado em sessão, o Presidente não poderia destituir os funcionários, a não ser por um certo número de razões determinadas, e nomear um substituto temporário, devendo, nos vinte dias seguintes à reabertura do Senado, prestar contas a este órgão, que teria o poder de reconduzir o funcionário exonerado, apud TUNC, André e TUNC, Suzanne, op. cit., p. 193/194, nº 71.

19 MUZZEY, David Saville, op. cit., p. 506, nota 1; no mesmo sentido, TUNC, André e TUNC, Suzanne, op. cit., p. 194, nº 71.

20 Johnson esperava que Grant levasse o assunto à Corte Suprema, mas o general aceitou a decisão do Congresso, TUNC, André e TUNC, Suzanne, op. cit., p. 194, nº 71.

de 1868, demitiu o incômodo Secretário da Guerra<sup>21</sup>. Em ato de rebeldia, Stanton recusou-se a entregar o cargo, barricando a Secretaria da Guerra.

Agora o Congresso já tinha o pretexto para iniciar o processo de *impeachment* de Andrew Johnson, “um dos episódios mais infelizes e baixos da história do governo federal”<sup>22</sup>.

Anteriormente, ainda em 1866, várias tentativas foram feitas para iniciar tal processo, mas não lograram êxito. Depois da demissão de Stanton, com rapidez extraordinária, a 24 de fevereiro de 1868, uma Câmara rancorosa e parcial julgou procedente a acusação.

Lembre-se que, nos Estados Unidos, o processo daquela natureza inicia-se, com exclusividade, na Câmara dos Representantes<sup>23</sup> e a decisão desta naquele sentido vale como pronúncia do Presidente da República, tal como ocorria no Direito Constitucional brasileiro anterior a 1988<sup>24</sup>. Julgada procedente a acusação, a Câmara se torna *accuser*, acusadora, mas o Presidente não fica suspenso de suas funções<sup>25</sup>.

A acusação foi conduzida pelos congressistas Benjamin F. Butler, Thaddeus Stevens e John Bingham. O primeiro era alcunhado “o açougueiro de Nova Orleans”; o segundo, senhor todo-poderoso da Câmara dos Representantes, “uma das figuras mais antipáticas da História dos Estados Unidos”, movido por ódio frio pela classe alta do Sul<sup>26</sup>, “personificação aleijada e fanática dos extremos do movimento radical republicano”, como o descreveu Kennedy<sup>27</sup>. Enfim, “parlamentares sem escrúpulos que esgotaram todos os recursos, apelaram para todas as paixões e preconceitos e passaram por cima de todos os obstáculos legais na sua afanosa tentativa de castigar o Presidente por se haver oposto a seus planos”<sup>28</sup>.

21 KENNEDY, John Fitzgerald, op. cit., p. 128/129, narra os acontecimentos, durante os quais se demonstra a paciência do Presidente.

22 MORISON, Samuel Eliot e COMMAGER, Henry Steele, op. cit., p. 205.

23 Artigo I, Seção II, nº 5 da Constituição americana: “A Câmara dos Deputados elegerá seu Presidente (*Speaker*) e demais membros da Mesa, cabendo-lhe, com exclusividade, o poder de *impeachment*.”

24 PONTES DE MIRANDA, Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969, Rio de Janeiro: Forense, 1967, v. 3, p. 355.

25 Embora o *impeachment* americano seja diferente do inglês, o modelo no qual se inspiraram os constituintes dos Estados Unidos foi este último, ao qual Hamilton, Alexander, faz referência expressa, O Federalista. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 500, nº 65. No Direito Inglês, o instituto tem uma natureza criminal, trata-se de um processo penal, dirigido contra qualquer pessoa, com o objetivo de impor uma pena. Inicia-se mediante uma acusação formulada pela Câmara dos Comuns, que se converte em *accuser*, sendo a *House of Lords* o órgão julgador (tal Câmara é também um tribunal, o último grau de jurisdição na Grã-Bretanha e Irlanda do Norte). Lá o instituto caiu em desuso com o parlamentarismo, valendo a moção de desconfiança como meio mais eficiente, pois preventivo, para afastar o gabinete, v. meu O *Impeachment* e os juízes federais, Jornal do Comércio, Rio de Janeiro, edição de 10 de setembro de 1992.

26 MORISON, Samuel Eliot e COMMAGER, Henry Steele, op. cit., p. 199.

27 KENNEDY, John Fitzgerald, op. cit., p. 129.

28 MORISON, Samuel Eliot e COMMAGER, Henry Steele, op. cit., p. 205.

A maioria das acusações dizia respeito à exoneração de Stanton e violações do *Tenure of Office Act* e do *Army Appropriation Act*; uma delas foi forjada com recortes de jornais, contendo discursos mutilados de Johnson<sup>29</sup>. Uma imprensa desatinada e irresponsável apoiava as acusações, instigando uma opinião pública histérica.

Também com celeridade espantosa, iniciou-se o julgamento no Senado — órgão competente segundo a Constituição americana<sup>30</sup> —, sob a presidência do *Chief Justice* Salmon Portland Chase, presidente da Corte Suprema e a quem cabia presidir aquele julgamento<sup>31</sup>, que exerceu imparcialmente sua função, exigindo a observância das formalidades legais.

A defesa de Johnson esteve a cargo de William Evarts e Benjamin Curtis, um antigo integrante da Corte Suprema, rebatendo com vantagem as alegações da acusação. Insistia em que a legislação aprovada pelo Congresso era inconstitucional, especialmente o *Tenure of Office Act*. A este respeito, Presidente e Congresso já tinham discordado anteriormente, mas já no governo de George Washington prevalecera o ponto de vista segundo o qual o primeiro não necessitava do consentimento do Senado para exonerar Secretários de Estado<sup>32</sup>. Posteriormente, em 1833, quando o Presidente Jackson demitiu o Secretário do Tesouro, W.J. Duane — porque este se recusara a cumprir uma determinação presidencial —, reabriu-se a questão. O Senado votou uma resolução, censurando Jackson, pois teria excedido seus poderes constitucionais ao exonerar Duane<sup>33</sup>. Mais tarde, depois do julgamento de Johnson, a Corte Suprema acolheria a tese da defesa deste, em *Myers v. United States*. Entendeu o tribunal mencionado não necessitar o Presidente do consentimento do Senado para demitir titulares de cargos executivos<sup>34</sup>.

Johnson jamais praticara qualquer ato que ensejasse aquele processo e sua destituição do cargo de Presidente dos Estados Unidos. Seus vetos compreendiam-se entre as atribuições constitucionais do presidente; a inconstitucionalidade do *Tenure of Office Act* era manifesta; se Stanton entendia estar sendo violado algum direito seu, deveria recorrer aos tribunais e não desobedecer ao seu superior hierárquico (pois o Presidente

29 MORISON, Samuel Eliot e COMMAGER, Henry Steele, op. cit., p. 205.

30 Artigo I, Seção III, 6: "Caberá exclusivamente ao Senado julgar todos os processos de *impeachment*. Quando este estiver reunido para tal fim, os Senadores prestarão juramento ou compromisso. O julgamento do Presidente dos Estados Unidos será presidido pelo Presidente da Corte Suprema. Ninguém será condenado sem a concordância de dois terços dos membros presentes."

31 Artigo I, Seção III, 6, v. nota anterior.

32 TUNC, André e TUNC, Suzanne, op. cit., p. 85, nº 41.

33 MUZZEY, David Saville, op. cit., p. 312 e TUNC, André e TUNC, Suzanne, op. cit., p. 139/140, nº 57.

34 *Apud* ROSENBAUM, Judith e LEE, David L. A constitutional perspective on judicial tenure. *Judicature*, v. 61, nº 10, May 1978, p. 467.

americano é o Comandante-Chefe do Exército e da Marinha)<sup>35</sup>; se a linguagem empregada por Johnson fora agressiva, os discursos dos congressistas contra ele eram altamente injuriosos e caluniosos.

No entanto, a maioria republicana no Senado não se interessava em proporcionar-lhe um julgamento justo, aliás não se interessava por qualquer julgamento. Queria privá-lo do cargo a qualquer custo, mesmo saltando os muros dos caminhos jurídicos, promovendo um linchamento moral. “As provas reveladoras favoráveis ao presidente foram arbitrariamente excluídas. O preconceito, por parte da maioria dos senadores, foi abertamente anunciado. Tentativas de suborno e outras formas de pressão campeavam. O principal interesse não estava no julgamento ou nas provas, mas na cabala dos votos necessários à condenação”<sup>36</sup>.

O prejulgamento, a ausência de imparcialidade ficaram claros em uma votação preliminar, quando o Senador Edmund G. Ross, do Kansas, não quis anunciar seu voto e Charles Sumner retrucou: “Era uma questão bastante clara, especialmente para um homem de Kansas. Não acreditava que um homem de Kansas pudesse cometer traição contra seu país”<sup>37</sup>.

Ocorre que, pela Constituição americana, a condenação do Presidente, no processo de *impeachment*, depende dos votos de dois terços dos senadores presentes<sup>38</sup>. Ora, os republicanos tinham esta maioria, mas seis dos seus senadores demonstraram ponto de vista contrário à condenação e um deles, o já mencionado Ross, recusou-se a prejudgar a questão, tornando-se assim o voto decisivo.

Edmund G. Ross era senador republicano, inimigo político de Johnson e votara sempre com a maioria radical. Mas nem por isso se dispunha a linchar o Presidente. Desencadeou-se, então, uma vasta campanha de opinião pública e na imprensa, com características de terrorismo político, destinada a intimidar Ross e os demais seis senadores republicanos. Exigia-se a deposição do Presidente, “os passos dos republicanos contrários ao impedimento eram vigiados desde o nascer do dia até o seu fim e pela noite adentro, com solicitações, argumentações e ameaças. Os jornais saíam todos os dias cheios de não poucas ameaças de violência, quando voltassem aos seus eleitorados”<sup>39</sup>.

35 Artigo II, Seção II, 1 da Constituição americana: “O Presidente será o Comandante-em-Chefe do Exército e da Marinha dos Estados Unidos e também da milícia dos diversos Estados, quando chamada ao serviço ativo dos Estados Unidos.....”

36 KENNEDY, John Fitzgerald, op. cit., p. 131.

37 *Apud* KENNEDY, John Fitzgerald, op. cit., p. 131.

38 Artigo I, Seção III, 6, *in fine*, v. nota 30.

39 KENNEDY, John Fitzgerald, op. cit., p. 132/133.

Um dos acusadores, o “açougueiro de Nova Orleans”, chegou a dizer, a respeito de Ross: “Há um arratel de dinheiro! Quanto quer o mal-dito patife?”<sup>40</sup>.

No dia 16 de maio, iniciou-se a votação, em um Senado repleto e sob silêncio sepulcral. Seis senadores republicanos votaram pela absolvição de Johnson: William Pitt Fessenden, John B. Henderson, Peter Van Winckle, Lyman Trumbull, Joseph Smith Fowler e James W. Grimes (os nomes de pessoas corajosas devem ser constantemente lembrados, até pelo exemplo dado às outras gerações). O último estava paralítico, doença que o acometera pelos constantes ataques sofridos pela sua atitude no *impeachment*. Embora a multidão nas galerias do Senado comemorasse alegremente sua propalada morte, ele compareceu carregado e, no momento de votar, insistiu em ficar de pé<sup>41</sup>.

“Quase literalmente, vi aberta minha sepultura”, escreveu mais tarde Edmund Ross<sup>42</sup>, ao chegar sua vez de votar. Mesmo assim pronunciou-se pela absolvição de Johnson, selando o destino do processo de *impeachment*: por um voto o Presidente não era destituído. Encerrava-se assim o “hoje considerado como a mais deplorável e vergonhosa exibição de rancor pessoal e grosseiro partidatismo na história americana”<sup>43</sup>.

Concluído o processo de *impeachment*, as conseqüências pessoais foram diversas. Stanton entregou o cargo e Johnson terminou seu mandato. Mais tarde, voltou a Washington como senador pelo Tennessee, novamente, eleito triunfalmente.

O mesmo não aconteceu com os senadores republicanos que votaram a seu favor. Todos tiveram as suas carreiras políticas encerradas, nenhum deles se reelegeu para o Senado. Uma torrente das piores ofensas foi dirigida contra eles, inclusive nos jornais. Edmund Ross e sua família “sofreram o ostracismo social, o ataque físico e quase a pobreza”<sup>44</sup>. Mudou-se para o Novo México, onde se tornou Governador Territorial ao fim de sua vida.

Se os sete senadores republicanos eram todos inimigos – e inimigos fingidos – de Johnson, por quem não demonstravam qualquer apreço (Trumbull, por exemplo, redigira parte das principais leis sobre a “reconstrução” do Sul, vetadas pelo Presidente), por que votaram pela sua absolvição?

40 Apud KENNEDY, John Fitzgerald, op. cit., p. 134.

41 KENNEDY, John Fitzgerald, op. cit., p. 145.

42 Apud KENNEDY, John Fitzgerald, op. cit., p. 136.

43 Andrew McLaughlin, Apud RODRIGUES, Leda Bocchat, op. cit., p. 69.

44 KENNEDY, John Fitzgerald, op. cit., p. 139.

Em primeiro lugar, porque tiveram a nobreza de colocar de lado as suas opiniões partidárias, *decidindo a questão como juizes*, portanto imparcialmente, sem temer os arreganhos da turbamulta. Respondendo a um telegrama insolente de seu Estado, exigindo a condenação do Presidente, respondeu Edmund Ross: "Não reconheço seu direito de exigir que eu vote quer a favor quer contra a condenação. Fiz um juramento de justiça imparcial segundo a Constituição e as leis, e confio em que terei a coragem de votar segundo os ditames de meu juízo, para o maior bem do país"<sup>45</sup>. Outro senador, William Fessenden, também republicano, replicou a um amigo impertinente, que insistia em influenciar seu voto contra Johnson: "Estou agindo como juiz [.....] por que direito pode qualquer homem, sobre o qual não pesa responsabilidade alguma, e que nem sequer ouve as provas, tentar aconselhar-me quanto ao que deve ser meu julgamento e mesmo a sentença? Desejo que todos os amigos e eleitores compreendam que eu, e não eles, estou participando do julgamento do presidente. Eu, não eles, jurei fazer justiça imparcial. Eu, não eles, sou responsável perante Deus e o homem por minha ação e suas consequências"<sup>46</sup>.

Na verdade, na ocasião do *impeachment*, o Senado decidiu estar reunido como órgão judiciário, não como corpo político, em grande parte graças ao Presidente da Corte Suprema, o qual escrevia: "*that when the Senate sits for the trial of an impeachment, it sits as a court, seems unquestionable*"<sup>47</sup>. Tivessem estes senadores votado segundo critérios políticos, Johnson teria sido privado de seu cargo, afrontando-se a Constituição.

Em segundo lugar, porque o *impeachment* de Johnson não teria sido apenas uma "grave injustiça", como afirma Muzzey<sup>48</sup>, mas também constituiria perigoso precedente. Nenhum presidente estaria seguro de manter seu cargo se não tivesse maioria no Congresso ou se adotasse uma orientação política diferente da do Legislativo. Na assertiva de um constitucionalista americano, "como precedente, porém, sua condenação e afastamento teriam sido desastrosos. Bastaria qualquer Presidente entrar em antagonismo com um número suficiente de membros do Senado e da Câmara para enfrentar a ameaça de impedimento"<sup>49</sup>. Em outras palavras, ter-se-ia destruído o presidencialismo americano com desprezo pela Constituição. O próprio Edmund Ross, escrevendo sobre o processo, pos-

45 Apud KENNEDY, John Fitzgerald, op. cit., p. 134.

46 Apud KENNEDY, John Fitzgerald, op. cit., p. 142.

47 Apud PINTO, Paulo Brossard de Souza. O *Impeachment*. 2ª tiragem, Porto Alegre: Liv. Globo, 1965, p. 71 nº 52, v. também TUNC, André e TUNC, Suzanne, op. cit., p. 195, nº 71. A questão da natureza jurídica do *impeachment* não é pacífica, mas controvertida. Sustento que tanto o processo como o julgamento não são políticos, mas sim propriamente jurídicos, com todas as consequências daí decorrentes. O Congresso, ao apreciar o pedido, posteriormente ao decidir sobre ele, exerce uma função judicial, v. IMB – Notícias órgão oficial do Instituto dos Magistrados do Brasil, Ano XVII, 4º trimestre de 1992, nº 37, p. 9/13.

48 MUZZEY, David Saville, op. cit., p. 506, nota 1.

49 Apud RODRIGUES, Lêda Boechat, op. cit., p. 69.

teriormente, afirmava: "num sentido amplo, o que estava sendo julgado era a independência do Executivo como ramo igual do governo ... Se... um presidente devesse ser deposto... como homem desgraçado e proscrito político... com base em provas insuficientes e em considerações partidaristas, o cargo de presidente estaria desgraçado, deixaria de ser um ramo igual do Governo, e desde então ficaria sujeito à vontade legislativa. Teria sido, praticamente, revolucionar o nosso esplêndido tecido político, transformando-o numa autocracia congressional partidarista... Este governo jamais enfrentara perigo tão insidioso... de controle pelo pior elemento da política estadunidense... Se Andrew Johnson fosse absolvido por um voto não partidarista... os Estados Unidos ultrapassariam o ponto perigoso do governo partidário e daquela intolerância que tão frequentemente caracteriza a força das grandes maiorias e as torna perigosas"<sup>50</sup>.

Em narrativas como essa, são desnecessárias conclusões. Histórias de coragem, de homens que agiram conforme suas consciências e segundo suas convicções, apesar das circunstâncias desfavoráveis e da hostilidade do meio, falam por si mesmas. Depois delas, repetindo Vigny, "*seul le silence est grand*".

## BIBLIOGRAFIA

HAMILTON, Alexander. **O Federalista**. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

JACKSON, Robert H. **The Supreme Court in the american system of government**. Cambridge: Harvard University Press, 1957.

KENNEDY, John Fitzgerald. **Política e Coragem**. Trad. Neil R. da Silva. Belo Horizonte: Difusão Pan Americana do Livro, 1964.

LINCOLN, Abraham. **A Mensagem de Lincoln**. Notas de T. Harry Williams. Trad. Raul de Polillo. São Paulo: IBRASA, 1964.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MORISON, Samuel Eliot e COMMAGER, Henry Steele. **História dos Estados Unidos da América**. Trad. Agenor Soares de Moura e Constantino Paleólogo. São Paulo: Melhoramentos, s.d.

---

50 Apud KENNEDY, John Fitzgerald, op. cit., p. 137. Não se tratava de um debate a respeito de qual o melhor sistema de governo, presidencialismo ou parlamentarismo, mas sim de respeitar uma Constituição consagradora do primeiro.

MUZZEY, David Saville. *Histoire des États-Unis d'Amérique*. Trad. A. de Lapradelle. Paris: Larousse, s.d.

PINTO, Paulo Brossard de Souza. *O Impeachment*. 2ª tiragem. Porto Alegre: Liv. Globo, 1965.

REIS, Carlos David S. Aarão. *A Natureza Jurídica do Impeachment*. *IMB – Notícias* – órgão oficial do Instituto dos Magistrados do Brasil. Ano XVII, 4º trimestre de 1992, nº 37, p. 9-13.

\_\_\_\_\_. *O Impeachment e os juízes federais*. *Jornal do Comércio*, Rio de Janeiro, edição de 10 de setembro de 1992.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização, 1992.

ROSENBAUM, Judith e LEE, David L. A constitutional perspective on judicial tenure, *Judicature* – The Journal of the American Judicature Society. May 1978, v. 61, nº 10, p. 465-475.

TUNC, André e TUNC, Suzanne. *Le Système Constitutionnel des États-Unis d'Amérique – Histoire Constitutionnelle*. Paris: Ed. Domat Montchrestien, 1954.

## A GLOBALIZAÇÃO DA PAZ SOLIDÁRIA

ANTÔNIO SOUZA PRUDENTE

Juiz do TRF/1ª Região, Mestre em Direito Público,

Doutorando em Direito pela UFPE

e Professor Decano da Universidade Católica de Brasília

Nesta virada do Século, os programas de "estabilização econômica" e de "ajuste estrutural" impostos pelo FMI e pelo Banco Mundial aos países em desenvolvimento, como condição para a renegociação da dívida externa, têm levado milhões de pessoas ao empobrecimento e à extrema miséria, a exemplo do quadro falimentar de nossos irmãos argentinos, postos a receber em doses letais a extrema-unção diabólica do Fundo Monetário Internacional, qual "genocídio econômico" levado a cabo pela deliberada manipulação das forças de mercado.

O Brasil está mergulhado, infelizmente, nesse contexto histórico, tragicamente comandado pelo capitalismo colonialista, aético e global, sem adversário estratégico, totalmente indiferente aos valores humanos e sociais.

É lamentável ver-se um país como este, de dimensão continental, com imensas riquezas e belezas naturais, inteiramente exposto à cupidez alienígena e poluído de milhões de miseráveis de todas as idades, sem saúde, sem teto, sem terra, sem pão e educação e sem nada, com índices alarmantes e sempre mais crescentes de violências e criminalidades, ante a postura discursiva e omissiva de nossos governantes, sem pronta solução.

Ora, o Brasil não é "isso", como já dizia o grande Rui, no início do século passado. "O Brasil, senhores, sois Vós. O Brasil é esta assembléia. O Brasil é este comércio imenso de almas livres. Não são os comensais do erário. Não são as ratazanas do Tesouro. Não são os mercadores do parlamento. Não são as sanguessugas da riqueza pública. Não são os falsificadores de eleições. Não são os compradores de jornais. Não são os corruptores do sistema republicano. Não são os oligarcas estaduais. Não são os ministros da tarraxa. Não são os presidentes de palha. Não são os publicistas de aluguel. Não são os estadistas de impostura. Não são os diplomatas de marca estrangeira. São as células ativas da vida nacional. É a multidão que não adula, não teme, não corre, não recua, não deserta, não se vende. Não é a massa inconsciente, que oscila da servidão à desordem, mas a coesão orgânica das unidades pensantes, o oceano das consciências, a mole das vagas humanas, onde a Providência acumula reservas inesgotáveis de calor, de força e de luz para a renovação das nossas energias. E o povo, num desses movimentos seus, em que se descobre toda a sua majestade." (1)

Ante a experiência agressiva e fracassada da globalização econômica, no processo histórico em que vivemos ou tentamos sobreviver,

frente às manifestações terroristas de esquerda e de direita, fundamentalistas ou não, em todo o planeta, nunca será demais lembrar o patriotismo tão necessário aos dias de hoje, e, ainda, tão bem definido pela cultura universal do jurista baiano, nestas letras:

“Não vos iludais com essas falsificações abominandas. O sentimento que divide, inimiziza, retalia, destrói, amaldiçoa, persegue, não será jamais o da pátria. A pátria é a família amplificada. É a família, divinamente constituída, tem por elementos orgânicos a honra, a disciplina, a fidelidade, a benquerença, o sacrifício. É uma harmonia instintiva de vontades, uma desestudada permuta de abnegações, um tecido vivente de almas entrelaçadas. Multiplicai a célula, e tendes o organismo. Multiplicai a família, e tereis a pátria. Sempre o mesmo plasma, a mesma substância nervosa, a mesma circulação sanguínea. Os homens não inventaram, antes adulteraram a fraternidade, de que Cristo lhes dera a fórmula sublime, ensinando-os a se amarem uns aos outros: *Diliges proximum tuum sicut te ipsum*.

Dilatai a fraternidade cristã, e chegareis das afeições individuais às solidariedades coletivas, da família à nação, da nação à humanidade. Objetar-me-eis com a guerra? Eu vos respondo com o arbitramento. O porvir é assaz vasto, para comportar essa grande esperança. Ainda entre as nações, independentes, soberanas, o dever dos deveres está em respeitar nas outras os direitos da nossa. Aplicai-o agora dentro nas raías desta: é o mesmo resultado: benqueiramo-nos uns aos outros, como nos queremos a nós mesmos.”(2)

Como se vê, o sentimento patriótico não é incompatível com o fenômeno da globalização solidária, a única capaz de salvar a humanidade da tragédia apocalíptica, a que nos leva o egoísmo dos mercados financeiros internacionais, como, assim, já o reconhece **Klaus Schwab**, Presidente do Fórum Econômico Mundial, que se realizara, numa quinta-feira histórica, em Nova York, onde os 106 países participantes estão a discutir, com a presença ativa de organizações Não-Governamentais de todo o mundo, sob o tema **“Liderança em Tempos Frágeis – Uma Visão para o Futuro Comum”**, questões relevantes à construção da paz mundial, tais como, a restauração do crescimento sustentado, segurança e vulnerabilidade, redefinição dos desafios empresariais, redução da pobreza e a busca da igualdade, compartilhando valores e respeitando as diferenças e, ainda, a reavaliação da liderança e o conceito de governança, pois, na acertada observação de Mauro Santayana, “ao se tornar virtualmente global, o mundo começou a tornar-se realmente global: se a riqueza não foi distribuída aos pobres, a violência e a angústia provocada pelo medo começaram a ser distribuídas aos ricos” (3).

Em outro extremo continental, realizou-se, também, em Porto Alegre (RS), o III Fórum Social Mundial, em que se busca **“um outro mundo possível”**, com a participação de, aproximadamente, 50 (cinqüen-

ta) mil pessoas e o apoio da Organização das nações Unidas (ONU), visando discutir temas fundamentais, como o **deseenvolvimento sustentável** – alternativas para conciliar o crescimento econômico e o respeito ao meio ambiente; a **participação popular** – experiências como o orçamento participativo que aumentou o poder da comunidade de participar ativamente das decisões dos governos municipais, estaduais e nacionais; a **economia solidária** – novas formas de distribuir renda e gerar emprego; **direitos das minorias** – como assegurar a mulheres, negros, homossexuais, povos indígenas e a outras minorias direitos plenos; **acesso à terra** – como avançar a reforma agrária e garantir a sobrevivência econômica dos pequenos agricultores, incluindo-se o combate aos alimentos transgênicos (geneticamente modificados); a **taxa Tobin** – a aplicação de uma espécie de CPMF (o popularmente conhecido imposto do cheque) sobre toda a movimentação financeira internacional, cuja receita arrecadada seria destinada ao combate à pobreza universal; o **perdão da dívida** – os países mais pobres, especialmente da África e da América Latina, teriam suas dívidas externas perdoadas em troca de investimentos maciços na eliminação da miséria planetária; o **protocolo de Kyoto** – a assinatura imediata do acordo que prevê a redução da emissão de gases causadores do efeito estufa, posto que os Estados Unidos, maiores poluidores da atmosfera, recusaram-se a ratificar esse protocolo; e o **fim dos paraísos fiscais**, com vistas a diminuir o sigilo bancário, em países considerados paraísos fiscais, para facilitar as investigações de crimes de corrupção e formação de quadrilhas nacionais e internacionais.

A discussão desses temas importantes, em Fóruns mundiais, visa a construção da Paz Universal, pois todos os seres vivos precisamos de Paz. E a Paz, como adverte a encíclica papal *Gaudium et Spes*, “não é a mera ausência de guerra, nem se reduz ao simples equilíbrio de forças entre os adversários, nem é o resultado de opressão violenta: antes é, adequada e propriamente, definida “obra da justiça” (Is 32, 7). É fruto da ordem que o seu Fundador divino inseriu na sociedade humana. Deve ser realizada, em perfeição progressiva, pelos homens que têm sede de justiça. Pois, embora o bem comum do gênero humano seja moderado em seus princípios fundamentais pela lei eterna, em suas exigências concretas, fica sujeito a contínuas mudanças, no decorrer dos tempos: a paz nunca é conquistada de uma vez para sempre; deve ser continuamente construída”(4).

De ver-se, pois, que, somente a instalação de uma ordem jurídica justa poderá conduzir o ser humano a cumprir sua vocação natural de construtor da vida, no processo de globalização da Paz.

Nesse contexto, o Juiz do Terceiro Milênio tem papel relevante na edificação da paz, no meio social, e, por isso está autorizado pela consciência da cidadania plena e pela ordem jurídica justa a decidir, com total independência, em juízo sumário, com base na verossimilhança das alegações e probabilidades da vontade da lei, já não mais aceitando a condição passiva de locutor impotente e amordaçado pela norma legal, como assim

o quis Montesquieu, no passado, e assim o quer, no presente, os condutores da globalização econômica e do capitalismo financeiro, no mercado internacional.

Estamos vivendo, hoje, assim, na plenitude do poder geral de cautela do juiz, que de há muito rompera as mordaças da doutrina liberal, para garantir o retorno do cidadão, neste novo século, capaz de reedificar o mundo pela consciência dos homens, no exercício da comunhão de sentimentos e da solidariedade, que se ilumina na inteligência criativa e serviente à aventura da vida, no processo de construção de uma democracia plenamente participativa.

Ainda nesse último Encontro Mundial Ecnmênico de oração pela paz, realizado em Assis (Itália), no dia 24 do mês corrente, o Papa João Paulo II conclama os Jovens do Terceiro Milênio a serem sentinelas da Paz, rumo ao futuro que amanhece, animados pelo espírito de Francisco de Assis, que é o Espírito Santo, garantidor da paz duradoura e universal, pois, na visão ecumênica do Sumo Pontífice, a oração pela paz não se traduz num ato de isolamento histórico entre os homens, mas no enfrentamento contínuo dos problemas, com a ajuda permanente das forças do Alto, das forças do Bem, que nos revelam a presença constante de Deus entre nós.

Brasília-DF., em 31 de janeiro de 2002.

## BIBLIOGRAFIA

1. OLIVEIRA, Rui Caetano Barbosa de (Rui Barbosa)  
— “Campanhas Presidenciais” - Vol. IV — Editora Itacema Ltda — SP — p. 222.
2. OLIVEIRA, Rui Caetano Barbosa de (Rui Barbosa)  
— “Textos Escolhidos” — Editora AGIR — Rio de Janeiro — 1962, p. 48.
3. SANTAYANA, Mauro  
— “Dois Mundos” — Caderno Opinião — Correio Braziliense — Edição de 30 de janeiro de 2002, p. 5 — Brasília — DF.
4. KLOPPENBURG, Frei Boa Ventura — O.F.M.  
— “Compêndio do Vaticano II — constituições, decretos e declarações”, 3ª Ed. Vozes, RJ — 1968, p. 158.

## ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DE OFÍCIO?

POR GEORGE MARMELESTEIN LIMA

Juiz Federal Substituto<sup>1</sup>

O art. 273, do CPC, não dá margem a dúvidas: a antecipação da tutela deverá ser precedida de requerimento da parte (*"o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu"*). Logo, a princípio, à luz da dicção literal do dispositivo, o magistrado não poderia antecipar os efeitos da tutela sem requerimento da parte, não havendo espaço para discutir a possibilidade da antecipação da tutela de ofício.

Esse entendimento é reforçado por outros argumentos, calcados nos princípios tradicionais do processo como o da demanda ou da iniciativa da parte, da adstrição do juiz ao pedido e o princípio dispositivo, previstos, inclusive, no CPC (*"art. 2º. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais"*; *"art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte"*).

Sustenta-se ainda que, se o juiz tomar a iniciativa de antecipar a tutela, sua imparcialidade estará sendo comprometida.

Além disso, argumenta-se que, como os eventuais danos decorrentes da execução da medida deverão ser suportados pela parte, tal como ocorre no processo cautelar (art. 811), somente ela - a parte - deveria escolher se pretende ou não correr o risco de obter a antecipação da tutela.

Por todas essas razões, tanto a doutrina quanto a jurisprudência são praticamente unânimes em reconhecer a impossibilidade de se antecipar a tutela sem que haja requerimento expresso nesse sentido.

A matéria, porém, não é tão simples. Há algumas vozes (poucas, é verdade) que insistem na possibilidade da antecipação da tutela sem que haja requerimento expresso da parte interessada. Faço parte desse minoritário clã e passo a expor as minhas razões.

Primeiramente, o instituto da tutela antecipada tem fundamento constitucional, pois decorre do direito fundamental à tutela efetiva (art. 5º, inc. XXXV, da CF/88: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário*

rio lesão ou ameaça a direito), sendo certo que o direito fundamental consagrado no dispositivo garante ao jurisdicionado não apenas o direito formal de propor a ação, indo muito mais além, pois assegura o direito a uma tutela adequada e efetiva. Desse modo, considerando que uma das principais características que o moderno constitucionalismo reconhece aos direitos fundamentais consiste na sua aplicabilidade imediata, o juiz, no atendimento concreto das providências que se revelem indispensáveis para concretizar um dado direito fundamental (no caso, o direito à tutela efetiva ou à ação), pode (e deve) atuar independentemente e mesmo contra a vontade da lei infraconstitucional, pois, para efetivar os preceitos constitucionais, não é preciso pedir licença a ninguém, muito menos ao legislador.

Em segundo lugar, a circunstância de uma norma ser, *a priori*, válida não inibe a possibilidade de, no caso concreto, ser afastada a sua incidência, desde que sua aplicação acarrete uma flagrante injustiça. A lei, como norma genérica e abstrata, por mais útil e correta que seja, pode na casuística levar a situações absurdas, vez que é impossível ao legislador prever a totalidade dos casos particulares e querer esgotar por completo a atividade criadora do aplicador do Direito. Portanto, antes de aplicar acriticamente os "rigores da lei", tal qual um poeta parnasiano do século passado, através do velho exercício mecânico da lógica formal de subsunção dos fatos à norma, o magistrado deve fazer uma análise tópica, buscando a máxima efetivação dos princípios consagrados na Constituição, nunca temendo decidir *contra legem*, desde que julgue *pro* Constituição. Na hipótese do prévio requerimento como requisito para a antecipação da tutela, embora se possa considerar sua exigência, em abstrato, válida, em certos casos específicos, pode vir ela a se mostrar desarrazoada e injusta, devendo o juiz, nestas situações, antecipar a tutela mesmo sem pedido expresso, a fim de dar cumprimento à norma constitucional que garante a efetividade do processo.

Terceiro, as verbas alimentícias (p. ex., as decorrentes de benefícios previdenciários ou assistenciais) trazem sempre consigo um clamor de urgência na sua obtenção. Desse modo, tratando-se de verbas dessa natureza, o pedido não precisa fazer menção expressa à antecipação de tutela ou ao art. 273, do CPC, pois está implícita a necessidade de sua concessão, sobretudo quando se trata de pessoa humilde, desamparada, idosa, que, em regra, não tem condições de contratar um bom advogado para representá-la.

Em quarto lugar, há o próprio despreparo de alguns advogados, que esquecem, por ignorância, de fazer o requerimento. Nos casos de ações de competência dos Juizados Especiais Cíveis ou da Justiça do Trabalho, em que é possível peticionar sem a representação técnica por advogado, também fica manifesta a desnecessidade de requerimento expresso de antecipação de tutela, já que seria cômico exigir que um sujeito de parca instrução saiba o que é a antecipação de tutela e, por consequência, venha a requerê-la. Lembra-se que o direito processual moderno

pauta-se no princípio da instrumentalidade das formas e, como decorrência da instrumentalidade - corolário do princípio da efetividade e do acesso à justiça -, o magistrado é obrigado a sanar, sempre que possível, as atecnias cometidas pelas partes hipossuficientes. Qualquer comportamento excessivamente formalista por parte do juiz não seria legítimo, afinal a atenção à forma que não atenda ao ideal da instrumentalidade, na imagem de Liebman, não passará da mais solene deformação. Ou, como afirma Portanova, *"nestes tempos de preocupação publicística e social do direito em geral e do processo em particular, o princípio da ação está a desafiar o processualista moderno. Não se pode esquecer que o pobre, por exemplo, desconhece seus direitos. Quando os intui, muitas vezes têm dificuldade de expressá-los. Assim, conseguir ter acesso ao Judiciário civil já é, para o pobre, uma grande conquista. Contudo, infelizmente, acabam representados por advogados pouco preparados ou ainda em preparação. Assim, seja por defeito de forma ou por desconhecimento do fundo, muitas vezes o verdadeiro direito do pobre só vai aparecer ao longo do processo. E é claro, não raro estará fora do pedido inicial. Nesses casos, o jurista está desafiado a informalizar de tal modo o processo e amenizar o princípio a ponto de, iniciada a demanda, seja viabilizado chegar-se com sucesso ao atendimento do real bem da vida pretendido pelas partes, independentemente dos limites do pedido"* (PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil, p. 118.).

Uma outra hipótese em que se mostra desarrazoada a exigência de requerimento expresso ocorre nos casos de conflito de interesses entre o cliente e o advogado, fato corriqueiro nos feitos previdenciários. No caso, a antecipação da tutela seria do interesse da parte, que necessita do benefício até para garantir sua própria sobrevivência; para o advogado, contudo, a antecipação da tutela seria prejudicial, pois haveria redução do valor da futura execução, fazendo com que os ganhos do advogado se tornem menores, já que os honorários de sucumbência são calculados com base no valor da condenação. Por isso, é comum se deparar com ações de revisão ou concessão de benefícios previdenciários em que não há pedido de antecipação, mesmo sendo patente a verossimilhança das alegações e mais patente ainda a presença do *periculum in mora*, tendo em vista que a própria subsistência do segurado está em jogo. Condicionar a antecipação da tutela à manifestação expressa do advogado seria, nessa hipótese, uma grande injustiça para a parte, razão pela qual entendo ser perfeitamente possível a antecipação de ofício com fundamento no próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

Por todas essas razões, creio ser possível a antecipação da tutela sem requerimento expresso, desde que, no caso concreto, não se mostre razoável a exigência.

Tenho me deparado com inúmeros feitos previdenciários em que a antecipação da tutela, de ofício, mostra-se não apenas útil como também

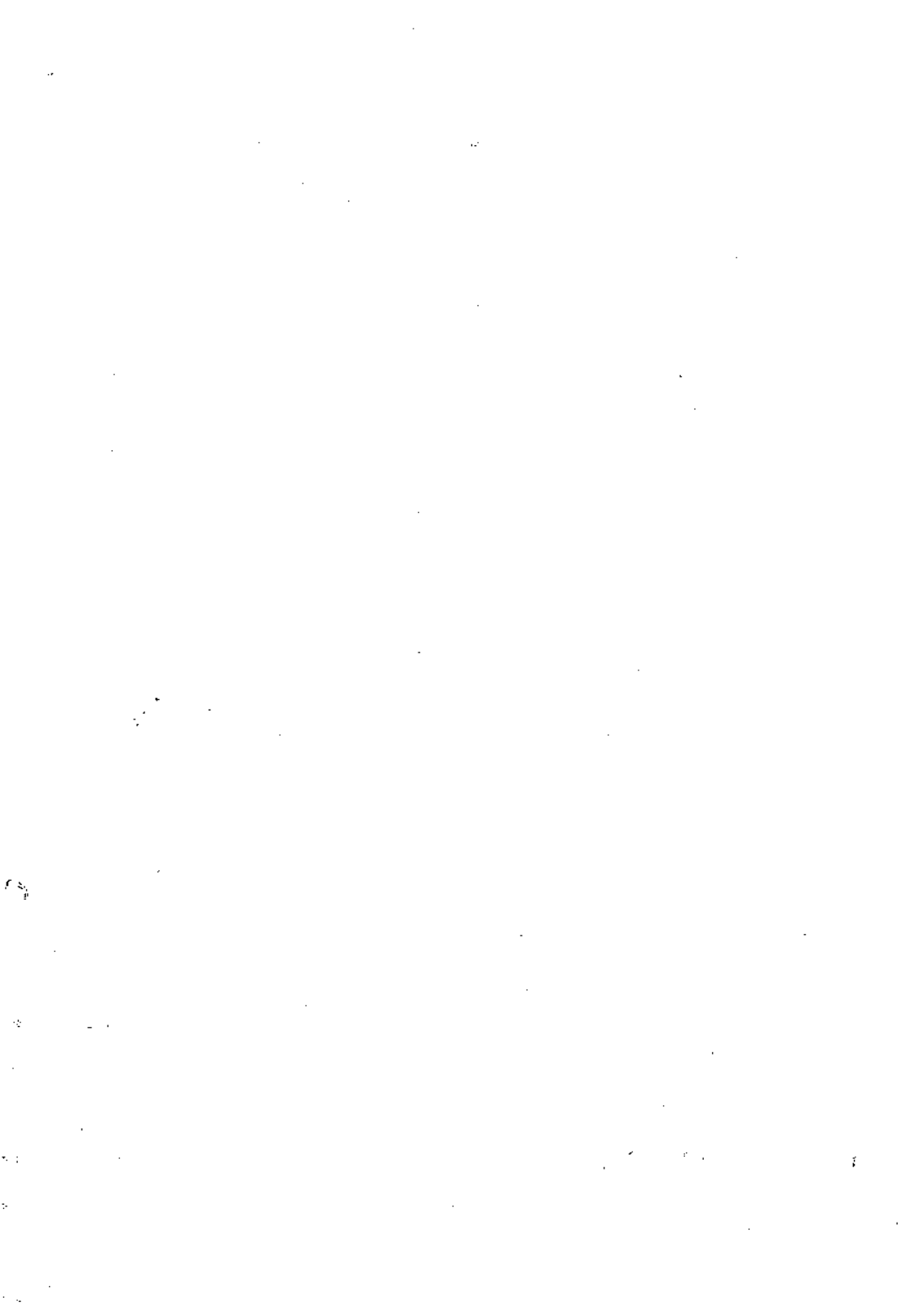
fundamental. São processos que tramitam em primeiro grau há cerca de cinco anos e certamente levarão outros cinco anos nas instâncias superiores. Os autores são sempre bem idosos, pedindo uma simples aposentadoria rural por idade, cujo valor corresponde a tão somente um salário-mínimo. A eficácia do provimento final estaria seriamente comprometida caso seus efeitos não fossem antecipados imediatamente, pois, não obtendo desde logo a tão sonhada aposentadoria, certamente a parte autora já haverá falecido quando a sentença transitar em julgado, o que, infelizmente, ocorre com certa frequência. Por isso, sempre venho antecipando a tutela quando a verossimilhança é manifesta, demonstrada com farta prova documental e testemunhal do tempo de serviço rural necessário à obtenção do benefício.

O argumento de que somente a parte poderia dizer se gostaria ou não de correr o risco de obter a antecipação, já que seria ela quem suportaria os eventuais danos decorrentes da execução da medida, em analogia com o que ocorre com a medida cautelar, não serve de fundamento para impedir a antecipação de ofício, já que também no processo cautelar se admite a concessão da medida liminar de ofício. Além disso, a tese não procede nos casos de recebimento de verbas alimentícias, como no caso de benefícios previdenciários ou assistenciais, pois é entendimento pacífico que tais verbas não podem ser objeto de repetição, salvo se houver má-fé. Como o beneficiário da antecipação da tutela estará recebendo os valores de boa-fé, ele não poderá ser condenado a devolvê-la; logo, não deverá suportar os danos decorrentes da execução da medida, caso, posteriormente, a tutela seja revogada.

Do mesmo modo, os tradicionais princípios processuais consagradores da inércia jurisdicional também não devem servir de escudo para um comportamento inerte e passivo do magistrado. O juiz, moralmente comprometido com a missão de realizar o justo, inquieto diante da complexidade procedimental, criará, ele próprio, alternativas propiciadoras da efetividade processual, não se tranqüilizando com auto-escusa calcada nas deficiências do sistema (*Uma Nova Ética para o Juiz*. Coord. José Renato Nalini. RT, p. 7). A imparcialidade do juiz, nesse caso, não estará abalada, como pensam alguns processualistas mais tradicionais. Na verdade, o magistrado não estará *tomando partido* em relação a esta ou aquela parte, mas tão somente agindo para concretizar um direito fundamental. Lembra-se que estamos vivendo a terceira geração (ou dimensão) dos direitos fundamentais. Por esse motivo, o direito (fundamental) de ação perde aquele caráter negativista de alhures e algures, onde seria apenas um comando proibitivo ao Legislativo (*a lei não excluirá*), para alcançar uma acepção positiva, abraçada ao princípio da igualdade e da solidariedade, e que gera ao Estado em sentido amplo — aqui incluído o juiz — o dever irrecusável (de cunho positivo, afirmativo) de prestar adequada e satisfatoriamente a tutela jurisdicional, mesmo que, para isso, tenha que agir ao léu das veleidades legais.

Se mesmo diante de todos esses argumentos ainda se insista na impossibilidade legal de antecipação da tutela sem pedido expresso, invoca-se o próprio Código de Processo Civil em favor da tese que ora se defende. Nos termos do artigo 461 do CPC, o juiz pode, na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, conceder a tutela específica da obrigação, liminarmente, se reconhecer o fundamento jurídico da demanda como relevante e existir justificado receio de ineficácia do provimento final, devendo tomar as medidas necessárias para a efetivação desta decisão. Veja-se que não há qualquer exigência de prévio requerimento da parte; pelo contrário, o §5º autoriza que o juiz, mesmo de ofício, determine as medidas necessárias para a efetivação da tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente. Desse modo, voltando ao exemplo de pedido de concessão de benefícios previdenciários, por se tratar de obrigação de fazer (implantação do benefício), é possível a antecipação da tutela de ofício, em conformidade com o art. 461, do CPC.

Futuramente, se for aprovada a mudança legislativa consagrando a técnica da execução imediata da sentença, segundo a qual a apelação deverá ser, em regra, recebida somente no efeito devolutivo, vários problemas aqui apontados serão solucionados, já que a sentença, por si só, independentemente do trânsito em julgado, terá força mandamental. Porém, enquanto a mudança legislativa não vem, e sem precisar invocar a cômoda desculpa da "*sugestão de lege ferenda*", é perfeitamente defensável, que, em nome do valor constitucional consagrador do direito à completa e efetiva prestação jurisdicional, possa o juiz antecipar a tutela independente de requerimento da parte, sobretudo nas situações extremas que se citou. Trata-se, sem dúvida, de uma visão um tanto quanto "avançada" para os padrões tradicionais do processo, que aprisionam o juiz com as frias algemas da lei. Mas o porvir há de demonstrar que essa conclusão é um corolário lógico da fase constitucional e humanística por que passa o direito, em que a sociedade espera do magistrado uma postura serena, altiva e corajosa na busca de soluções criativas capazes de concretizar a justiça social.



## **DA POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO ULTRA E EXTRA PETITA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS**

---

**GERALDO DA SILVA BATISTA JÚNIOR**

Juiz de Direito Titular da 4ª Vara Cível de Campos dos Goytacazes/RJ

Mestre em Políticas Públicas e Processo

Professor da Universidade Estácio de Sá

O presente trabalho tem por objetivo focar o julgamento da lide à luz do princípio da correlação entre o pedido do autor e o dispositivo da sentença, mas também tendo em consideração as inovações introduzidas pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Iniciemos com um exemplo: um clube de uma cidade do interior do Estado do Rio de Janeiro criou uma qualidade de sócio especial para filhos de antigos sócios que tivessem perdido o direito de continuar como dependentes dos pais em razão da idade. As condições de pagamento oferecidas eram melhores que as dos sócios comuns, inclusive com possibilidade de amplo parcelamento. Logo após a posse da diretoria seguinte, foi constatado que esta criação tinha se dado ao arrepio dos estatutos sociais da entidade, o que levou o novo presidente a proibir o acesso destes "novos sócios" às dependências do clube. Dezenas de ações chegaram ao Juizado Especial com pedidos de que fosse determinada a readmissão dos associados excluídos, sem nada mencionar a respeito dos pagamentos já efetuados. A questão foi examinada e observou-se que realmente a instituição da nova modalidade de sócio era contrária aos estatutos da entidade e que o pedido inicial não podia ser concedido. Restaram indagações: e o dinheiro pago? Poderia o juiz, nestas mesmas ações, determinar que o clube devolvesse as parcelas pagas pelos excluídos?

O exemplo acima citado serve para provocar um questionamento a respeito da aplicação do princípio da correlação entre o pedido inicial e a sentença (também denominado princípio de adstrição do juiz ao pedido da parte) aos Juizados Especiais Cíveis. A solução para o problema não é das mais simples, porque, ao mesmo tempo em que o citado princípio jurídico é basilar no Direito Processual Civil Brasileiro, não se pode esquecer que os Juizados têm como característica a possibilidade de ajuizamento de ações pela própria parte interessada, sem a assistência de advogados. Como exigir, num país de milhões de analfabetos e semi-analfabetos, o conhecimento a respeito deste instituto processual, de modo a que os autores (ou reclamantes) apresentem com clareza suas pretensões em juízo? Têm os usuários deste novel sistema de Justiça ciência do que sejam cumulações simples, sucessivas, alternativas ou eventuais de pedidos? É evidente que não.

Para uma reflexão mais profunda é preciso analisar o contexto em que nasceram os Juizados de Pequenas Causas hoje transformados em Juizados Especiais Cíveis.

A bela obra “**ACESSO À JUSTIÇA**”, do grande Mauro Cappelletti<sup>1</sup>, demonstra a preocupação, no mundo inteiro, com o acesso de todos à Justiça. São suas estas palavras:

“De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça, pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.”<sup>2</sup>

Na mesma obra o autor relaciona as principais barreiras para o efetivo acesso à Justiça. Seriam elas: 1- custas judiciais; 2- pequenas causas (às vezes os custos excedem o montante da controvérsia em questões decididas nos processos judiciais formais); 3- tempo; 4- pequenas possibilidades da população em geral, em termos de recursos financeiros e aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa; 5- dificuldades do litigante eventual frente ao habitual (normalmente grandes empresas com estrutura jurídica organizada); 6- dificuldades na defesa dos interesses difusos.

Basta uma breve análise dos obstáculos enumerados, para que possamos observar que são mais pronunciados em relação às pequenas causas e aos autores individuais, especialmente os pobres.

Prossegue, em sua obra, o festejado mestre enumerando as soluções práticas para os problemas de acesso à Justiça. Volto a transcrever suas palavras:

“O recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à Justiça levou a três posições básicas, pelo menos nos países do mundo Ocidental... Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso - a primeira “onda” desse movimento novo - foi a *assistência judiciária*; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar *representação jurídica para os interesses “difusos”*, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro - e mais recente - é o que nos propomos a chamar simplesmente “*ênfase de acesso à justiça*” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito

---

1 Cappelletti, Mauro

2 Ob. cit., pp 9/10

além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.”<sup>3</sup>

Conforme demonstra com propriedade o eminente autor, esta visão moderna do “**enfoque de acesso à Justiça**” é muito mais do que assistencialista, evidenciando a necessidade de medidas de caráter geral, com reformas no campo dos direitos material e processual, além das estruturas dos órgãos de assistência jurídica, jurisdicionais e administrativos. Esta tem sido a tendência do Direito Nacional nos últimos tempos. Observe-se, dentre outros diplomas legais, o Código de Defesa do Consumidor, com suas mudanças estruturais, que criou, inclusive, órgãos administrativos para fiscalização de direitos e orientação dos consumidores.

Sem dúvida, as maiores preocupações do Direito atual estão relacionadas com o acesso à Justiça e a efetividade das decisões judiciais.

É neste contexto que nasceu a idéia dos Juizados Especiais. Tais órgãos jurisdicionais foram criados com o objetivo de eliminar ou pelo menos diminuir alguns dos obstáculos ao efetivo acesso à Justiça. É por isso que, em primeiro grau, não há custas, que é possível postular sem advogado, que o processo é essencialmente oral e informal e outras coisas mais.

Nesta esteira de raciocínio, visualizamos que nem todos os conceitos tradicionais do Direito Processual Civil podem ser levados para o sistema dos Juizados, sob pena de se anular inteiramente seus benefícios e o esforço no sentido de amenizar as barreiras ao acesso à Justiça no nosso País. Em outras palavras: para tornar inoperante um Juizado Especial basta que no seu comando coloquemos um Juiz que não tenha consciência dos seus objetivos e que seja apegado aos dogmas formais do processo tradicional.

Nas circunstâncias representadas pelo exemplo com o qual este trabalho foi aberto, podemos indagar: por que não deliberar o juiz imediatamente sobre a questão da devolução do dinheiro? Não consistiria isto em prestação rápida e efetiva da jurisdição, anseio de todos e objetivo principal dos Juizados? Pretendemos mostrar que sim, mas alguns Juízes ainda resistem, invocando o princípio da correlação entre o pedido inicial e a sentença.

Passemos a uma reflexão sobre este instituto processual. Merece transcrição o ensinamento de Moacyr Amaral Santos, vejamos:

“Fiel ao princípio dispositivo, o Código consagra o princípio de adstrição do juiz ao pedido da parte. Fê-lo no art. 128... Repete-o

---

3 Ob. cit., p 31.

no art. 460, agora como requisito da sentença: a sentença deverá ser a resposta jurisdicional ao pedido do autor, nos limites em que este o formulou. Afastando-se desses limites, a sentença decide *extra* ou *ultra petita*... A sentença deverá conter-se nos limites do pedido, tanto no que concerne ao pedido *imediato* como no que concerne ao pedido *mediato*.”<sup>4</sup>

Apesar das resistências, devemos entender que este princípio jurídico não se aplica aos Juizados Especiais Cíveis. A razão principal consiste na incompatibilidade entre os fins desta nova Justiça e os dogmas formais tradicionais.

A solução para a questão foi dada pelo próprio legislador, no art. 6º da Lei nº 9.099/95, que estabelece:

“O juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.”

Foi sábio o legislador ao permitir que o Juiz decida por equidade no âmbito dos Juizados Especiais e fez isto em razão de ser esta Lei produto de um pensamento jurídico compromissado com o efetivo acesso à Justiça. Ele previu que o julgador, em determinadas situações, enfrentaria dificuldades para decidir processos instaurados por leigos, em relação aos quais sequer houve despacho liminar de apreciação do pedido inicial, e que, se a este estivesse amarrado, as injustiças e extinções sem julgamento de mérito superariam em muito o número de sentenças meritórias capazes de solucionar de forma satisfatória os litígios surgidos no meio social.

O mestre Vicente Greco Filho faz<sup>5</sup> distinção entre decisão **por equidade**, afirmando que ela existe quando o juiz atua criando a norma legal por expressa autorização da lei, e **equidade**, que consiste no abrandamento dos rigores legais, por força de interpretação. A segunda pode ser encontrada em qualquer julgamento, mas a primeira depende de autorização legal, porque nela o julgador exerce atividade criativa de individualização da norma, como é o caso do art. 1.109 do CPC.

Alguns autores ainda insistem em dizer que o art. 6º da Lei nº 9.099/95 não autoriza o Juiz a decidir **por equidade**. Contudo, esta não pode ser a interpretação deste dispositivo. Como bem esclarece o citado mestre Vicente, a equidade pode ser encontrada em qualquer decisão<sup>6</sup>, razão pela qual, afirmar que o mencionado art. 6º não encerra autorização

4 Amaral Santos, Moacyr

5 Greco Filho, Vicente

6 No mesmo sentido:

Agrícola, Celso Barbi

para o Juiz decidir por **equidade**, e sim apenas para abrandar os rigores da lei, é tornar esta norma inócua. O consagrado Aurélio Buarque de Holanda Ferreira<sup>7</sup> ensina que equânime é o adjetivo que denota equanimidade, "equidade em julgar".

Por último, poder-se-ia objetar com a assertiva de que o julgamento *ultra* ou *extra petita*, mesmo fundado no art. 6º da Lei nº 9.099/95, consiste numa violação ao princípio do contraditório, já que o réu (ou reclamado) não teria se defendido das questões não postas no pedido inicial apreciadas na sentença. Esta objeção também não se constitui em obstáculo intransponível. Façamos, primeiramente, uma análise do princípio do contraditório. Humberto Theodoro Júnior o define da seguinte maneira:

"...consiste na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo... Decorrem três conseqüências básicas desse princípio:

a) a sentença só afeta as pessoas que foram parte no processo, ou seus sucessores;

b) só há relação processual completa após regular citação do demandado;

c) toda decisão só é proferida depois de ouvidas ambas as partes."<sup>8</sup>

Pensamos ser perfeitamente possível o julgamento preconizado neste trabalho sem ofensa ao contraditório.

No art. 2º da Lei dos Juizados Especiais estão enumerados os princípios norteadores do sistema por ela implantado. O processo orientar-se-á pela oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

O mesmo Humberto Theodoro conceitua processo e o diferencia de procedimento. Vejamos:

"Processo e procedimento são conceitos diversos e que os processualistas não confundem.

*Processo*, como já se afirmou, é o *método*, isto é, o *sistema* de compor a lide em juízo através de uma relação jurídica vinculativa de direito público, enquanto *procedimento* é a forma material com que o

7 V. Dicionário Aurélio Eletrônico

8 Theodoro Júnior, Humberto

processo se realiza em cada caso concreto.”<sup>9</sup>

Conforme se vê, o processo é, dentre outros como autocomposição e autotutela, apenas um método de composição de litígios. Se processo é método, poderíamos, em tese, ter algum com procedimento inteiramente oral. O pedido inicial, a resposta, a produção da prova e a decisão final seriam orais. Tal modalidade não existe no nosso sistema, mas é possível, porque o que o contraditório e a ampla defesa exigem é a igualdade das partes e a possibilidade de manifestação sobre todas as questões processuais, além de possibilidade ampla de produção de prova. Deste modo, a oportunidade de se manifestar e de produzir provas pode ser concedida oralmente ao componente do pólo passivo.

Nos Juizados Especiais, apesar de o pedido inicial ser reduzido a termo, o fato é que, conforme art. 14 da Lei, ele pode ser oral, aliás, conforme já mencionado, a oralidade é norteadora do sistema. A defesa também é oral, na forma do art. 28. Ora, se é oral a essência dos processos nos Juizados Especiais, nada impede que, não tendo sido obtida a conciliação na fase inicial e chegando o feito à audiência de instrução e julgamento, se o Juiz observar que para proferir uma decisão capaz de pôr fim ao litígio entre as partes precisa deliberar sobre algo não contido no pedido inicial, coloque a questão nova para os litigantes, que sobre ela poderão se manifestar. Se imperioso, com o fim de evitar surpresas para os litigantes e apenas em último caso, poderá o Juiz suspender a audiência pelo tempo necessário à produção de provas sobre as novas questões postas em discussão. Deste modo, nenhum prejuízo haverá para a defesa. Tal procedimento tem base legal porque é análogo ao disposto no art. 27 da Lei nº 9.099/95.

Qualquer outra interpretação implica em colocar a Justiça como refém de dogmas do processo ordinário (de cujos problemas quis o legislador se libertar no âmbito dos Juizados) ou do serventuário (muitas vezes sem o preparo devido) que atende as partes na Secretaria e reduz a termo o pedido inicial, porque, em última análise, será este termo que delimitará o julgamento final.

Em conclusão, podemos dizer que, levando em consideração o contexto em que nasceram os Juizados Especiais, os fins sociais da Lei que os regulamenta, seus princípios norteadores (especialmente os da oralidade e informalidade) e com um pouco de cuidado e habilidade do Juiz para não ofender o contraditório e não violar o direito à ampla defesa, é perfeitamente viável o julgamento *ultra* ou *extra petita* nos Juizados Especiais Cíveis.

Vamos mais além para afirmar que esta prática deve ser adotada sempre que os Juízes observarem que a sua inobservância implicará em

não compor definitivamente o litígio. Tal proceder conduzirá a uma grande economia processual, até com diminuição de demandas futuras, e trará uma satisfação aos interessados que desejam ver seus problemas resolvidos, e não discussões doutrinárias sobre dogmas do Direito Processual, bem como permitirá que a Lei nº 9.099/95 atinja seus objetivos.

Não basta um sistema novo de Justiça, é preciso também uma mentalidade nova para lidar com ele.



## *RUMOS DO DIREITO E DA JUSTIÇA DA EUROPA*

---

Luiz Guilherme Marques

Juiz de direito da 2ª Vara Cível de Juiz de Fora – MG

Jean-François Burgelin, Procurador Geral junto à Corte de Cassação, na sua conferência proferida em 29/11/2001, na Faculdade Paris II, no seminário anual intitulado *A Corte de Cassação e a Elaboração do Direito*, organizado pelo Laboratório de Sociologia Jurídica, após relatar a história dessa Corte, criada em 1790 para unificar o Direito, disse que agora não mais teria razão de ser, uma vez que a jurisprudência internacional, como é o caso da Corte Européia dos Direitos Humanos, contraria muitas vezes a jurisprudência daquela da Corte suprema. E, ao final, afirmou entender que essa Corte deva ser substituída por uma Corte Nacional dos Direitos Humanos.

Pensa-se que: se a Corte de Cassação tem jurisprudência no mesmo sentido das Cortes supranacionais de Strasbourg (Direitos Humanos) e de Luxemburgo (União Européia) ela é redundante, mas, se sua jurisprudência conflita com a dessas Cortes supranacionais, é mais do que isso, flagrantemente nociva.

Aliás, sabe-se que a unificação da jurisprudência da Corte de Cassação está longe de acontecer, o que é mais um motivo para se entender da desnecessidade desse órgão jurisdicional, pois, além disso, na prática, sendo a função da Corte de Cassação apenas verificar, nos recursos interpostos para ela, se a decisão inferior está ou não conforme o Direito, e, em caso positivo, mantê-la, e, em caso negativo, determinar que outro órgão inferior rejulgue a questão, fazendo com que, futuramente, após esse re julgamento pela instância inferior, outro recurso possa ser interposto e o feito chegar novamente ao conhecimento da Corte suprema, tudo isso significando demora na prestação jurisdicional e aumento das despesas processuais.

Também é de se mencionar que antes dessa proposta de extinção da Corte de Cassação, falava-se já na França na extinção do Ministério Público e do cargo de juiz de instrução (que realiza trabalho no processo penal semelhante ao do nosso delegado de polícia na presidência de inquéritos policiais).

Verifica-se, por essas simples referências, como se pensa em mudanças no Direito e na Justiça da França e, diga-se de passagem, mudanças drásticas, que assustam a maioria dos juristas.

Se essas propostas vão vingar ou não é outra história, mas a verdade é que encontram adeptos fervorosos.

Também deve ser destacado aqui que a Corte de Luxemburgo tem recomendado aos juízes dos países do Direito Comunitário europeu que deixem de aplicar as regras do Direito interno que contradigam as regras do Direito Comunitário, sendo que a Corte de Cassação francesa recomenda nesse mesmo sentido seus juízes, da justiça jurisdicional e assim também faz o Conselho de Estado francês quanto aos juízes administrativos.

Chega-se a falar em unificação do Direito Privado quanto aos países que fazem parte da União Européia.

Efetivamente, caminha-se nesse rumo, principalmente pela atuação supranacional da Corte de Direitos Humanos de Strasbourg e da Corte de Justiça já mencionada, sediada em Luxemburgo.

Verifica-se, dessa maneira, que, em termos europeus, o Direito e a Justiça estão numa fase de transição muito expressiva, ficando cada vez menor o campo do Direito de cada país e aumentada a área colocada sob o gerenciamento do Direito Comunitário.

Podemos dizer que quem de nós simpatiza com o Direito francês, o Direito alemão etc., terá que se acostumar com o Direito Comunitário.

Para nós, brasileiros, que não sentimos ainda na nossa realidade a importância do Direito Comunitário, face à fragilidade do Mercosul, tudo o que acontecer na Europa em termos de Direito ficará cada vez mais incompreensível aos nossos olhos.

## O JUIZ GARANTISTA

PAULO RANGEL

Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Processual Penal e Criminologia pela Universidade Cândido Mendes – Centro. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Cândido Mendes; do curso de Pós Graduação da Faculdade de Direito de Vitória – ES; da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e do curso CEPAD

I- O PAPEL DO JUIZ NA SOCIEDADE MODERNA.

II- A LEI: NORMATIVIDADE E EFETIVIDADE.

III- O DIREITO COMO MEIO PARA SE REALIZAR A JUSTIÇA.

IV- FILTRAGEM CONSTITUCIONAL.

V- O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL A LUZ DO GARANTISMO PENAL.

VI – O GRANDE DESAFIO DO JUIZ NO SÉCULO XXI.

VII- CONCLUSÃO.

*En un Estado de Derecho, es el Derecho quien limita al poder para preservar la dignidad de todas las personas. Sólo así el Estado de Derecho llega a ser el orden de los hombres libres e igualmente dignos y se diferencia de las reglas que ordenan las actividades de los esclavos (Alberto M. Binder)<sup>1</sup>.*

### I- O PAPEL DO JUIZ NA SOCIEDADE MODERNA.

É cediço por todos que o juiz moderno, o juiz do século XXI, não pode mais ficar atrelado aos estritos limites da lei, como verdadeiro escravo que não pode se afastar de sua enxada durante o plantio e a colheita das terras de seu amo. A função do magistrado é de dar a cada um aquilo que expressa, efetivamente, a realização da justiça entre os homens, independentemente de se cumprir a lei. Lei e justiça são dois lados de uma mesma moeda que nem sempre encontra-se no mercado social dos homens a fim de que se possa trocar pelos bens jurídicos protegidos.

Nesse caso, mister se faz a rediscussão do papel do juiz na sociedade atual, em especial se considerarmos que as leis são feitas pelas elites que têm assento no Parlamento cada vez mais comprometido com os inte-

1 INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL PENAL. 1 edição, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993, p. 34.

resses do executivo e do empresariado que o financia. O juiz não pode ficar alheio a esse jogo de interesses que permeia a elaboração das normas com as quais irá julgar. Para tanto, necessita de imparcialidade e distância dos benefícios que sua carreira profissional pode lhe trazer a fim de não comprometer a decisão justa à que cada cidadão tem direito.

O ato que emana do juiz há de ser revestido de um duplo aspecto: moralidade e juridicidade. O primeiro dando virtude aos atos da justiça; o segundo, concretizando a idealização do justo<sup>2</sup>.

Falo do juiz funcionalista e não carreirista. Refiro-me àquele desprendido da ambição da promoção por merecimento tão querido pelo Órgão Especial de seu Tribunal, que o detém nas mãos. O juiz que enfrenta a lei, rasgando-a se necessário for, para realizar a justiça. Que decide de acordo com os postulados constitucionais amparados nos tratados e convenções relativos aos direitos humanos, civis e políticos de cada Estado. O juiz que observa no réu um ser humano e não um desafeto social que, simplesmente, merece a masmorra em vez da condenação justa, digna de um Estado Democrático de Direito.

Enfim... falo do juiz que a sociedade espera para o século XXI: imparcial, honesto, digno<sup>3</sup> do cargo que ocupa, conhecedor do direito e não, necessariamente, jurista, arrogante na decisão da causa, porém humilde no trato com os sujeitos que intervêm no processo e, principalmente, respeitador do Tribunal à que está vinculado, mas não submisso. A submissão é a vergonha da toga. O respeito, seu engrandecimento.

Alberto Binder<sup>4</sup>, em seu magistério, deixa consignado quando trata da independência dos juízes que:

*La independencia de los jueces no es una prerrogativa profesional. Se trata, en realidad, de que los ciudadanos, sujetos pasivos de la administración de justicia, tengan la garantía de que la persona que va a administrar algo de tan graves consecuencias como el poder penal del Estado, actúe con total libertad y sin estar sometido a presiones. No hay que olvidar que es una garantía prevista en favor de los ciudadanos y no en favor de los jueces.*

## II- A LEI: NORMATIVIDADE E EFETIVIDADE.

2 Mário Bigotte Chorrão, INTRODUÇÃO AO DIREITO, Coimbra, Almedina, 2000, v. I, p. 84.

3 Francesco Carnelutti prelecionando sobre as partes e o juiz, com a lucidez de sempre, deixou consignado que “*Ningún hombre, si pensase en lo que es necesario para juzgar a otro hombre, aceptaría ser juez*”, chamando a atenção para a necessidade do juiz ter consciência de sua indignidade para que possa ser menos indigno (LAS MISERIAS DEL PROCESO PENAL, Buenos Aires, EJE, 1959, p. 52).

4 Introducción Al Derecho Procesal Penal. 1 edição, Buenos Aires, Ad Hoc, 1993, p. 149.

O Estado, enquanto pessoa jurídica de direito público, dotado de atributos que lhe permitem operacionalizar os fins para os quais foi criado, deve assegurar a cada indivíduo o máximo possível de liberdades básicas, compatíveis e necessárias com um sistema de liberdades para todos, ordenando e eliminando as desigualdades econômicas e sociais, de maneira que sejam para maior benefício dos menos favorecidos. Nesse ponto, surge o ideário de justiça: *"a disposição firme e permanente da vontade de atribuir a cada um o seu direito ... o direito de cada um, quer dizer, o que é devido a uma pessoa e por esta pode ser exigido"*<sup>5</sup>.

O direito de cada indivíduo, em regra<sup>6</sup>, é normatizado, ou seja, descrito em determinada norma legal que passa a valer como norma de conduta social ordenando a sociedade e operacionalizando o direito a fim de estabelecer para os homens normas de convívio social das quais não devem se afastar, sob pena de afrontarem direitos subjetivos legalmente protegidos.

Entretanto, hodiernamente, não podemos desconsiderar a capital diferença entre a normatividade e a efetividade da lei.

A efetividade das normas jurídicas significa a utilização de instrumentos para sua real aplicabilidade, a perfeita incidência da norma sobre a conduta de cada indivíduo isolada ou conjuntamente, sua materialização no mundo dos fatos.

Da efetividade das normas jurídicas, em especial da norma constitucional, tratou com maestria o jurista, Prof. Luis Roberto Barroso<sup>7</sup>. São suas as seguintes palavras:

*A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.*

A normatividade é a simples previsão das normas de condutas sociais, positivas ou negativas, em determinados tipos legais, sejam civis ou penais. *É o poder político, através da função legislativa, direcionando positiva (comando) ou negativamente (proibindo) os comportamentos dos membros da comunidade para os fins preestabelecidos*<sup>8</sup>.

5 Mário Bigote Chorão, ob. cit. p. 78.

6 Falo em regra porque admito direitos que não expressamente previstos em lei, como os direitos naturais, não obstante conhecer a repulsa de Hans Kelsen a teoria do Direito Natural, mas que foge aos limites dessa abordagem.

7 O DIREITO CONSTITUCIONAL E A EFETIVIDADE DE SUAS NORMAS. 4 edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 85.

8 Bobbio, Norberto. TEORIA GERAL DA POLÍTICA. Rio de Janeiro, Campus, 2000, p. 218.

O Judiciário deve assegurar a todos a efetividade dos direitos protegidos e não apenas sua normatividade. Não basta ao indivíduo a certeza de que *todas as decisões dos órgãos do poder judiciário serão públicas e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade* (cf. art. 93, IX da CRFB). É necessário muito mais do que isso. É imprescindível a operacionalização dessa regra constitucional dentro do processo.

Nesse caso, não há amparo legal à decisão que recebe a denúncia sem, expressa, fundamentação, mostrando a sociedade as razões sérias pela quais aquela denúncia foi recebida. O motivo pelo qual um membro da comunidade foi colocado no banco dos réus deve ser explicitado.

O direito constitucional de fundamentação das decisões judiciais deve ser garantido pelo juiz. É o juiz o guardião efetivo desse direito normatizado na Constituição. Do contrário, de nada vale o direito se não houver a garantia.

Andrés Ibáñez, no prólogo da obra de Luigi Ferrajoli<sup>9</sup>, deixa consignado que *"La legitimidad del sistema político aparece, así, condicionada a la tutela y efectividad de los principios y derechos fundamentales"*.

É o próprio Ferrajoli<sup>10</sup> quem demonstra a técnica utilizada para reduzir a diferença entre normatividade e efetividade:

*Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional.*

Destarte, o juiz, hoje, deve ficar sujeito a letra da lei, não com aquela visão vetusta do positivista cego, mas sim enquanto essa lei for norma válida, ou seja, *enquanto norma coerente com a Constituição* Cidadã. No modelo garantista a validade da norma não é mais vista sob o enfoque, meramente, formal, mas como uma qualidade contingente da mesma com os significados da Constituição a que está submetida<sup>11</sup>.

### **III- O DIREITO COMO MEIO PARA SE REALIZAR A JUSTIÇA**

Aristóteles (*Política*, 1286a) afirmava que o homem é um animal político com o claro sentido de que o homem não poderia viver senão em

9 Derechos e Garantías: La Ley Del Más Débil. Madrid, Trotta, 1999, p. 10.

10 Ob. cit. p. 25

11 Ferrajoli, Luigi. Ob. cit. p. 26

sociedade. A sociedade necessita de um conjunto de normas, formando um sistema normativo, dentro do qual desenvolve a vida de um grupo organizado exigindo de cada indivíduo um determinado comportamento.

O direito passa a ser assim um produto do poder político de cada Estado, como ordem jurídica entendida na qualidade de ordem coativa capaz de fazer valer contra os transgressores, também recorrendo a força.

Não há dúvida de que esse poder para ser considerado legítimo deve ser exercido a justo título e será justo *se autorizado por uma norma ou por um conjunto de normas gerais que estabelecem quem, em uma determinada comunidade, tem o direito de comandar e de ter seus comandos obedecidos*<sup>12</sup>.

Nesse compasso surge o papel garantidor do juiz que, diante do desrespeito a uma norma, faz valer o direito inscrito na mesma assegurando ao “*súdito*” o bem da vida respectivo.

Não há mais espaço, no Estado Democrático de Direito, para o entendimento de que a justiça visa a realizar o direito. Não. É o direito que deve ser utilizado como meio para se alcançar a justiça, entendido como normas positivadas e supra legais (ou naturais como querem os jusnaturalistas).

Pedro Aragonese Alonso<sup>13</sup> faz uma advertência sobre a finalidade de que deve nortear o estudo do Direito Processual deixando consignado que “*por ello, en una interpretación finalista del derecho procesal, el proceso debe servir para conseguir que la sentencia sea justa, o al menos, para conseguir que la sentencia sea menos injusta o que la sentencia injusta sea cada vez más rara*”.

Hodiernamente, assistimos a uma crise moral do poder e, conseqüentemente, a sérios desrespeitos à direitos previstos nas normas jurídicas vigentes no Estado exigindo dos fautores da lei uma postura garantidora dos referidos direitos. São medidas provisórias, sem relevância e muito menos urgência (cf. art. 62 da CRFB), editadas pelo Chefe do Executivo Federal em afronta a direitos, deveres e funções do Ministério Público<sup>14</sup>. Fraudes ao erário público. Evasão de divisas por empresários ligados ao governo central. Corrupção de integrantes do governo e toda sorte de desvios de conduta que não podem mais legitimar o exercício do poder pelos seus membros.

12 Bobbio, ob. cit. p. 235

13 PROCESO Y DERECHO PROCESAL (INTRODUCCION), 2 edição, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1997, p. 263.

14 Medida Provisória n.º 2.088-35, de 27 de dezembro de 2000.

O judiciário deve descruzar os braços e, uma vez provocado<sup>15</sup>, deve realizar o senso comum de justiça que é inerente a cada cidadão que assiste, inerte, ao derramamento do dinheiro público pelas ruas do poder indo desembocar nas contas de paraísos fiscais. O dinheiro público no Brasil, hoje, é um rio que deságua nas contas de determinados políticos e/ou empresários inescrupulosos.

Dessa forma, nasce uma crise no direito que bem delineada por Ferrajoli<sup>16</sup> apresenta um tríplice aspecto: a) crise de legalidade; b) crise do Estado social e; c) crise do Estado nacional traduzindo-se em uma crise da democracia porque *"equivale a una crisis del principio de legalidad, es decir, de la sujeción de los poderes públicos a la ley, en la que se fundan tanto la soberanía popular como el paradigma del Estado de derecho"*.

O Judiciário passa a ser assim uma reserva moral de garantia do cidadão frente as violações de seus direitos por parte dos desmandos das autoridades públicas. A última porta que a sociedade tem para bater clamando por socorro.

#### IV- FILTRAGEM CONSTITUCIONAL.

A Constituição de um Estado tem domicílio no ápice da escala hierárquica da normatividade jurídica, o que significa dizer: não pode ser subordinada a nenhuma norma jurídica, seja-lhe anterior ou posterior e, conseqüentemente, todas as normas legais existentes devem a ela se conformar, sob pena de revogação (se lhes forem anteriores) ou pecarem pelo vício da inconstitucionalidade, formal ou material (se posteriores forem).

É a preeminência normativa da Constituição frente a ordem infra-constitucional.

Esta preeminência normativa da Constituição faz nascer três regras básicas apontadas por Canotilho<sup>17</sup> em seus *Fundamentos da Constituição*. Diz o mestre referindo-se a Constituição:

*Toda ordem jurídica deve ser lida a luz dela e passada pelo seu crivo, de modo a eliminar as normas que se não conformem com ela. São três as componentes principais desta preeminência normativa da Constituição: (a) todas as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas no sentido mais concordante com a Constituição (princípio da interpretação conforme à Constituição); (b) as normas de direito ordinário desconforme com a Constituição são inválidas, não podendo ser aplica-*

15 O Ministério Público, seja estadual ou federal, deve postular em juízo a reparação dos prejuízos sofridos pela sociedade mesmo que ameaçada no exercício de suas funções, pois esse é o preço de sua independência e das garantias que conquistou com a *Constituição Cidadã*. Democracia não se ganha, mas principalmente, se conquista, através de seu exercício.

16 *Derechos e Garantías* .... pags. 16/17.

17 Coimbra, 1991, p. 45.

*das pelos tribunais e devendo ser anuladas pelo Tribunal Constitucional; (c) salvo quando não são exeqüíveis por si mesmas, as normas constitucionais aplicam-se directamente, mesmo sem lei intermediária, ou contra ela e no lugar dela.*

Assim, os operadores jurídicos devem realizar uma releitura do direito, buscando um novo discurso jurídico com escopo emancipatório e de forma alternativa, porém de cima para baixo, ou seja, da Constituição para as normas infraconstitucionais e não o contrário como se tem feito.

Não há mais espaço para aplicação de determinados dispositivos legais que pertencem a reminiscência do milênio passado e que não podem mais prender o juiz do novo século. O Direito é dinâmico e não estático.

## **V- O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL A LUZ DO GARANTISMO PENAL.**

É cediço por todos que nossa lei processual penal pertence a uma época em que as liberdades públicas eram cerceadas pelo regime político imposto pela *Era Vargas*. O que significa dizer: nosso código pertence a um período de exceção. Conseguiu atravessar o milênio, mas não pode revogar a Constituição devendo a ela se harmonizar. Assim, diversos de seus dispositivos legais merecem uma releitura constitucional. A seguir, trabalharemos apenas com alguns:

### **V.1 - DO ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. ART. 28 CPP.**

O sistema de freios e contra pesos estabelecido no art. 28 do CPP colocando o juiz no papel de fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública merece uma leitura a luz da Constituição. O juiz que não homologa o arquivamento do inquérito feito pelo Promotor de Justiça<sup>18</sup> não poderá funcionar a frente de eventual processo caso seja instaurada ação penal pelo Procurador Geral de Justiça. Nesse caso haveria afronta a sua imparcialidade enquanto órgão julgador devendo, eventual, processo ser presidido por outro juiz. No mesmo sentir é quanto ao órgão de execução do Ministério Público que promoveu o arquivamento não sendo lícito que o Promotor que arquivou os autos do inquérito funcione em processo que não desejava em afronta a sua independência funcional. Trata-se de dupla garantia: a sociedade terá um Promotor livre e independente para atuar a

18 Na obra "DIREITO PROCESSUAL PENAL", (4 edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 110) defendo o entendimento que o legitimado ativo para arquivar o inquérito policial é o Ministério Público submetendo a apreciação do juiz, que exerce a fiscalização sobre o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, a fim de que homologue ou não a decisão de arquivamento.

frete do processo que foi instaurado e o réu tem a garantia da imparcialidade do juiz que irá prestar a tutela jurisdicional.

## V.2 - CITAÇÃO DO ACUSADO PRESO. ART. 361 DO CPP.

É voz corrente de nossa doutrina e jurisprudência que o réu preso deve ser requisitado e não citado, em verdadeira afronta ao direito de ampla defesa. Requisição é a ordem dirigida ao diretor do estabelecimento no qual o réu encontra-se acautelado a fim de que apresente o mesmo em dia, hora e local determinados pelo juiz. A citação é o ato jurídico processual que estabelece a bilateralidade do processo sem o qual o acusado não sabe qual a imputação que pesa sobre seus ombros. Nesse caso, dois são os atos e dois são os destinatários dos mesmos que não podem ser confundidos entre si, sob pena de darmos o direito (ampla defesa) mas não garantirmos sua efetividade.

Andrea Planchadell Gargallo<sup>19</sup>, deixa consignado a necessidade do acusado de ser ouvido quando expressa que "*en el proceso penal la presencia del acusado es un deber ineludible para el Estado y un derecho irrenunciabile para el sujeto afectado*".

A prática forense confunde a dupplicidade existente no direito de ampla defesa, ou seja, seu *contenido esencial* suas *dnas manifestaciones: La autodefensa (también ilamada defensa material) y la defensa técnica o formal*<sup>20</sup>.

O juiz, ao determinar a apresentação do preso na audiência designada, deve garantir ao acusado a ciência da imputação feita pelo Ministério Público a fim de preparar sua auto defesa, sob pena de surpresa e graves consequências ao seu *status dignitatis*.

É o juiz garantidor em nome da ampla defesa. A simples providência de ler para o acusado, antes do interrogatório, a peça exordial não pode ser entendido como respeito a ampla defesa. Defesa deve ser preparada antes e não durante o momento que deveria ser exercida e deve ser preparada pelo técnico habilitado: o defensor do acusado. De nada adianta o acusado se entrevistar antes com seu defensor se não sabe o teor da acusação. Uma coisa é a presença formal do defensor nos autos, outra, bem diferente, é garantir-lhe o pleno exercício dos direitos inerentes a ampla defesa.

19 EL DERECHO FUNDAMENTAL A SER INFORMADO DE LA ACUSACIÓN, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999; p. 79.

20 Andrea Gargallo, ob. cit. p. 84.

Juan Montero Aroca<sup>21</sup>, analisando a Constituição Espanhola, afirma que a mesma contém "garantías genéricas" e "garantías concretas" e nestas estaria o "derecho do acusado a ser informado de la acusación". Tal previsão não pode ser olvidada de nosso texto constitucional que para garantir o direito ao contraditório deve dar ciência ao réu da imputação que pesa sobre ele.

Destarte, para que possamos garantir o exercício pleno do direito de defesa, em seu duplo aspecto (autodefesa e defesa técnica), mister se faz o chamamento do réu, preso ou solto, em juízo, através do ato citatório, para se defender devendo conhecer, previamente, o teor da acusação e jamais ser interrogado sem antes se entrevistar com seu defensor técnico<sup>22</sup>.

A praxe forense de se interrogar o réu e depois dizer que irá nomear defensor para fazer a defesa dele, já deveria ser repelida pelo juiz no milênio passado, quanto mais, agora, no século XXI. O Ministério Público assume nesse caso um papel imprescindível para a correta fiscalização da Constituição (cf. art. 127 c/c art. 5º, LV).

Casimiro Varela<sup>23</sup> é incisivo: "*Para defenderse es necesario saber de qué se lo acusa. Por consiguiente para el resguardo del derecho de defensa el paso siguiente para garantizar al imputado el derecho a ser oído, es el de poner en su conocimiento la imputación correctamente deducida*".

### V.3 - RECEBIMENTO MOTIVADO DA DENÚNCIA. ART. 394 DO CPP.

O despacho liminar positivo (ou negativo) de admissibilidade da acusação previsto no art. 394 do CPP merece uma leitura a luz do art. 93, IX da CRFB. Todas as decisões judiciais devem ser motivadas, o que significa dizer, devem externar à sociedade as razões pelas quais o Estado, através de sua função jurisdicional, decide desta ou daquela maneira a vida dos jurisdicionados.

Tal dever estatal e direito da parte tem o nítido objetivo de nos afastar do período ditatorial em que vivíamos quando da entrada em vigor

21 E Colomer, Juan-Luis Gómez; Redondo, Alberto Montón e Vilar, Silvia Barona. Derecho Jurisdiccional. 9 edição, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, V. III, p. 30.

22 O direito de defesa é reconhecido a todas as pessoas sejam acusadas ou acusadoras, sendo interessante a leitura da obra de Luis-Alfredo de Diego Díez onde o autor faz afirmativa no sentido de que normalmente se relega a "segundo plano el derecho de defensa de las partes acusadoras. Conviene recordar que el derecho de defensa no es un monopolio del sujeto imputado o acusado. La tutela judicial es para todos y, precisamente por tal razón, tan derecho de defensa tiene la parte acusadora como la acusada respecto al interés que cada cual mantiene en el proceso" (LA CONFORMIDAD DEL ACUSADO, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997, p. 188).

23 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PROCESAL. 1 edição, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 248.

do código e repetido durante o período de 1964/1979 onde o processo servia para atender aos anseios da elite militar que comandava o País.

Desta forma, não há mais constitucionalidade na decisão que recebe a denúncia sem motivação. O réu tem o direito constitucional de saber as razões pelas quais o Estado-juiz admitiu a pretensão punitiva estatal mesmo que ainda em juízo de prelibação. É a garantia do acusado quanto a possível arbítrio do Ministério Público no exercício da ação penal pública, seja ele de má fé ou não. A afirmativa de que a decisão que recebe a denúncia é um despacho de mero expediente sem maiores repercussões para o acusado não é verdadeira.

Trata-se de decisão interlocutória mista de natureza processual penal material<sup>24</sup> onde o juiz analisa não só os pressupostos processuais e as condições para o regular exercício do direito de agir, mas, também, emite um juízo prévio quanto a tipicidade, ilicitude e culpabilidade (cf. art. 41 c/c 43, ambos do CPP). Não se trata de julgamento de mérito, juízo de delibação, mas sim de análise dos requisitos necessários para que uma pessoa seja colocada no banco dos réus. Imaginem uma denúncia em face do pai que mantém conjunção carnal com sua filha, maior e capaz, por livre e espontânea vontade de ambos. Essa denúncia deve ser indeferida por ausência de tipicidade.

Do mesmo modo, se o juiz fundamenta sua decisão de recebimento da denúncia (e deve fazê-lo a luz do garantismo penal) não deve funcionar nos autos do processo que será instaurado por ter quebrado sua imparcialidade. O réu tem ainda o direito ao juiz imparcial, desprovido de qualquer sentimento, prévio, sobre o deslinde da questão.

Destarte, duas são as garantias do acusado em decorrência da denúncia oferecida: 1ª. Fundamentação da decisão que a recebe e; 2ª. afastamento do juiz da presidência do processo por quebra da sua imparcialidade.

O prático resolve a questão afirmando que só há obrigatoriedade de fundamentação do despacho que recebe a denúncia na Lei de Falências (DL 7.661/45, §2º do art. 109) como se houvesse diferença entre tais deci-

24 Carvalho, Américo Taipa. *SUCESÃO DE LEIS PENAIAS*. 2 edição, Coimbra, Coimbra, 1997, p. 263. Nesta obra o autor distingue *as normas processuais penais materiais e normas processuais penais formais*, sendo as primeiras aquelas que condicionam a efetivação da responsabilidade penal ou contêm diretamente com os direitos do arguido ou do recluso, citando como exemplo, as normas que tratam da queixa, prescrição, meios de prova, prisão preventiva e liberdade condicional. Já as segundas são aquelas que regulamentam o desenvolvimento normal do processo, não produzindo os efeitos jurídico-materiais derivados das primeiras, exemplo: formas de citação, prazo de notificação do arguido, formalidades e prazos dos exames periciais. Nesse passo entendo que a decisão que recebe a denúncia é de cunho processual penal material, pois diz respeito aos *status dignitatis* do acusado, sua liberdade de locomoção impedindo o exercício de determinados direitos.

sões para efeito de se assegurar o princípio da motivação das decisões judiciais; e, ainda, como se a Constituição tivesse aplicação na Lei de Falências, mas não tivesse nos outros casos o que, por si só, constituiria um absurdo jurídico incommensurável.

Juan Montero Aroca<sup>25</sup> nos informa que o TEDH (Tribunal Europeu de Direitos Humanos) considera que o juiz preventivo não pode julgar, ou seja, a prevenção no direito espanhol é causa de exclusão da competência e não de determinação (ou prorrogação) como no direito brasileiro. Juiz preventivo é juiz parcial e, portanto, não pode julgar.

Destarte, há que se repensar, a luz da Constituição, o princípio da imparcialidade do órgão julgador no processo penal brasileiro, pois imagine o juiz que deferiu requerimento do Ministério Público de interceptação telefônica, na fase do inquérito policial, recebendo denúncia que tem como suporte probatório essa mesma interceptação, já que ela não pode ser deferida se houver outro meio de prova (cf. art. 2º, II da Lei 9.296/96). Há flagrante quebra de sua imparcialidade.

O ante-projeto do Código de Processo Penal em tramitação, andava bem nesse sentido, mas foi alterado. O juiz que recebesse a denúncia não poderia funcionar no curso do processo face a quebra de sua imparcialidade, sendo o juiz da instrução (e não de instrução) diverso do que recebesse a denúncia<sup>26</sup>. Da maneira que foi encaminhado ao Ministro da Justiça o juiz terá que, pelo menos, fundamentar a decisão<sup>27</sup>. Já é um passo positivo.

## V.4 - DO ÔNUS DA PROVA. ART. 156 DO CPP

A regra inserta no art. 156 do CPP nos obriga a fazermos uma interpretação conforme a Constituição extraindo o máximo possível a vontade do legislador constituinte. *Uma lei não deve ser declarada nula quando ela pode ser interpretada em consonância com a Constituição*<sup>28</sup>. Nesse caso, mister se faz analisar a regra do ônus da prova a luz da norma constitucional expressa no art. 5º, LVII.

25 "SOBRE LA IMPARCIALIDADE DEL JUEZ LA INCOMPATIBILIDADE DE FUNCIONES PROCESALES". Valence, Tirant L'Ch Blanch, 1999, p. 47/50.

26 Art. 399. (...)

§ 1º. O processo, instruído com as provas antecipadas, as cautelares as irrecorríveis, será encaminhado ao juiz de instrução e julgamento, necessariamente diverso do juiz do recebimento da denúncia ou queixa e das medidas cautelares até então concedidas (no original sem grifos).

27 "Art. 396. O juiz, fundamentadamente, decidirá sobre a admissibilidade da acusação, recebendo ou rejeitando a denúncia ou queixa".

28 Hesse, Konrad. A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. Tradução da 20 edição, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 71.

A falta de compreensão portanto, quanto ao ônus da prova se dá, primeiro, pela ausência de uma visão constitucional do art. 156 do CPP; segundo, pela errônea definição de crime. Se o Ministério Público tem que narrar em sua petição inicial penal o "*fato criminoso com todas as suas circunstâncias*" (cf. art. 41 do CPP) há que se identificar e definir esse fato crime para compreendermos sua delimitação como *thema decidendum*.

Francisco de Assis Toledo<sup>29</sup>, Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, analisando os elementos fundamentais da estrutura do crime que chama de "*notas fundamentais do fato crime*" diz:

*Ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídico (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável. Alguns autores acrescentam um outro elemento - a punibilidade - a nosso ver sem razão. A pena criminal, como sanção específica do direito penal, ou a possibilidade de sua aplicação, não pode ser elemento constitutivo, isto é, estar dentro do conceito do crime. A contrário, pressupõe a existência de um crime já aperfeiçoado. É consequência do crime.*

Dessa forma, claro nos parece que se o Ministério Público tem que narrar um fato criminoso com todas as suas circunstâncias, o ônus de provar que esse fato é típico (encontra perfeita adequação na lei penal, portanto que se trata de uma conduta proibida); é ilícito (contrário ao direito) e que não está açambarcado por nenhuma excludente de ilicitude e que seu autor é culpável, ou seja, se possui as condições mínimas indispensáveis para atribuir-se-lhe esse fato, o que significa dizer, se está mentalmente são ou conhece a antijuridicidade do fato, lhe pertence. Não há como entregar ao réu, dentro de um Estado Democrático de Direito e que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB), o ônus da prova de sua inocência.

A persecução penal é exercida pelo Ministério Público afastado que foi o juiz do seio do conflito de interesses diante do sistema acusatório. O juiz é um sujeito processual e não parte na relação jurídica. O Ministério Público é parte instrumental, mas também fiscal da lei, pois uma posição não exclui a outra, mas se completam entre si.

Se o Ministério Público não lograr êxito em provar a acusação que fez em sua peça exordial o resultado do processo não pode ser outro que não a absolvição do réu. Afrânio Silva Jardim<sup>30</sup> já nos ensinou que a *acusação penal se compõe de imputação penal + pedido, delimitando, assim,*

29 PRINCÍPIOS BÁSICOS DE DIREITO PENAL. 4 edição, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 80/81.

30 DIREITO PROCESSUAL PENAL. 8 edição, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 215.

*o thema decidendum*, ou seja, a própria extensão da prestação jurisdicional. Ora, a imputação penal é que vai delimitar o espaço dentro do qual o réu irá exercer seu direito de ampla defesa, pois é cediço que o mesmo se defende dos fatos narrados na denúncia e não do artigo de lei mencionado no pedido de condenação.

Assim, a título de exemplo, se o Ministério Público narra na denúncia o fato chamado "*matar alguém*" com descrição do *modus operandi* e todas as circunstâncias do delito e em seu interrogatório o réu alega que na data e horário do fato, encontrava-se em viagem a outro Estado ou País, caberá ao Ministério Público provar que o fato narrado na denúncia é verdadeiro e, conseqüentemente, que o álibi do acusado é falso, através dos meios de prova admitidos no ordenamento jurídico. Ou ainda, dirá o réu, que efetivamente atirou na vítima, porém em legítima defesa. Nesse caso, cabe ao Ministério Público o ônus de provar que não houve injusta agressão, ou se existiu esta, que não era atual nem iminente, ou, ainda, não houve uso moderado dos meios e que estes, embora existindo, não eram necessários. Enfim... o réu alega, mas o ônus da prova, hoje, diante da Constituição, é exclusivo do Ministério Público.

A regra inserta no art. 5º, LVII da CRFB deve ser vista como inversora total do ônus da prova e qualquer dúvida que restar diante da não comprovação do fato imputado ao réu pelo Ministério Público deve, obrigatoriamente, ser resolvida em seu favor. Trata-se da aplicação do princípio do "*in dubio pro reo*". Acusação (imputação + pedido) quem faz é o Ministério Público, porém a alegação feita pelo réu não pode receber colorido de pedido no sentido técnico. Há por parte do réu uma resistência a pretensão do autor, mas não tecnicamente um pedido.

A regra do ônus da prova deve assim ser vista a luz de um novo século, amparada em uma Constituição Garantidora dos direitos individuais fundamentais e não naquela que manda o réu provar sua inocência.

## V.5 - DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E O SISTEMA DA INTIMA CONVICÇÃO NO TRIBUNAL DO JÚRI. ART. 93, IX DA CRFB C/C ARTS. 485/488 DO CPP<sup>31</sup>.

A transparência dos atos da administração pública, em sentido lato, é a característica marcante do Estado Democrático de Direito onde

31 Neste tópico mudei de posição doutrinária assumida em minha obra "DIREITO PROCESSUAL PENAL", 4 edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001 onde entendia que a motivação prejudicaria o sigilo do voto.

não há espaço *reservado ao mistério*, ao desconhecido e muito menos a ausência de responsabilidade de quem pratica o ato. Nesse campo é que se exige do administrador as razões pelas quais praticou esse ou aquele ato (cf. art. 37, *caput*, c/c art. 93, IX, ambos da CRFB).

A finalidade principal da motivação dos atos judiciais é a legitimação da função jurisdicional expondo os fundamentos de suas decisões e facilitando, as partes, a impugnação dos mesmos, através dos meios legais próprios<sup>32</sup>.

Se o Tribunal do Júri é um órgão jurisdicional colegiado de primeiro grau, formado por um juiz de direito, que é seu presidente, e de vinte e um jurados, que se sortearão dentre os alistados, formando o conselho de sentença, não há dúvida que seus atos integram o que se chama de atos judiciais subjetivamente complexos, ou seja, aqueles que emanam de dois ou mais órgãos, e, portanto, deve estar submetido ao mandamento constitucional da fundamentação de suas decisões judiciais.

A regra do sim e do não sem fundamentação, que impulsiona a decisão dos jurados hodiernamente, não encontra mais harmonia com o preceito constitucional da necessidade da fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX). Não podemos confundir a decisão dos jurados que aprecia o mérito (condenando, absolvendo ou desclassificando) com a sentença do juiz presidente que, simplesmente, é lavrada documentando o que os jurados decidiram. A decisão de mérito é do conselho de sentença. A sentença espelhando o que os jurados decidiram aplicando a sanção penal cabível (ou julgando improcedente o pedido) é do juiz presidente. Ambas, formam um só documento: decisão do Tribunal do Júri. Assim, deve estar fundamentada. O réu tem essa garantia constitucional que não pode deixar de lhe ser concedida.

O sigilo é do voto (art. 5º, XXXVIII, *b*), o que não impede que os jurados fundamentem sua decisão. Ou seja, não se quer saber quem votou sim ou não, mas sim, quais as razões do sim ou do não. Os jurados permaneceriam comunicáveis durante o julgamento, mas na sala secreta deveriam, sem a presença das partes e do réu, discutir e fundamentar a decisão majoritária ou unânime. O *verdictum* seria fundamentado, mas o voto continuaria a ser secreto. Tudo em conformidade com a Constituição.

Não podemos esquecer que a disciplina processual do Tribunal do Júri data da *Era Vargas*, ou seja, do milênio passado e de uma época ditatorial que, lamentavelmente, é adotada até hoje. É preciso mudar. Para tanto, basta aplicarmos a Constituição.

32 Iñaki Esparza Leibar (obra coletiva). JUICIO POR JURADOS EN EL PROCESO PENAL. I edição, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000, p. 397.

Iñaki Esparza Leibar, na obra coletiva citada em nota 32, depois de analisar o art. 120.3 da Constituição Espanhola<sup>33</sup> e descer a profunda análise sobre a controvérsia doutrinária da motivação ou não da decisão dos jurados na Espanha, deixa consignado que:

*El jurado anglosajón, como se ha dicho, se limita a responder con un lacónico Guilty o Not guilty, inmotivado, esto en España sería, en opinión de alguna autorizada doctrina, inconstitucional.*

Entretanto, após abordar as controvérsias existentes, conclui que a regra constitucional da motivação da decisões judiciais não se aplica aos *jueces legos* que *ni pueden ni deben motivar. Por tanto, lo que la LJ<sup>34</sup> exige a los jueces legos en relación com el veredicto no es propiamente motivación en sentido técnico-jurídico*".

A discussão existe no direito espanhol em decorrência de uma regra constitucional idêntica a nossa, razão pela qual trago para ao leitor para que novos horizontes possam contaminar os operadores jurídicos e os réus passem a saber as razões pelas quais foram condenados, ou a sociedade a razão da absolvição.

Do contrário, se não pensarmos o Código de Processo Penal a luz do garantismo penal de nada vale a conquista democrática obtida com a *Constituição Cidadã*.

## VI – O GRANDE DESAFIO DO JUIZ NO SÉCULO XXI.

O juiz moderno, o juiz do terceiro milênio, é aquele que através de sua interpretação construtiva do direito, a luz da Constituição, alcança a efetivação da justiça distribuindo a cada uma das partes o que, efetivamente, lhe pertence, independentemente da atuação político-institucional do Tribunal à que está vinculado.

A sociedade moderna, cada vez mais conturbada pelos conflitos sociais em que se envolve e pela dinamização de suas relações individuais, impulsionada pelo avanço da tecnologia, procura no Judiciário a última palavra substitutiva da vontade social conflitante, exigindo transparência, lealdade, certeza, segurança jurídica e inteligência nos atos judiciais não havendo espaço, nessa relação, para o juiz carreirista, submisso ao Tribunal e divorciado dos postulados que informam o Estado Constitucional Democrático de Direito<sup>35</sup>.

33 "Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública".

34 Art. 61 da Ley del Jurado de 1995.

35 O leitor não pode deixar de conhecer a obra do professor Juan Montero Aroca: "EL DERECHO PROCESAL EN EL SIGLO XX", Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, em que o mestre analisa o avanço do direito processual no século XX e o papel do magistrado frente ao poder estatal analisando sua relação com o Poder Executivo e as garantias da inamovibilidade e da independência funcional, sempre com senso crítico.

A independência e harmonia entre os poderes e a garantia constitucional da inamovibilidade dos juizes constituem a mola mestra para o exercício da função jurisdicional inerentes a garantia do juiz natural (art. 5º, LIII), não podendo ser suprimida por emenda a Constituição (art. 60, §4º, III e IV) muito menos por medida provisória ou qualquer outro ato legislativo. Qualquer ato, emanado do Presidente da República ou do Governador do Estado, que atente contra esses direitos constitui crime de responsabilidade (art. 85, II e III da CRFB) autorizando a ação popular do *impeachment*, nos exatos limites do art. 14 e segs. da Lei 1.079/50.

## VII- CONCLUSÃO.

Em síntese, o juiz garantista é aquele que vestido da independência funcional que lhe outorga a Constituição da República aplica o direito aos casos concretos que lhe são submetidos com o único compromisso e submissão a Deus<sup>36</sup>, a Constituição e a sua própria consciência extraindo assim a regra jurídica que expressa os anseios da comunidade, tornando a justiça uma realidade social, através de sua decisão.

A criação de um Estado Democrático de Direito não se faz de um dia para o outro (5 de outubro de 1988), mas sim, com o exercício pleno, contínuo e ininterrupto dos *derechos fundamentales que se afirman siempre como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia*<sup>37</sup>.

O exercício da função jurisdicional não pode ser apenas a submissão do juiz a lei senão e, principalmente, a análise crítica de seu significado como meio de controlar sua legitimidade constitucional<sup>38</sup>. O magistrado garantista deve buscar na Constituição a validade e justiça das leis aplicando-as de forma a solucionar os conflitos sociais, explicitando em sua decisão os *valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica de suas controvérsias*<sup>39</sup>.

Vale aqui a lição de Tocqueville<sup>40</sup>:

*De nada vale que se otorgue independencia a los jueces si, luego, ellos la entregan día a día para obtener una mejor posición, para hacer una carrera más brillante o para establecer relaciones políticas.*

36 Respeito as pessoas que não acreditam na existência de um Grande Arquiteto Do Universo, porém minha vida não teria sentido sem a certeza de sua existência.

37 Ferrajoli, Luigi. Ob. cit. p. 54.

38 Ferrajoli, Luigi. Ob. cit. p. 68

39 Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, publicada no Diário Oficial da União nº 191-A, de 05 de outubro de 1998.

40 Apud, Binder, Alberto. Ob. cit. p. 149.

Este é o juiz garantista<sup>41</sup> que a sociedade espera encontrar nos Tribunais durante esse terceiro novo milênio.

*Paulo Rangel*

*prangel@connection.com.br*

*Verão carioca de 21 de janeiro de 2001.*

*23:00 h.*

Obs. Este ensaio está sujeito a mudanças exatamente pelo fato de continuar a pensar e refletir sobre o que escrevi.

---

41 Entendo que *mutatis mutandis* tudo o que se disse referente ao juiz, no corpo desse pequeno trabalho, se aplica aos membros do Ministério Público exigindo-lhes a mesma postura ética, justa e independente.



# FUGIR DA GLOBALIZAÇÃO?

POR MANUEL PORTO<sup>1</sup>

1. Tem grande actualidade 'lutar' contra a globalização, num movimento que curiosamente associa pessoas com formações políticas muito diversas, desde conservadores, receosos da concorrência ou apegados a valores nacionalistas, a pessoas claramente de esquerda. Além de manifestações junto de locais onde têm lugar reuniões internacionais, tal como aconteceu recentemente em Seattle e em Davos, o movimento teve agora uma expressão muito sensível nas comemorações do dia 1 de Maio, com a consequência agradável para os Governos de se atenuar assim a crítica que em outras circunstâncias os trabalhadores teriam feito às políticas internas, tendo a globalização passado a ser o 'bode expiatório' de todos ou quase todos os males.

Trata-se por tudo isto de um movimento simpático e atraente, capaz de atrair um número crescente de adeptos, podendo todavia os portugueses sentir um complexo por estar em causa uma abertura que se reporta às nossas descobertas, tal como ficou vincado no título e no conteúdo de um livro recente de Gérard Vindt, *A Mundialização. De Vasco da Gama a Bill Gates*<sup>2</sup>.

Importa contudo que, para além desta atracção, seja feita uma reflexão serena: tendo de perguntar-se, por melhor boa vontade que se tenha, se será possível evitá-la, bem como se será de facto prejudicial (ou necessariamente prejudicial).

2. Apesar das forças que de tempos a tempos continuarão a fazer pressão no sentido do protecçãoismo, em especial em períodos de recessão, ou ainda da tentação que possa haver no sentido de alguns blocos regionais se fecharem em relação ao exterior, é de esperar de facto que continuarão a prevalecer forças no sentido do comércio mundial e de outras formas de integração das economias, caminhando-se para a globalização.

2.1. É esta a indicação clara que se colhe da observação dos números ao longo das décadas, mesmo dos séculos, mostrando que o comércio internacional, tal como os demais movimentos económicos internacionais (caso dos movimentos de capitais, com crescimentos muito superiores), cresce numa medida maior do que o crescimento dos produtos. Ao longo do século há pouco terminado constata-se que por exemplo entre 1900 e 1986 o aumento real do comércio foi de 20 vezes, quando o aumento do PIB foi de 13 vezes; e já na segunda metade dos

1 Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

2 Temas e Debates, Lisboa, 1999 (trad. da ed. francesa, de 1998).

anos 80, quando o aumento da produção foi de 3,5% ao ano, foi de 6,4%, o aumento das exportações.

Com estas diferenças de crescimento tem vindo a aumentar naturalmente de um modo sensível a taxa de abertura das economias, passando de cerca de 7% em 1950 para mais de 20% nos anos 90 (cfr. Cable, 1999, pp. 4 ss., indicando também outros valores de integração).

Vários factores terão contribuído para a evolução verificada, como são os casos de melhorias dos sistemas de transportes e de progressos e exigências tecnológicos que tornaram as economias mais dependentes de fornecimentos estrangeiros. Para além disso, apesar dos ressurgimentos proteccionistas que se verificaram de vez em quando, foi muito nítido o abaixamento registado no nível das restrições ao comércio. De novo a título de exemplo, nos países industrializados o nível médio dos direitos alfandegários desceu de 40% em 1947 para 3% em 2000, com uma percentagem muito grande de produtos já liberta de qualquer tributação (cfr. Barthe, 2000, pp. 27-8); sendo também muito grande o afastamento ou a redução de outros tipos de barreiras.

2.2. Olhando para o futuro, é de esperar que a par dos factores referidos outros factores contribuirão (ou continuarão a contribuir) igualmente para a prevalência das forças livre-cambistas.

Assim deverá acontecer com a continuação da acumulação de evidência teórica e prática mostrando as vantagens maiores do comércio livre (referi-lo-emos em 3). É bem sabido que as indicações sempre existentes em tal sentido foram várias vezes insuficientes face às forças do proteccionismo. Mas a acentuação de indicações favoráveis não deixará de ter a sua influência, 'pesando' cada vez mais no prato da balança favorável ao livre-cambismo.

Sem dúvida com o afastamento do proteccionismo haverá sempre sectores penalizados e espíritos derrotistas ou pelo menos inquietos; mas a comparação tem de ser feita com o interesse da generalidade dos cidadãos e com o que teria acontecido sem a abertura comercial (*anti-monde*), havendo factores não dependentes de nós que teriam levado também (provavelmente em maior medida) aos problemas que nos afectam (com especial relevo para o problema do desemprego).

Trata-se de resultados mais favoráveis - do comércio livre - que se estima que se tenham acentuado agora como consequência do Uruguai Round: o qual, de acordo com estimativas feitas, deverá ter proporcionado um ganho de bem-estar de 510 mil milhões de dólares entre 1995 e 2000 (cfr. Dent, 1997, p. 195, com estimativas da OMC). Em termos absolutos, o ganho maior terá sido o ganho da União Europeia, seguido pelo ganho dos Estados Unidos da América. Mas em termos relativos, consideran-

do-se as populações respectivas, terão sido ainda maiores os ganhos de outros espaços, não devendo além disso nenhum espaço do mundo ter ficado prejudicado; o que é muito importante como contributo para a aceitação geral do comércio livre.

No quadro dos interesses contraditórios em presença é de esperar por seu turno que se confirme o peso das grandes empresas multinacionais; e que, a par de empresas menos ambiciosas que julgam bastar-se ou ficar beneficiadas com espaços 'reservados' mais restritos, vá prevalecendo o peso maior de empresas competitivas, que não se satisfarão com esses limites<sup>3</sup>.

Independentemente de se tratar ou não de grandes empresas ou grupos, poderá julgar-se também que haja uma maior abertura com o processo de privatizações que está em curso na generalidade dos países do mundo: não podendo os empresários privados, diferentemente das entidades públicas, dar-se ao 'luxo' de deixar que se fique aquém das oportunidades maiores conseguidas com a abertura comercial e o funcionamento do mercado.

É de facto assim, mas não pode esquecer-se que não têm sido só empresas públicas a querer o protecçãoismo, em muitos casos este tem sido o reflexo do *lobbying* de sectores privados menos preparados para a concorrência, que perdem com a abertura das economias. Não tendo as vias de influência mais directas das grandes empresas e dos grandes grupos, conseguem-na com o 'peso' eleitoral do seu número, dos seus trabalhadores e da sua implantação geográfica, com a intervenção das suas estruturas representativas, conjugando-se aliás os esforços das estruturas patronais e sindicais para salvarem as empresas e os empregos em risco (com uma organização que ultrapassa as organizações dos consumidores, os grandes prejudicados com o protecçãoismo).

Julgamos de qualquer modo que as privatizações, com as exigências de mercado das empresas privadas, são um factor mais no sentido da abertura comercial.

Actualmente a pressão num ou noutro sentido não é todavia feita apenas por países agindo individualmente, tendo um relevo crescente os blocos que se formaram e se vão consolidando. Por várias razões, designadamente por poder julgar-se que se trata de mercados bastantes para as estratégias das suas empresas, sem que se tenha de correr os riscos da concorrência de terceiros países, pensar-se-á talvez que se tem aqui um factor de protecçãoismo a nível regional: tratando-se de 'stumbling blocs', não

---

3 Sobre o esbatimento das fronteiras nacionais que se verifica com as multinacionais ver a título de exemplo, com perspectivas diferentes, Holland (1976) e Ohmae (1995).

de 'building blocs'<sup>4</sup>.

Parece-nos contudo que se caminhará antes neste segundo sentido, da criação de 'building blocs': com a própria lógica dos blocos a levar ao livre cambismo.

Em primeiro lugar, poderá referir-se que se consegue com eles a atenuação dos nacionalismos económicos, com o aumento da consciência da vantagem e mesmo da necessidade de uma maior interdependência, ou que de qualquer modo se ganha uma 'experiência' útil de abertura comercial, circunstâncias que serão especialmente relevantes para países sem tradição de abertura (cfr. Cable, 1994, p. 12).

Será de assinalar depois que mesmo nos blocos que constituem mercados muito favoráveis é clara a insatisfação dos seus responsáveis (não só das empresas multinacionais, que referimos há pouco), procurando sempre intersecções com outros blocos e países: assim acontece na União Europeia. E compreende-se que a insatisfação seja muito maior – com o 'peso' inerente – da parte de responsáveis de países que representam mais do que o conjunto de todos os demais membros do seu bloco, como são os casos dos Estados Unidos na NAFTA e do Brasil no MERCOSUL, tendo obviamente de procurar outros mercados (v.g. para a venda dos seus produtos), em outros blocos ou de preferência no quadro mundial.

Trata-se de 'forças de abertura' que têm vindo a prevalecer, reconhecendo a própria Organização Mundial do Comércio (OMC, 1995, p. 2) que "there have been no fortress type regional integration agreements among WTO members"; tendo sido mesmo em grande medida países de blocos regionais a 'forçar' a conclusão (difícil) do Uruguai Round, exactamente num momento sem paralelo de criação, alargamento e/ou reforço dos seus mercados<sup>5</sup>.

Com menos capacidade de pressão mas sendo igualmente um elemento a atender, há que considerar por outro lado os interesses e o empenho dos países que ficam de fora de qualquer bloco ou dos blocos onde estão os melhores mercados. A resposta a estes casos, que os membros dos blocos não deixarão de ir sendo levados a dar, estará na celebração de acordos preferenciais: numa linha que, também em benefício dos países membros, fará baixar os efeitos de desvio do

4 Na distinção de Lawrence (1991 e 1996); ver ainda, reflectindo posições diversas, Krueger (1990), Bhagwati (1991), Lal (1994), Wolf (1994), Silva (1996), Bhala e Bhala (1997), Serra *et al.* (1997), Panagariya (2000), Banco Mundial (2000a), Porto (2001, pp. 499-503) ou os textos inseridos em Melo e Panagariya, ed. (1993), em Mucchielli e Celimène, ed. (1993), em Bhagwati e Panagariya, ed. (1996), em Geiger e Kennedy, ed. (1996) e em Baldwin, Cohen, Sapir e Venables, ed. (1999).

5 Embora em algumas fases os blocos tenham sido vistos como um sucedâneo, tendo-se aceitado por isso o retardamento da conclusão do Uruguai Round (cfr. Greenaway, 1992 e Pomfret, 1996).

comércio e potenciar os demais ganhos proporcionados pelos espaços de integração<sup>6</sup>.

Com a consciência das vantagens do comércio internacional, a formação de blocos pode ser ainda um elemento facilitador de negociações, na medida em que diminui o número de negociadores (trata-se de factor sublinhado também por Cable, 1994, p. 12 ou ainda por ex. por Dent, 1997, p. 5). A assim acontece com a participação da Comunidade Europeia, v.g. nas negociações do GATT (agora no OMC), sendo só a Comissão (através do Comissário competente) a participar nas reuniões, de acordo com o mandato de negociação atribuído pelo Conselho.

Por fim, a formação de mercados 'únicos' no seio dos blocos, embora visando naturalmente em primeira linha o interesse dos países membros, vem harmonizar e uniformizar normas e criar outras condições que tornam muito mais fácil o acesso de terceiros. A título de exemplo, com a harmonização proporcionada na Europa pelo Acto Único um exportador ou um investidor americano ou brasileiro não tem de conhecer e adaptar-se a requisitos diferentes de país para país: podendo ter acesso a todos eles com o cumprimento das mesmas regras. Trata-se de vantagem de enorme monta, de que se espera que disponhamos também quando concorrermos em mercados de outros blocos: sendo por isso do nosso interesse que se aprofundem igualmente os seus processos de integração. Da nossa parte será também especialmente sensível a criação da moeda única, facilitando a actividade negocial no espaço da União.

3. Parece-nos pois claro que, através de blocos regionais ou independentemente deles, continuará a caminhar-se para a globalização, como destino inevitável das economias.

Tratar-se-á de um destino a lamentar<sup>7</sup>, devendo nós por isso juntar esforços desesperados para 'tentar' evitar o inevitável, através da escrita ou de manifestações de rua? Poderemos ficar assim com a consciência tranquila, com a consciência do dever cumprido!

Não somos todavia levados a fazê-lo, face ao que continua a ser evidenciado pela teoria económica e pela experiência conhecida.

No plano da teoria, pode constatar-se que os contributos mais recentes têm vindo reforçar os melhores argumentos do livre-cabismo. Assim tem acontecido com as teorias do comércio, não se limitando a explicá-lo, mostrando também que com ele se consegue um ganho geral.

6 Com a multilateralização do comércio deixa obviamente de se justificar a participação num bloco regional (ver Lloyd, 1996, p. 39).

7 Entre uma literatura muito extensa (cfr. Porto, 2001, p. 496) ver por exemplo, com posições especialmente negativas, Hirst e Thompson (1996), Chossudovsky (1997), criticando em particular o FMI e o Banco Mundial), Martín e Schumann (1998), Latouche (1999) e Vindt (1999).

Com especial relevo, a teoria das divergências domésticas (ver por todos Bhagwati, 1971 e Corden, 1974-97) veio mostrar que quando há um objectivo a atingir no plano interno a via correcta de intervenção (não distorçora) é a via também interna, não a via proteccionista. Deu assim um contributo com o maior relevo a diferentes propósitos, designadamente quando está em causa a implantação de um ou vários sectores em determinado país (argumento das indústrias nascentes); justificando-se a implantação, não deve ser feita com o sacrifício do comércio, sacrificando-se os consumidores e outros interesses. Face a estes contributos, ficam para trás argumentos de ordem conjuntural (caso das justificações de Keynes) ou uma maior facilidade, com menos custos, da intervenção alfandegária, que perde relevo à medida em que vão melhorando as máquinas administrativas dos países. As justificações livre-cambistas são além disso justificações do ponto de vista do bem-estar geral, por isso sem a limitação do velho argumento dos termos do comércio ou de teorias modernas do comércio (ver por todos Krugman, 1990 e 1992); sendo nestes casos, salvo excepções, o ganho de alguns à custa do prejuízo de outros.

No plano dos factos, por seu turno, têm sido claros os resultados gerais de estudos individuais e de projectos de reputadas organizações internacionais levados a cabo em momentos diferentes, como são os casos da OCDE<sup>8</sup>, do National Bureau of Economic Research<sup>9</sup> e do Banco Mundial<sup>10</sup>, mostrando os melhores resultados conseguidos em países e em períodos de maior abertura comercial<sup>11</sup>.

5. Toda esta evidência, teórica e prática, não impedirá todavia que numa próxima dificuldade, ou apenas face à constatação de uma ocupação sensível do nosso mercado por produtos vindos de outra área, haja quem pugne, mais uma vez, pela dificultação de importações.

Para além de qualquer outro juízo que se faça a tal propósito, o que não podemos compreender de modo algum é que se possa ter a ingenuidade de pensar, quando nos protegemos, que não haja da parte dos países que passam a exportar menos para nós uma retracção nas suas importações, ou como consequência de medidas de represália ou, independentemente disso, como consequência de uma menor distribuição de rendimentos nos seus sectores exportadores; acabando por isso ao fim e ao cabo por ficar prejudicada também a nossa actividade exportadora, provavelmente em maior medida do que a actividade substitutiva de importações.

---

8 Com a síntese em Little, Scitovsky e Scott (1970).

9 Com a síntese em Bhagwati (1978) e Krueger (1978).

10 Com a síntese de um segundo projecto em Papageorgiou, Choksi e Michaely (1990); tendo o estudo sobre Portugal sido feito por Macedo, Corado e Porto (1988).

11 Com um estudo mais recente ver Sachs e Warner (1995).

Trata-se de ingenuidade especialmente inaceitável na União Europeia, com um enorme superávit comercial, podendo imaginar-se as dificuldades que resultariam de uma possibilidade menor de colocação externa dos nossos produtos, com o provável prejuízo agravado que se assinalou há pouco.

6. Com realismo e sentido das responsabilidades, há que ter todavia bem presente que se levantam problemas maiores em países mais atrasados, em alguns deles problemas de grande delicadeza.

Trata-se de países que, além de em determinados casos (não em todos) terem produtos de exportação que perdem valor em relação aos produtos e serviços que importam (deterioração dos termos de troca), em muitos outros não têm mesmo nenhuma hipótese de uma colocação significativa de produtos no exterior, vendo pelo contrário o mercado interno preenchido em grande medida por produtos importados.

Poderão por isso os seus responsáveis e os seus cidadãos ser atraídos pelas contestações da globalização; mas a delicadeza dos problemas exige que se veja com frieza se uma estratégia proteccionista será adequada ao seu desenvolvimento.

Parece-nos claro que não. Justifica-se uma intervenção, transitória, quando se verifique a possibilidade de se implantarem sectores que virão a ser competitivos em economia aberta (na lógica referida do argumento das indústrias nascentes). Mas mesmo então, como vimos atrás, em princípio justificar-se-á antes a utilização de medidas directas (internas) de apoio, não podendo nunca perder-se de vista que um procedimento limitativo e encarecedor das importações penaliza os consumidores, tratando-se de bens de consumo, e prejudica o desenvolvimento dos países, tratando-se de bens de equipamento ou de serviços de apoio à produção.

Importando que sempre que possível o desenvolvimento dos países mais atrasados seja promovido com o aumento de exportações competitivas, é bem-vindo o decréscimo da protecção pautal que, como vimos atrás, se tem verificado nos países mais desenvolvidos (ao fim e ao cabo com benefício também para os seus consumidores e para muitos dos seus empresários, com o aumento da protecção efectiva).

Estando as importações dos maiores blocos do mundo de facto já pouco oneradas com impostos alfandegários (ou restrições quantitativas), tem de ser dada agora uma atenção muito especial a outras intervenções, constituindo algumas delas formas inaceitáveis de proteccionismo. Assim acontece com frequência com medidas *anti-dumping*, quando não há na verdade *dumping* (preços de exportação mais baixos do que os preços internos), ou com a invocação (incorrecta) de '*dumping*' social ou ecológico, quando com realismo não é ainda exigível nos países mais atrasados o cumprimento integral das nossas regras.

Não pode além disso o julgamento do eventual não cumprimento de regras de preços (*dumping*), de regras sociais ou de regras ambientais ser feito pelos países importadores; mas sim por uma entidade independente, como é o caso da Organização Mundial do Comércio.

Com a noção das dificuldades existentes e do que há a fazer, mas mostrando que vale a pena prosseguir, importa assinalar que o comércio internacional tem vindo a ter de facto um crescimento assinalável nas últimas décadas na maior parte das áreas menos desenvolvidas do mundo (Banco Mundial, 2000b, pp. 51-2).

6. Um comércio mundial dinamizador das economias, designadamente das economias mais ricas, será ainda, importa sublinhá-lo, condição indispensável de ampliação de meios financeiros de apoio aos países menos desenvolvidos (bem como, tal com já se referiu, de ampliação de mercados onde poderão ser colocados os seus produtos)<sup>12</sup>.

É hoje muito claro que não basta o *trade*, é necessária também a *aid*, havendo aliás países tão desfavorecidos que, com realismo, pouco ou nada conseguirão pela via das exportações. Muito em particular, importa que se ajude o apoio interno (directo) indispensável à promoção de sectores que têm aí condições de sustentação.

O processo de globalização, sendo inevitável e segundo julgamos desejável, tem de ser igualmente um processo responsável; ninguém podendo deixar de ser sensível a um mundo em que cerca de um quinto da população está abaixo do limiar da pobreza.

Mas com estratégias proteccionistas o problema ainda se agravaria; só podendo ser resolvido com uma globalização com regras, dinamizadora das economias, em que os países mais ricos têm de assumir as suas responsabilidades.

## BIBLIOGRAFIA

BALDWIN, Richard, N., COHEN, Daniel, SAPIR, André e VENABLES, Anthony (ed.)

- 1999 - *Market Integration, Regionalism and the Global Economy*, Centre for Economic Policy Research, Cambridge (UK)

BANCO MUNDIAL

- 2000a - *Trade Blocs*, Oxford University Press, Nova Iorque

12 A importância do comércio internacional para os países menos desenvolvidos foi sublinhada no relatório do Banco Mundial há pouco referido (2000b, pp. 52-3).

- 2000b - *Entering the 21<sup>st</sup> Century - World Development Report 1999/2000*, Oxford University Press, Nova Iorque

BARTHE, Marie-Annick

- 2000 - *Economie de l'Union Européenne*, Economica, Paris

BHAGWATI, Jagdish N.

- 1971 - *The Generalized Theory of Distortions and Welfare*, em Bhagwati, Jagdish N., Jones, Ronald W., Mundell, Robert A. e Vanek, Jeroslav (eds.) *Trade Balance of Payments and Growth*, Papers in International Economics in Honor of Charles P. Kindleberger, North-Holland Publishing Company, Amesterdão e Londres, pp. 69-90

- 1978 - *Anatomy and Consequences of Exchange Control Regimes*, National Bureau of Economic Research, Ballinger Publishing Company, Nova Iorque

- 1991 - *The World Trading System at Risk*, Princeton University Press, Princeton

BHAGWATI, Jagdish N. e PANAGARIYA, Arvind (ed.)

- 1996 - *The Economies of Preferential Trade Agreements*, American Enterprise Institute, Wasington

BHALLA, A. e BHALLA, P.

- 1997 - *Regional Blocs. Building Blocs or Stumbling Blocs?*, Macmillan, Basingstoke, Londres e St. Martin's Press, Nova Iorque

CABLE, Vincent

- 1994 - *Overview*, em Cable Vincent e Henderson, David (ed), *Trade Blocs? The Future of Regional Integration*, The Royal Institute of International Affairs, Londres, pp. 1-16

- 1999 - *Globalization and Global Governance*, The Royal Institute of International Affairs (Pinter), Londres e Nova Iorque

CHOSSUDOVSKY, Michel

- 1997 - *The Globalization of Poverty. Impacts of IMF and World Bank Reforms*, Zid-Books, Londres e Nova Iorque, e Third World Network, Penang

CORDEN, Max

- 1997 - *Trade Policy and Economic Welfare*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford (1ª ed. De 1974)

DENT, Christopher M.

- 1997 - *The European Economy. The Global Context*, Routledge, Londres e Nova Iorque

GEIGER, Till e KENNEDY (ed.)

- 1996 - *Regional Trade Blocs, Multilateralism, and the GATT: Complementary Paths to Free Trade?*, Pinter, Londres e Nova Iorque

GREENAWAY, David

- 1992 - *Policy Forum: Regionalism in the World Economy*, em *The Economic Journal*, vol. 102, pp. 1488-90

HIRST, Paul e THOMPSON, Graham

- 1996 - *Globalization in Question*, Polity Press/Blackwell, Cambridge e Oxford

HOLLAND, Stuart

- 1976 - *Capital Versus the Regions*, Macmillan, Londres e Basingstoke

KRUEGER, Anne O.

- 1978 - *Liberalization Attempts and Consequences*, National Bureau of Economic Research, Ballinger Publishing Company, Nova Iorque

- 1990 - *Free Trade is the Best Policy*, em Lawrence, Robert Z. e Schultze, Charles Z. (ed.), *An American Trade Strategy. Options for the 1990's*, The Brookings Institution, Washington, pp. 68-105

KRUGMAN, Paul

- 1990 - *Rethinking International Trade*, The MIT Press, Cambridge (Mass.)

- 1992 - *Does the New Trade Theory Require a New Trade Policy?* em *The World Economy*, vol. 15, pp. 423-4

LAL, Deepak

- 1994 - *Trade Blocs and Multilateral Free Trade*, em Bulmer, Simon e Scott, Andrew (ed.), *Economic and Political Integration in Europe. Internal Dynamics and Global Context*, Blackwell, Oxford e Cambridge, pp. 189-98

LATOUCHE, Serge

- 1999 - *Os Perigos do Mercado Planetário*, Instituto PIAGET, Lisboa (trad. da ed. francesa; de 1998)

LAWRENCE, Robert Z.

- 1991 - *Emerging Regional Arrangements: Building Blocs on Stumbling Blocs?*, em O'Brian, Richard (ed.), *Finance and the World Economy*, vol. 5, Oxford University Press, Londres, pp. 22-35

- 1996 - *Regionalism, Multilateralism and Deeper Integration*, The Brookings Institution, Washington

LITTLE, Ian M., SCITOVSKY, Tibor e SCOTT, Maurice F.

- 1970 - *Industry and Trade in Some Developing Countries*, Oxford University Press, para a OCDE, Londres

LLOYD, Peter

- 1996 - *The Changing Nature of Regional Trading Arrangements*, em Bora, Bijit e Findlay, Christopher (ed.), *Regional Integration and the Asia-Pacific*, Oxford University Press, Oxford, pp. 25-48

MACEDO, Jorge Braga, CORADO, Cristina e PORTO, Manuel

- 1988 - *The Timing and Sequencing of Trade Liberalization Policies: Portugal 1948- 1986*. Working Paper n° 114, Faculdade de Economia da Universidade Nova de Lisboa (síntese do relatório sobre Portugal preparado para o projecto referido em Papageorgiou, Choksi e Michaely, 1990)

MARTIN, Hans-Peter e SCHUMANN, Harold

- 1998 - *A Armadilha da Globalização. O Assalto à Democracia e ao Bem-Estar Social*, Terramar, Lisboa (trad. da ed. alemã, de 1996)

MELO, Jaime e PANAGARIYA, David (ed.)

- 1993 - *New Dimensions in Regional Integration*, Cambridge University Press, Cambridge

MUCCHIELLI, Jean-Louis e CELIMÉNE, Fred (ed.)

- 1993 - *Mondialisation e Regionalisation, Un Défi pour l' Europe*, Economica, Paris

OHMAE, Kenichi

- 1995 - *The End of the Nation State. The Rise of Regional Economics. How New Engines of Prosperity are Reshaping Global Markets*, The Free Press, Nova Iorque e Harper Collins, Londres

OMC (Organização Mundial de Comércio: WTO)

- 1995 - *Regionalism and the World Trading System*. Genebra

PANAGARIYA, Arvind

- 2000 – *Preferential Trade Liberalization. The Traditional Theory and New Development*, em *Journal of Economic Literature*, vol. 38, pp. 287-331

PAPAGEORGIOU, Demetrios, CHOKSI, Armeane M. e MICHAELY, Michael

- 1990 – *Liberalizing Foreign Trade in Developing Countries. The Lessons of Experience*, Banco Mundial, Washington (síntese dos volumes publicados *Timing and Sequencing of a Trade Liberalization Policy*)

POMFRET, Richard

- 1996 – *Blocs: The Threat of the System, and Asian Reactions*, em Bora, Bijit e Findlay, Christopher (ed.), *Regional Integration and the Asia Pacific*, Oxford University Press, Oxford, pp. 13-24

PORTO, Manuel

- 2001 – *Teoria da Integração e Políticas Comunitárias*, 3ª ed., Almedina, Coimbra

SACHS, Jeffrey e WARNER Andrew

- 1995 – *Economic Reform and the Process of Global Integration*, em *Brookings Papers on Economy Activity*, nº 1, pp. 1-118

SERRA, Jaime et al.

- 1997 – *Reflections on Regionalism. Report of the Study Group on International Trade*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington

SILVA, Joaquim Ramos

- 1996 – *A Regionalização Multiforme da Economia Mundial (The Multiform Regionalism of the World Economy)*, em Curso de Estudos Europeus, *Integração e Especialização. Integration and Specialization*, Faculdade de Direito, Coimbra, (distrib. Almedina), pp. 39-55

VINDT, Gérard

- 1999 – *A Mundialização. De Vasco da Gama a Bill Gates*, Temas e Debates, Lisboa (trad. de ed. francesa, de 1998)

WOLF, Martin

1994 – *The Resistable Appeal of Fortress Europe*, Center for Economic Policy Studies, Londres

# REALIDADE INSTITUCIONAL, TRIPARTIÇÃO DE PODERES E MEDIDAS PROVISÓRIAS<sup>1</sup>

---

UADI LAMMÊGO BULOS<sup>2</sup>

## I. COLOCAÇÃO DA MATÉRIA

Quando falamos em *realidade institucional*, devemos ter em mente aquela acepção sociológica de *instituição*: entrelaçamento de práticas sociais articuladas num complexo de relações, costumes e sentimentos, com vistas ao exercício de controles sociais.

Por aí já se vê o quão ampla é a temática proposta, porque sua análise nos coloca perante aspectos multidisciplinares, integrantes de uma notável *imensidão*.

Para não nos perdemos dentro dessa *imensidão*, tomaremos como ponto de partida o advento do Texto Constitucional em vigor, chegando aos nossos dias.

Cinco de outubro de 1988, quarta-feira, às 16 (dezesseis) horas, promulga-se a oitava Constituição brasileira.

Era o ano que antecedia a queda do muro de Berlim, marco da derrocada dos países socialistas.

Ressurgiam as esperanças. Brotavam as expectativas, nada obstante o fato de que a Assembléia Nacional Constituinte não havia sido eleita por representantes determinados para esse fim<sup>3</sup>. Ao invés, fez-se opção pela fórmula insatisfatória de delegar-se, temporariamente, poderes constituintes ao Congresso Nacional.

Num esforço extraordinário, a grande meta era implantar um Estado Democrático, após vinte e cinco anos de regime militar e quase doze de abertura lenta e gradual.

---

1 Conferência de abertura do XIII Congresso Nacional da Associação Brasileira das Mulheres de Carreiras Jurídicas, coordenado pela Ministra do Superior Tribunal de Justiça Eliana Calmon. Porto Velho – RO, 12/10/2001.

2 Professor de Direito Constitucional, Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Da Comissão Permanente de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros.

3 Cf.: Flavio Bierrenbach. Quem tem medo da constituinte. Brasília, 1986.

Enfeixaram num texto extenso, minudente, detalhista - apelidado de 'constituição cidadã' - uma considerável dose de *utopismo*, bem intencionado, porém delirante, mas que teve a virtude de espelhar a reconquista das liberdades públicas, superando o vazo autoritário que se impusera ao País.

Num ambiente heterogêneo, soergueu-se novo modelo constitucional. O clima de apoteose cívica, marcada pelo torvelinho de interesses de variadíssima gama, resultou num projeto inicial de 551 artigos.

Nesse contexto, predominava: o *corporativismo*, dos grupos que manipulavam recursos; o *ideal socialista*, daqueles que queriam fazer justiça social sem liberdade econômica; o *estatismo*, dos que acreditavam que a sociedade não poderia prescindir de tutela; do *paternalismo*, daqueles que queriam que o governo tudo lhes prodigalizasse, sem a necessidade do trabalho e do esforço próprio; do *assistencialismo*, dos que supunham que a palavra escrita se converteria, de um súbito, em benefícios imediatos; do *fiscalismo*, dos despreocupados com a sobrecarga tributária <sup>4</sup>.

No final dos trabalhos constituintes, a estrutura formal da Carta de 1988 diferia-se dos textos pregressos: 245 artigos no corpo permanente e 73 na parte transitória de normas, distribuídos em nove títulos distintos, disfarçados em numeração romana por itens. Somando-se tudo, tínhamos 318 artigos, 946 incisos, 596 parágrafos e 203 alíneas. Cerca de 200 dispositivos dependiam de leis futuras, complementares e ordinárias.

Estávamos diante de uma das constituições mais prolixas do mundo, a exemplo da Carta da Iugoslávia de 1974, com 406 artigos.

Aliás, neste século XX, com a Constituição de Weimar de 1919 - a qual trouxe preceitos relacionados à ordem econômica e previsões de direitos sociais - que os textos supremos passaram a ser analíticos, numa tentativa de limitar o espaço deixado à atividade discricionária do legislador infraconstitucional.

Essa desconfiança com o legislador ordinário fez com que matérias de todo jaez fossem constitucionalizadas.

---

4 Essa é a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, no primoroso trabalho *Organizações sociais de colaboração (descentralização social e Administração Pública não-estatal)*, RDA, 210:184. Conferir: Ney Prado, *Razões das virtudes e dos vícios da Constituição de 1988*, São Paulo, Ed. Inconfidentes, 1994, p.33 usque 89; João Gilberto Lucas Coelho, *A nova Constituição: avaliação do texto e comentários*, 2.ed. atual., Rio de Janeiro, Revan, 1991, p.11-14.

Resultado: as constituições tornaram-se projetos inacabados, documentos pretenciosamente exaustivos, porém impossíveis de serem vividos na sua plenitude.

É nesse contexto que o primeiro decênio da Constituição de 1988 convém ser analisado. Num diploma em que até a língua portuguesa foi considerada o idioma oficial da República Federativa do Brasil (art.13), o supérfluo e o acessório predominaram.

Sejam bem-vindos à interessante **problemática institucional brasileira**, na ótica de um professor de Direito Constitucional.

Os dez anos de Constituição poderiam ter sido muito positivos, espargindo efeitos benéficos no contexto institucional brasileiro.

Mas o que se vislumbrou com frequência, foram institutos deturpados, a exemplo das medidas provisórias.

## 2. MEDIDAS PROVISÓRIAS

Reeditadas, só no primeiro Governo de Fernando Henrique Cardoso 2.777 vezes, as medidas provisórias criaram a figura teratológica de uma ordem jurídica definitivo-provisória, amparada em leis cuja vigência precária se transforma em efetiva pelo artifício da renovação de providências excepcionais que não são apreciadas.

É que a partir de 5 de outubro de 1988 o decreto-lei foi eliminado do ordenamento constitucional brasileiro. Inspirando-se no modelo italiano, a Constituição consagrou medidas provisórias, com força de lei.

Assim, tais medidas provisórias surgiram no ordenamento constitucional brasileiro como uma reminiscência do controvertido decreto-lei, mas com uma abrangência notável, ilimitada, muito maior do que se poderia imaginar.

No curso da Assembléia Nacional Constituinte, chegaram a dizer que as medidas provisórias serviriam para eliminar o arbítrio, o despotismo e a centralização.

Afirmavam que elas possuíam conteúdo mais democrático, porquanto originavam-se do *provvedimenti provvisori* da Constituição italiana de 1947 (art. 77, §§ 1º e 2º). Pareciam esquecer que a legislação italiana inspirava-se na *Lei Rocco* (Lei n. 100, de

31-1-1926), cujo escopo era disciplinar a edição do *decreti-legge*, inclusive naqueles casos de urgência de medidas financeiras, tributárias, e até em questões envolvendo estado de guerra.

O tempo mostrou que a realidade italiana divergia da brasileira. Na Itália, o sistema de governo é o parlamentar. Quando ocorrem crises legislativas, o modo de solucioná-las é dissolver a Câmara dos Deputados ou promover a queda do Gabinete.

Nesse país, tais crises são desencadeadas pelo impasse entre o Executivo e o Legislativo, motivando rejeições, como aquela que provocou a derrocada de um dos gabinetes do Primeiro-Ministro Fanfani. Daí a medida provisória ajustar-se às conveniências do Parlamentarismo, jamais ao sistema presidencial. Nos países de estrutura parlamentar, como a Alemanha, a França e a Itália, a espécie normativa participa de um contexto político-constitucional diverso do brasileiro.

Como se vê, a posição da medida provisória, na ordem constitucional brasileira, é sobretudo complexa, suscitando, dentre outras, as seguintes questões:

- a) o relacionamento entre os três Poderes;
- b) a topografia e o alcance dos pressupostos constitucionais de admissibilidade do art. 62;
- c) a criação de legislação infraconstitucional reguladora dos critérios de admissibilidade para a edição de medidas provisórias;
- d) o âmbito de discricionariedade do chefe do Executivo na emissão de tais medidas;
- e) o controle jurisdicional de constitucionalidade dessas medidas;
- f) a posição e a hierarquia da medida provisória perante as leis ordinárias;
- g) vinculações da medida provisória com o Congresso Nacional;
- h) a perda da eficácia da medida provisória em razão do decurso do prazo constitucional;
- i) a convalidação dos atos praticados com fundamento em medida provisória não convertida em lei.

Seja como for, não se pode olvidar que, pela linguagem prescritiva do art.62 da Constituição Federal, medidas provisórias só podem ser editadas nos casos de **urgência e relevância**.

Quer dizer, a edição de medidas provisórias consubstancia-se, por imposição constitucional, aos critérios positivados pelo constituinte, cuja inobservância conjunta de ambos deslegitima a condição de validade do ato unilateral do presidente da República.

Nesse contexto, o que significariam as palavras *relevância* e *urgência* para fins de expedição de medidas provisórias?

Esses signos participam de uma *zona de penumbra*, não encontrando base semântica sólida que propicie a explicação do exato sentido deles. Por esse motivo são vagos, fluidos, imprecisos, consubstanciados em bases de índole axiológica, envolvendo juízos de valor. Como as palavras têm vida, o significado de um vocábulo pode alcançar uma dimensão variável no tempo e no espaço. Este é um dos motivos que serve para explicar a imensa deturpação que o art. 62 vem sofrendo desde o advento da Carta de Outubro.

Mas não é porque uma palavra é vaga, fluida, imprecisa, que ela deixa de ter uma carga de densidade semântica significativa. Ao invés, um vocábulo emite "sons", "vozes", "sentimentos", "significados", "sinais de comunicação", ainda que se resvalém em expressões "ocas", "vazias", "ininteligíveis", destituídas, num primeiro súbito de vista, de um conteúdo preciso.

Quando ouvimos a "voz" *relevância*, o primeiro sinal que os nossos órgãos do sentido detectam é *importância*. Nesse contexto, medidas provisórias só podem ser editadas ante situações graves, de notória *importância*, perante interesses invulgarmente *importantes*. Não é todo e qualquer assunto que exige a expedição delas. Só se justificam em casos excepcionais, isto é, muito graves, que demandem providência imediata, sem a qual o interesse social legítimo pode perecer. Servem para suprir ou amenizar — *momentaneamente* — situações de enorme risco e gravidade reconhecida.

O pressuposto *relevância* é de cumprimento obrigatório, sendo inerente à própria fragilidade que consubstancia essas medidas, as quais são provisórias, porque revestem-se de roupagem atípica, anômala, para atenderem não a qualquer espécie de interesse que lhes sirva de justificativa, mas, somente, àqueles que recebem uma qualificação especial. Nesse sentido, a *provisoriedade* se colo-

ca muito mais como um dos pressupostos da medida, do que um mero qualificativo seu.

Assim, essa qualificação especial do interesse se traduz pela *relevância*, isto é, por aquilo que se põe como essencial, fundamental, importante, em dada circunstância, em certo momento que exige um cuidado normativo excepcional. Como não é suficiente para o cabimento das medidas provisórias que o interesse seja, apenas, *relevante*, sob pena de a sociedade expor-se a sérios riscos, o art. 62 preconiza o segundo requisito para elas serem admitidas: a *urgência*.

O “som” *urgência* toca os nossos órgãos sensoriais noutro plano distinto da “voz” *relevância*, porque *urgente* é algo *irremediável*. Decerto que o interesse motivador de medidas provisórias é aquele que não pode ficar para depois, não pode aguardar o decurso do tempo, ou então a disciplina normativa a ser lançada no mundo jurídico perde-se pela inércia ou inação, prejudicando direitos, prerrogativas, além de obstaculizar deveres e encargos.

Medidas provisórias servem para sanar males irremediáveis que estejam dependendo de providências imediatas, caso contrário haverá danos insuportáveis, cujos efeitos são desastrosos. Daí cobrar-se o requisito *urgência*, não no sentido comum da palavra, veiculada nos léxicos, mas na acepção de algo imprescindível, palpitante para a resolução de um problema concreto, *ipso facto*, de difícil reparação.

Da análise desses dois requisitos constitucionais exsurge uma conclusão implacável: editar medidas provisórias é a exceção. A regra é não editá-las, muito menos reeditá-las.

No entanto, o caráter indeterminado das noções de *relevância* e *urgência* pode gerar situações duvidosas, que bloqueiam o sentido preciso da previsão abstrata do art. 62 ou não.

A par disso, o que fazer?

Parece-nos que a única saída para o problema é explorarmos a *certeza positiva* e a *certeza negativa* dos pressupostos que autorizam a edição de medidas provisórias. Dessa forma, penetraremos na *zona de penumbra*, em que as expressões *urgente* e *relevante* se encontram.

Desse modo, cumpre ao intérprete catalogar quais são os casos indubitáveis de incidência, apurando-se a *certeza positiva*.

Em contrapartida, cumpre-lhe estabelecer as situações em que as medidas provisórias extrapolem os pressupostos que as autorizariam para determinar a *certeza negativa*.

Exemplificando, jamais terá *relevância* aquele interesse concernente ao governo, aos partidos políticos, aos grupos de pressão da sociedade, ou algo equiparado a isso, mesmo se erigidos em base séria e bem fundamentada. Todavia, se há necessidade social imperiosa, que demande uma imediata resposta, para que situações concretas não pereçam, a competência excepcional do chefe do Executivo estará configurada de modo irretorquível.

Estabelecendo a *certeza positiva* e a *certeza negativa*, o exegeta poderá constatar que existem casos urgentes, sem, contudo, serem relevantes, assim como situações de enorme relevância, mas destituídas de urgência. Ilustrando, se uma matéria, que precise de regulamentação, puder aguardar o prazo para a tramitação urgente de um projeto de lei, fixado em quarenta e cinco dias, inexistirá supedâneo constitucional para se editar medida provisória, pois inexistirá, nesse caso, a excepcionalidade caracterizadora do ato de urgência.

Infelizmente, o entendimento técnico dos pressupostos de admissibilidade das medidas provisórias foi renegado pelo Poder Executivo nos últimos anos de Constituição.

Tornou-se praxe corriqueira medidas provisórias atritarem competências constitucionais, inovando, sem qualquer parâmetro, o cenário jurídico nacional.

Na realidade, as medidas provisórias têm sido editadas em sentido contrário às balizas constitucionais.

Consequência disso: as medidas provisórias adquiriram uma dimensão muito maior do que a dos decretos-lei, que somente poderia versar sobre matérias determinadas, e.g., segurança nacional, criação de cargos públicos, fixação de vencimentos, finanças públicas e normas tributárias.

Nesse ínterim, foi editada a Emenda Constitucional n.32 de 11 de setembro de 2001, consagrando, dentre outros preceitos de índole procedimental, normas destinadas a impedir o uso ilimitado de medidas provisórias.

Afigura-se-nos, inclusive, que pela exegese da EC 32/01, a reedição de medidas provisórias está proibida no ordenamento jurídico brasileiro. A letra e o espírito da inovação constitucional, proveniente da referida emenda, autorizam esse raciocínio.

Com relação à **letra**, basta que se vislumbre com larga visão de sentido o mandamento segundo o qual “É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo” (art.62, § 10).

Quanto ao **espírito**, vale observar que a sistemática adotada pelo legislador reformador foi no sentido de se proibir a eficácia *ad eternum* das medidas provisórias. Se não forem convertidas em lei dentro do prazo estipulado não produzirão quaisquer efeitos (art.62, §§3º, 4º, 7º).

E faz sentido. Não se pode negar que a própria natureza das medidas provisórias inadmitem que esses atos se posterguem no tempo.

Merecem aplausos os depositários da EC 32/01, porquanto souberam reconhecer que tais atos monocráticos de vontade do Chefe do Executivo são: *excepcionais, efêmeros, precários e condicionados*.

**Excepcionais**, porque não nascem do Poder Legislativo, não são leis, não derivam de uma representação popular, e sim de um ato monocrático e unipessoal do Presidente da República, embora tenham força de lei, criando direitos e deveres.

**Efêmeras**, porquanto deixam de durar, se não forem convertidas em lei desde a edição, 60 dias. Mas esse prazo pode ser prorrogado por igual período caso as Casas do Congresso não tenham encerrado a sua votação. Eis outra novidade advinda da EC 32/01.

**Precárias**, pois podem ser infirmadas a qualquer momento pelo Congresso Nacional, ao serem apreciadas por ele dentro do prazo legal. Tanto é assim que se não forem transformadas em lei perdem sua eficácia.

**Condicionadas**, porquanto a existência delas deve satisfazer dois pressupostos simultâneos: a relevância e a urgência. Ambos incidem concomitantemente, e não alternativamente.

Esse último caractere é muito importante. Basta dizer que a EC 32/01 foi enfática ao proclamar: “A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais” (art.62, § 5º).

Mas o ponto alto da Emenda Constitucional n.32/01 foi a consagração expressa das limitações a que estão sujeitas as medidas provisórias.

Significa dizer: o Presidente da República não poderá editá-las nos seguintes casos:

- a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
- b) direito penal, processual penal e processual civil;
- c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, incluindo a carreira e a garantia de seus membros;
- d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares (ressalvado o previsto no art. 167, § 3º, da Constituição);
- e) que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;
- f) reservada a lei complementar;
- g) já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

Desses itens, esfloram algumas observações:

#### 1º) **exegese extensiva da lista de proibições do art. 62, §1º, da CF**

A lista de proibições que acabamos de transcrever é taxativa.

Isto, contudo, não autoriza a sua interpretação restritiva. Deveras, no posto de atos *excepcionais*, *efêmeros*, *precários* e *condicionados*, as medidas provisórias logram um campo de ação limitado. Daí a necessidade de se lançar mão de uma exegese ampliativa do sentido, significado e alcance dos termos cunhados nos quatro incisos do § 1º.

Dessa forma, evita-se a prática *contra constitutionem* de se editar medidas "provisórias" ao arrepio da legalidade.

É o caso de medidas provisórias atuando na esfera reservada às leis delegadas. Embora inexista qualquer vedação expressa nesse sentido, não há fundamento para se usurpar o campo de incidência das leis delegadas.

#### 2º) **Medidas provisórias não podem dispor sobre matéria penal**

Demarque-se que o insistente apelo doutrinário de que medidas provisórias não podiam dispor sobre matéria penal foi aceito pela EC 32/01.

No Brasil, só cabe à lei prever a existência de crimes e de penas, por força do princípio da reserva legal (art. 5º, XXXIX). Com efeito, atos monocráticos, geradores de medidas provisórias, não

podem tipificar novas entidades delituosas, muito menos cominar penas ao *status libertatis* dos cidadãos.

A privação da liberdade do homem, mesmo cautelar, é da alçada, *indelegável*, do legislador ordinário.

### 3º) A competência para a expedição de leis complementares é do Parlamento

A EC 32/01 reconheceu que a competência para a expedição de leis complementares reserva-se ao Parlamento. Somente pela maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional é que poderão ser criadas.

Atos unipessoais do Presidente da República não atuam nessa área de competência. Qualquer medida provisória que invadir a área reservada pelo constituinte às leis complementares, logrará a pecha de inconstitucionalidade.

Por outro lado, medidas provisórias deverão ser convertidas em *lei ordinária*, jamais em lei complementar.

### 4º) Medida provisória em matéria tributária

A EC 32/01, ao acrescer o § 2º ao art. 62 da Constituição, verberou que os impostos que desempenham funções extrafiscais (art. 153, I, II, IV, V) e o imposto extraordinário (art. 154, II), poderão sofrer a incidência imediata de medidas provisórias, pois, nessas hipóteses, não viceja o princípio da anterioridade.

Nos demais casos, medida provisória que implicar instituição ou majoração de impostos só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte. Para tanto, é imperioso que tenha sido convertida em lei.

Nesse ponto, os apelos doutrinários não foram atendidos. Seguiu-se, de certa forma, o raciocínio do Egrégio Supremo Tribunal Federal para quem é *plenamente possível* medida provisória disciplinar matéria tributária, pois, mesmo não sendo lei, tem a força de lei<sup>5</sup>.

---

5 A linha argumentativa do Supremo Tribunal Federal, para aceitar a instituição de tributos, através de medidas provisórias, era, basicamente, a seguinte: "tendo força de lei, é meio hábil, a medida provisória, para instituir tributos, e contribuições sociais, a exemplo do que já sucedia com os decretos-lei do regime ultrapassado como sempre esta Corte entendeu" (...). "E, contudo, inegável o relevo da arguição de retroatividade da cobrança, expressamente estipulada na cláusula final do art. 17 do ato impugnado, em confronto com o princípio consagrado no art. 150, III, a, da Constituição" (STF, Pleno, ADIn 1.417-0/DF, medida liminar, rel. Min. Octávio Gallotti, *Ementário* n. 1.829-01).

Quanto à contribuição para seguridade social (art.195), veja-se que inexistia proibição expressa no sentido de se impedir o uso de medidas provisórias para dispor sobre elas.

Aliás, antes mesmo da EC 32/01, o Supremo Tribunal Federal já se posicionava no sentido de que as mesmas podiam ser instituídas por lei ordinária.

Entretanto, parece-nos que somente lei complementar poderá regular a matéria.

Por outro lado, há que se observar o mandamento contido no art.146, III, da Carta Maior, ficando claro que apenas lei complementar possui o condão para instituir contribuições sociais, observada a anterioridade nonagesimal do art.195, § 6º.

### 3. TRIPARTIÇÃO E INDEPENDÊNCIA DOS PODERES

Todos esses casos de limitações constitucionais das medidas provisórias, agora plasmados na Carta de Outubro pela EC 32/01, insere-se numa realidade maior, qual seja o combate ao exercício abusivo do poder.

Dai se dizer que a cláusula da separação de Poderes constitui limite intransponível ao exercício lícito das funções estatais.

Essa constatação é importantíssima na atual realidade institucional pátria, porque quando o constituinte de 1988 previu a separação de Poderes, como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (art.2º, c/c. o art.60, § 4º, III), consagrou, em termos constitucionais positivos, a idéia de *limitação*.

Essa idéia de *limitação* tem como supedâneo a fórmula clássica de Montesquieu, segundo a qual o poder deve *frear* o poder.

Logo, possíveis tentativas no sentido de se instaurar *instâncias hegemônicas de poder* padecerão do vício de inconstitucionalidade, pois o escopo do constituinte foi claro: neutralizar, no âmbito político-jurídico do Estado, qualquer possibilidade de dominação institucional por parte dos Poderes da República.

Na esteira desse esquema mental, o campo em que o princípio da separação de Poderes incide é aquele estabelecido pela constituição.

É o texto supremo que prescreve as funções do *poder político*, no quadro geral de organização dos Estados, discriminando suas tarefas típicas e atípicas, bem como o âmbito de competência de cada um dos Poderes Públicos.

Noutro sítio, é na seara política que o poder adquire realce. Reportamo-nos ao *poder político*, caracterizado pela *unidade e indecomponibilidade*.

*Uno*, porque não se biparte, esfacelando a sua essência.

*Indecomponível*, pois não se divide, segregando o seu conteúdo e cindindo a sua forma.

Dessa *indivisibilidade* deflui a tese de que é impróprio falar em *segregação*, *divisão* ou *separação* de Poderes. O que existe, em verdade, é uma *separação de funções estatais*, pois o poder político é incindível, não admitindo fragmentações, nem dicotomias.

E, diante desse seu caráter compacto, ele desempenha tarefas por intermédio de três funções, conferidas a órgãos especializados para cada atribuição: a legislativa, a administrativa (ou executiva) e a jurisdicional.

Se quisermos conservar o referido princípio, sem exorbitar a sua configuração, insta repudiarmos o seu esvaziamento, através de interpretações desmensuradas da cláusula da *independência e harmonia*.

Um órgão do poder deve sempre conter outro órgão do poder. Teoricamente, a interferência de um órgão sobre outro é apenas admissível para garantir direitos fundamentais, impedindo abusos e atentados contra a própria Constituição, caso contrário de nada adiantará a constitucionalização do princípio, porque ele existirá, apenas, nominalmente, sem qualquer relevância prática.

Por isso, vale repetir que o princípio da separação de Poderes equivale a um limite ao exercício do poder estatal.

A essa altura insta indagar: tendo em vista a ocorrência de possíveis abusos no exercício do poder, seria possível o controle jurisdicional dos atos praticados pelos órgãos públicos? Esse controle ofenderia o princípio da separação de Poderes?

Em primeiro lugar, o controle jurisdicional de abusos praticados por quaisquer dos três Poderes da República é um *dever constitucionalmente previsto*. Trata-se de tarefa *irremediável e irrenunciável* do Poder Judiciário.

Em segundo lugar, esse controle, ao invés de violar o princípio da separação de Poderes, constitui um *meio de preservá-lo*.

Se o poder deve *freiar* o poder, não há dúvida de que a idéia de *controle* deve estar presente, como uma exigência essencial ao regime democrático.

No momento em que práticas abusivas são perpetuadas, sufocando-se as liberdades públicas, evidente que o sistema do *checks and balances* fica comprometido.

Talvez a maior contribuição que os juristas estadunidenses deram ao constitucionalismo hodierno esteja na doutrina da limitação dos Poderes Públicos. Daí a engenharia constitucional dos *checks and balances*, que, na lição objetiva de Thomas Cooley, são tidos como essenciais às instituições livres<sup>6</sup>.

De fato, se inexistissem limites verticais e horizontais aos Poderes Públicos, os cidadãos seriam aniquilados pelas instâncias de governo e, hoje, até pelas grandes empresas.

Por meio da técnica constitucional dos *checks and balances*, todos os Poderes da República encontram na constituição os seus limites.

É a *lex mater* que giza os lindes da força e da atuação de cada uma das esferas governamentais, donde insurge a independência e a harmonia.

Ora, jamais haverá independência, muito menos harmonia entre Poderes, onde preponderem abusos, opressões, excessos de desempenho funcional.

A harmonia entre os Poderes republicanos caracteriza-se como um *princípio* constitucional de preservação obrigatória, imposta a todos, indistintamente. O convívio reciprocamente sadio é dever impostergável, pois o princípio em estudo reveste-se de iniludível fundamentalidade no plano das relações institucionais dos órgãos da soberania.

Quando as constituições proclamam que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são independentes e harmônicos pretendem que o convívio entre eles seja salutar no bojo de suas relações

6 Disse Cooley: "which are supposed to be essential to free institutions" (*The general principles...*, p.48).

institucionais. Assim o fazem em nome do respeito mútuo entre as diversas instâncias de poder, tendo em vista a configuração política do Estado e a garantia dos grandes ditames plasmados pelo constituinte.

Dai o porquê de se atribuir ao Judiciário a complicada tarefa de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais.

Procura-se, assim, evitar a *dominação institucional* dos Poderes estatais, eliminando a formação de *instâncias hegemônicas de poder*.

Extirpam-se, de uma só vez, os *desvios institucionais de competência*, invocando-se, para tanto, a cláusula essencial da separação de Poderes, que, muito mais do que um ditame delineador do panorama jurídico-institucional brasileiro, integra o cerne imodificável da Carta de 1988 (art.60, § 4º, III).

#### **4. BANALIZAÇÃO E DESRESPEITO A ORDENS JUDICIAIS**

E quando o Poder Judiciário, no exercício regular de sua missão sacrossanta e institucional, nos parâmetros da legalidade, tem as suas decisões banalizadas e desrespeitadas, como fica a segurança e certeza nas relações sociais?

Estamos diante de uma questão muito tormentosa, qual seja a problemática da banalização e desrespeito das ordens judiciais.

Essa contumélia inadmissível nos Estados de direito democráticos é antiga na história dos povos.

Talvez o exemplo mais contundente de flagrante desrespeito a uma ordem judicial remonte aos idos de 1832, num aresto da Corte Suprema dos Estados Unidos da América. Referimo-nos ao caso *Worcester versus Georgia* em que se discutia os limites territoriais das terras indígenas. Um tribunal estadual havia condenado dois missionários americanos que residiam em território dos índios. Eles recorreram e a Suprema Corte reformulou o julgado do tribunal estadual, pondo os recorrentes em liberdade. Mesmo assim, os missionários continuaram presos por ordem do Governador do Estado, é dizer, do Chefe do Poder Executivo estadual.

Poderíamos arrolar inúmeros casos, inclusive em matéria de intervenção em Estados e Municípios, dívidas alimentares, reintegração de posse e tantas outras espalhadas pelos acervos de jurisprudência.

No Brasil, sempre temos noticiais de ordens judiciais descumpridas e banalizadas, inclusive no Estado de Rondônia, conforme nos informou a eminente magistrada Dr<sup>a</sup> Flora Maria Ribas Araújo.

Não entraremos no mérito desses casos que colocam em xeque todo um comando de normas supremas regentes da República federativa pátria.

Entretanto, cumpre-nos refletir sobre a questão.

Às vezes perguntamos a nós mesmos: por que se agride tanto o juiz? Por que o Poder Judiciário é alvo preferencial de todo o tipo de ataques?

A indignação possui fundamento, porque sempre achamos que mais vale uma decisão polêmica, para que a sociedade se oriente por ela, do que a permanente incerteza jurisprudencial.

Nisso reside o grande problema da banalização e do desrespeito a ordens judiciais, porque o ato de se descumprir aquilo que os juízes dizem acaba comprometendo o ideário da segurança jurídica, que tem na *certeza do direito* sua manifestação mais cristalina.

É que, em sentido corrente, a *certeza do direito* corrobora a previsibilidade das ações humanas, sendo o ato de se decidir ou deliberar a respeito de alguma pendência.

Como ensinam os italianos, o ser humano tem a necessidade de saber como as ações judiciais ou os problemas jurídicos concretos podem ser objetivamente resolvidos. Nesse contexto, busca a garantia da sua ação, de modo certo e indubitável, para que possa saber o que realmente irá ocorrer<sup>7</sup>. Então fica patente ou pelo menos subentendida a idéia de *justiça*, enquanto necessidade irremediável da experiência jurídica.

---

7    Lopes de Oñate, *La certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 47; Mario Longo, *Certezza del diritto*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, UTET, s. d., v. 3, p. 128-9.

Decisões descumpridas geram situações incertas que levam ao estado de injustiça, conduzindo a um caminho contrário ao regime da lei.

Daí Gustav Radbruch ter percebido que um direito incerto é também um direito injusto, porque não é capaz de assegurar a fatos futuros tratamento igual<sup>8</sup>.

No vaticínio de Massimo Corsale, a *certeza* pressupõe, no agente, a consciência do fato de que o Poder Público dará à norma geral e abstrata um entendimento coincidente ao seu<sup>9</sup>.

E como fazer para se combater a banalização e o desrespeito a ordens judiciais?

A Comissão encarregada de elaborar anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil apresentou proposta no sentido de se instituir no Brasil o mecanismo do *Contempt of Court* do Direito anglo-americano.

Trata-se do projeto de Lei nº 3.475/2000 que já foi aprovado pela Câmara dos Deputados e está aguardando a chancela senatorial, cujo teor é o seguinte:

“Art. 14. São deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. A violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado” (NR).

Como explicam os Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro, o dispositivo em epígrafe, cuja redação é notadamente abrangente, procurou “estabelecer explicitamente o

8 *Le but du droit*, Paris, 1934.

9 *La certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 403.

dever de cumprimento dos provimentos mandamentais, e o dever de tolerar a efetivação de quaisquer provimentos judiciais, antecipatórios ou finais, com a instituição de sanção pecuniária a ser imposta ao responsável pelo ato atentatório ao exercício da jurisdição, como atividade estatal inerente ao Estado de Direito. Em suma: repressão ao *contempt of court*, na linguagem do direito anglo-americano".

Na realidade, embora o excerto transcrito tenha mencionado o *contempt of court*, a redação do art.14, inciso V e parágrafo único, acima assinalada, remonta ao *astreinte* do direito francês, que ao pé da letra significa obrigar, compelir psicologicamente o devedor a cumprir a obrigação que está se esquivando.

Aplicando esse mecanismo no combate ao desrespeito às ordens judiciais, fica claro que a *astreinte* soa como constrição, que corresponde a uma coação de caráter econômico, em *ultima ratio* a multa.

Como ensina Carreira Alvim, "Inexistindo entre nós instituto similar ao *contempt of court*, do direito inglês, a *astreinte* do direito francês faz-lhe as vezes, sob as vestes da multa"<sup>10</sup>.

Demarque-se, contudo, que o notável instrumento do *contempt of court* visa eliminar o *desrespeito à Corte*, nutrindo-se no admirável senso prático do *Common-Law*.

## 5. FRAGILIZAÇÃO INSTITUCIONAL

É hora de concluir.

Iniciamos as nossas considerações lembrando do advento da Carta de outubro de 1988.

A essa altura resta-nos indagar: como estão as nossas instituições depois do primeiro decênio de Constituição?

Simple leitura do art.3º e perguntamos: a pobreza foi erradicada? as desigualdades sociais e regionais foram reduzidas?

Formalmente falando, o constuinte foi pródigo ao consagrar os dois grandes tipos de democracia: a liberal e a social. Pela primeira - a *democracia liberal* - as liberdades públicas são protegidas contra os abusos de poder dos governantes. Pela segunda

---

10 O Direito na doutrina, Curitiba, Juruá, 1998, p.46.

- a *democracia social* - busca-se eliminar desigualdades entre as condições de vida dos homens.

Oxalá, nos anos vindouros possamos comemorar a implantação dos dois modelos de democracia descritos, porque, nesses últimos tempos de Carta Magna, a democracia social não saiu do papel e a democracia liberal está seriamente abalada.

A fome, remanescente da involução e do primitivismo, é o maior exemplo que se pode oferecer.

Numa sociedade civilizada, na qual alguém morre pela fome, o respeito ao vetor constitucional da dignidade da pessoa humana, prestigiado, na forma, pelo constituinte (art. 1º, III), desaparece por completo, pois o mínimo direito que tem o 'cidadão' é o de alimentar-se.

Paradoxalmente, "armazéns e silos espalhados pelo mundo inteiro estão abarrotados de grãos, aguardando a aceleração e alta de preços, muitos deles produzindo elevadas despesas enquanto parte das suas reservas apodrecem ou são devoradas pelas pragas, estimulando as multidões esfaimadas para apelarem para o saque, para a desordem, para a violência alucinada, em algumas circunstâncias e lugares estimuladas por outros interesses, igualmente sórdidos, face à ultrajante medida dos governantes que não tomam providências preventivas nem organizam frentes de trabalho, abrindo poços e açudes para reverter a situação na primeira oportunidade, pagando condignamente o esforço rude dos trabalhadores com salários justos e através desses alimentos esquecidos"<sup>11</sup>.

Soma-se a esse quadro caótico, a estrutura pesada, onerosa, que confisca mais de trinta e cinco por cento do Produto Interno Bruto de toda a Nação, dispersando-o entre cerca de seis mil unidades políticas e administrativas. Daí promana a ingovernabilidade, lídima consequência da defasagem do modelo implementado em 1988, que criou despesas sem fonte de recursos.

Numa palavra, o governo gasta mais do que arrecada.

Tudo isso vem contribuindo para a fragilidade de nossas instituições.

---

11 Otávio Mangabeira. Injustiça social e fome. Salvador, s/d.

A época que estamos vivendo não é de inspirar otimismo. A fome, a falta de escolas, a crise moral, a degradação da família, o monstro da guerra que ainda não se afastou das fronteiras terrestres, prosseguindo ameaçador e cruel, ceifando vidas incontáveis.

Numa voragem assustadora, as enfermidades degenerativas do corpo e do espírito se alastram cada vez mais, enquanto a loucura pelo prazer e pelo poder dominam incontáveis consciências que anelam por conseguí-los a qualquer preço.

"Sem dúvida, existem milhões de criaturas de bem preocupadas com os desafios do momento, que estrugem com violência, aneando a ética e o amor, como se pretendessem levar ao caos tudo e todos de uma só vez" (Joana de Ângelis).

Em momentos dessa ordem, onde a fragilidade institucional é um monstro avassalador, a esperança que nunca deserta da vida, faz voltarem-se os olhos para as **mulheres** desse País, porque só de sua energia e lucidez poderemos sacar o resgate de nossa sociedade.

A mulher não é mais um ser pulverizado. Vem conquistando seu espaço. Conquistou o direito ao voto, o emprego e as prerrogativas aí subjacentes. Alcançou o *status* e a paridade nos grandes colegiados, a exemplo da Senhora Ministra Eliana Calmon, primeira mulher na história de nosso País a integrar um Tribunal Superior.

"Não lhe faltando jamais a coragem do homem caçador primitivo, nem a bravura do cavaleiro medieval, muito ainda terá a contribuir, disputando o domínio político-social na terra e aspirando aos mais espinhosos cargos de comando e liderança" (Leda Jesuíno).

É que a mulher será sempre, de qualquer modo, irmã do mistério. Com uma só palavra, dissipa todas as obscuridades, resolve todos os problemas. Vê coisas que o homem não pode conhecer. Possui em seu coração inexauríveis reservas de amor, uma espécie de intuição que converge para o Amor de Deus — o único e verdadeiro amor.



# **PRINCÍPIO ÉTICO DE JUSTIÇA – BIODIREITO**

---

MARIA CRISTINA MATTIOLI

Juíza Titular da 4ª Vara do Trabalho de Bauru

Professora-pesquisadora do Centro de Pós-Graduação da Universidade  
do Sagrado Coração

Mestre em Direito pela Universidade de Harvard, EUA

Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São  
Paulo

## **NOÇÕES INTRODUTÓRIAS**

O estudo do Direito tem como tormentosa discussão o conceito de *justiça*. Filósofos e teóricos do Direito propõem inúmeras definições e conceitos para o que venha a ser *justiça*. É inevitável que este conceito, atualmente, seja vinculado à moral e, por conseguinte, à ética, ciência voltada para o estudo das regras morais. Tais regras podem servir de fundamento para a elaboração de normas jurídicas, sob o prisma do que possa ser “justo” para a sociedade. Os inúmeros avanços tecnológicos, com repercussão na medicina, estão fazendo a sociedade pensar que tais progressos significam sacrifícios éticos. Ao examinar estes sacrifícios, o princípio norteador para seu delineamento, sem sombra de dúvida, deve ser o princípio de justiça. Neste sentido, para entendermos esta relação e, por consequência, o que é Biodireito, necessário se faz discorrer, num primeiro momento, sobre o que é Bioética e sua relação com o direito.

## **DA BIOÉTICA**

Tem-se observado que a humanidade está, hoje, à beira de um precipício, tão profundo como as três revoluções que dividem nossa espécie. A primeira cruzada, assinalada por Copérnico, deslocou o homem de seu lugar, no centro do universo, através do estabelecimento de uma linha contínua em sua percepção, entre a terra que ele habita e os corpos físicos que ele observa no espaço. A segunda, entabulada por Darwin, destronou a humanidade, de seu seguro lugar no eixo da vida, construindo uma ponte entre o abismo que o tinha separado do resto do reino animal. A terceira revolução, devido ao extenso trabalho de Freud, desafiando a supremacia e a autonomia do ego humano, ligando o primitivo e o arcaico, com o civilizado. Mas, a sequência não está

finalizada. A quarta revolução<sup>1</sup> ("the forth great discontinuity", como diz Tribe), diz respeito ao homem e suas máquinas, e o que deve ser construído: se o homem deve viver em harmonia com suas ferramentas e com ele mesmo. O que se coloca é saber a posição destas partes: ator e ação, sujeito e objeto e o que liga isto tudo. Dentro deste contexto, mais perverso do que o reino da tecnologia, perseguido em seu próprio fim, é o reino da tecnologia que, embora perseguida como um meio, possui o efeito de, significativamente, alterar o seu fim e, ainda, o caráter básico dos indivíduos e das comunidades. Assim é que surgem questões como: deveriam certas técnicas de engenharia genética ser desenvolvidas? Deveriam as pesquisas com manipulações neurológicas ser subsidiadas pelo poder público? Questões como estas não podem ser analisadas somente de forma instrumental (por exemplo: qual o impacto destas escolhas em termos presentes e valores que afetam as pessoas?), mas sim, que as respostas a tais questões podem determinar, não só o grau que sustenta estes valores, mas também, de que forma o caráter destes valores irão perdurar no tempo. Tais respostas levam à definição temporal do comportamento humano.

As implicações morais do progresso da biologia começaram a ser discutidas, logo depois da Segunda Guerra Mundial, quando a lembrança das experiências nazistas nos campos de concentração e as consequências da explosão das primeiras bombas atômicas colocaram a consciência moral diante de um novo, insuspeito e perigos mundo.

As dimensões éticas e jurídicas do comportamento humano encontra-se em permanente evolução, exigindo de filósofos e juristas um diálogo maduro e uma aprofundada reflexão sobre os valores morais e as regras de conduta. O polimorfismo cultura é essencial para uma correta compreensão das diferentes posições adotadas tanto no discurso ético como no jurídico. No contexto do estudo filosófico da moral, surge a bioética que por sua natureza interdisciplinar qualifica-se como um dos campos mais promissores e apaixonantes do saber humano contemporâneo. Nasce ela como uma resposta às exigências morais da comunidade científica do que da sociedade em geral, isto porque as perspectivas que se abriam para a ciência e suas aplicações, durante os anos 40/50 do século XX, eram conhecidas por apenas alguns poucos cientistas.

O incontestável avanço científico e tecnológico da biomedicina fez surgir, em especial no que se refere aos cuidados com a saúde a uma atormentadora avalanche de novíssimas questões ético-jurídicas.

---

1 "A humanidade vem presenciando nas últimas décadas o desenrolar de uma verdadeira "revolução" provocada pela biotecnologia e pela biomedicina que afeta, diretamente e a um só tempo, diferentes ramos do conhecimento humano, trazendo uma série de questionamentos jamais pensados", *Bioética x Biodireito: Insuficiência dos conceitos jurídicos*, Heloisa Helena Barboza, in "Temas de Biodireito e Bioética", Ed. Renovar, p. 1.

O termo bioética surgiu em 1971, a partir da obra "Bioethics: a bridge to the future"<sup>2</sup>, do oncologista norte-americano Rensseelaer van Potter. No início, na visão de Potter, a Bioética tinha uma implicação mais ecológica e uma abrangência global, preocupando-se com questões relativas a preservação do meio ambiente e das relações do ser humano com diversos ecossistemas do planeta.

Para o autor, a palavra *bioética*, nestas quatro publicações, era uma declaração daquilo que seriam duas conclusões necessárias: a) a sobrevivência, a longo prazo, fica reduzida ao tema de bioética, e não de ética tradicional; b) para um futuro a longo prazo, teríamos que inventar e desenvolver uma bioética política: a ética tradicional versa sobre a interação entre homem e homem; a bioética versa sobre a interação entre as pessoas e os sistemas biológicos; as políticas emergem como decisões políticas; a ação deverá estar adstrita e orientada pelo conhecimento biológico, a medida que a bioética aparece e finalmente se converte em acordos voluntários ou em lei.

Não poderíamos deixar de anotar que, apesar destes trabalhos, em 1971, através de um financiamento para um instituto de reprodução humana na Universidade de Georgetown, o termo "bioética" foi alterado e na década seguinte, a bioética foi incorporada por comitês bioéticos, por médicos que operavam em centros bioéticos e que lidavam com problemas de vida e morte, bastante polêmicos.

Atualmente, a bioética começa a ser reconhecida não só como uma questão médica, mas também como uma questão social e de meio ambiente. Esta nova ética apareceu em 1972, com Lester Brown, que fundou o Instituto Worldwatch e publicou "World Without Borders"<sup>3</sup>.

Em 1979, a partir da obra de Tom Beauchamp e James Childress – *Principles of Biomedical Ethics* – uma nova visão da Bioética conhecida como principialismo, assume lugar de destaque na prática bioética ocidental, propondo quatro princípios, que não guardam qualquer relação de hierarquia. Descrevem-se assim, tais princípios:

1) *Princípio da beneficência*: a obrigação de colocar os conhecimentos e as habilidades dos profissionais de saúde aos serviço do paciente (é o núcleo do juramento hipocrático, pois visa o bem-estar do paciente);

---

2 O livro em questão compila três artigos que Potter escreveu entre 1970 e 1971: 1) "Bioethics, The Science of Survival" (1970); 2) "Biocybernetics and Survival" (1970); "Disorder as Built in Component of Biological Systems: The Survival Imperative" (1971).

3 Potter, pesquisador na área de oncologia, utilizou o vocábulo para designar uma participação racional, mas cautelosa, da humanidade, no processo da evolução biológica e cultural. Segundo tal aceção, *bios* vem representar o conhecimento biológico, enquanto *ética* representa o conhecimento dos sistemas de valores humanos.

2) *Princípio da não-malificência*: a obrigação de não causar danos, a ponderação entre riscos e benefícios deve pautar a conduta profissional;

3) *Princípio da autonomia*: a obrigação de respeitar as decisões de pessoas autônomas mediante ao ato de vontade fundamentada e consciente — o chamado consentimento livre e esclarecido, que serve para determinar os limites na aplicação de terapêuticas e na utilização do corpo humano, como objeto de pesquisas científicas (Declaração Universal do Genoma Humano da UNESCO, 1997);

4) *Princípio da justiça*: a obrigação de dar a cada um segundo seu próprio direito no que se refere à distribuição dos benefícios e dos riscos — garantindo igualdade de acesso aos serviços de saúde (universalidade, equidade, disponibilidade, qualidade e gratuidade); estabelece o tratamento justo e equânime de todas as pessoas, expressando, mais do que os dois outros, os valores morais implicados na dimensão social do estado democrático de direito.

A busca pelo paradigma bioético é uma preocupação da doutrina bioeticista. Além deste modelo bioético, preconizado por Tom Beauchamp e James Childress, outros três podem ser mencionados: o libertário, o das virtudes e o antropológico personalista.

Tristram Engelhardt é autor do modelo libertário, fundado na tradição político-filosófica do liberalismo norte-americano, privilegiando a autonomia e o indivíduo (Fundamentos da Bioética).

O modelo das virtudes, que tem como autores Edmund Pellegrino e David Thomasma, é mais voltado para a educação dos profissionais da saúde para a prática do bem (For the patient's good. The restoration of beneficence in health care).

O modelo antropológico personalista é defendido por autores como: Perico, E. Sgreccia, D. Tettamanzi, S. Leone, J.F. Malberbe, C. Viafora, S. Spinsanti, e parte de um modelo humanista, centrado na compreensão do homem em sua totalidade. Coloca o ser humano como um valor supremo, a partir de um raciocínio deontológico.

Os modelos bioéticos latino-americano e norte-americano apresentam diferenças. O modelo norte-americano foi dominante nos primórdios da Bioética. Contudo, vem sofrendo forte influência européia, asiática e também latino-americana. O modelo norte-americano é acusado de conferir extensa parcela de autonomia ao paciente, enquanto que o modelo latino-americano privilegia a justiça, a equidade e a solidariedade, sem contudo desconsiderar a vontade do paciente.

A abordagem principialista é clássica e muito difundida. William Frankena (Ética) propõe dois princípios: a beneficência e a justiça. O Re-

latório Belmont ("The Belmont Report: Ethical Guidelines for the Protection of Human Subjects", 1978) apresenta três princípios: o respeito às pessoas, a beneficência e a justiça.

Não obstante o trabalho desenvolvido por Beauchamp e Childress, esse conjunto de princípios não se apresenta claro, havendo sérias dúvidas sobre sua suficiência, o que levou a consagração de outros princípios pelo Advisory Committee on Human Radiation Experiments (ACHRE); pela Declaração Latino-Americana sobre Ética e Genética e Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, da UNESCO, em 1997 e, finalmente, como a melhor obra, a Declaração de Nuremberg.

Elio Sgreccia, por sua vez, partindo da linha personalista, traça os seguintes princípios éticos:

a) princípio de defesa da vida: ressalta a imporjância da vida corpórea e física, como um valor fundamental e inerente à pessoa, que possibilita a expressão dos demais valores, como, por exemplo, a liberdade e a socialidade (inviolabilidade da vida humana; qualidade de vida; direito à saúde);

b) princípio de liberdade e de responsabilidade: é fonte do ato ético e, considerado o princípio anterior, não há que se falar em liberdade sem que haja vida, e esta liberdade deve ser pautada pela responsabilidade;

c) princípio de totalidade ou princípio terapêutico: é um dos pilares da ética médica, undamentando-se no fato de que o corpo humano é um todo, e objetiva regular a licitude e obrigatoriedade da terapia médica e cirúrgica, daí a também ser considerado como princípio terapêutico, ampliando-se o conceito de "totalidade" para além do corporal, incluindo-se, também, a dimensão psicológica;

d) princípio de socialidade e de subsidiaridade: coloca o ser humano como participe na realização do bem ao semelhante, entendendo a sua própria vida como um bem comum, como por exemplo, em epidemias contagiosas, ou até na doação de órgãos e tecidos. Une-se ao da subsidiariedade ao obrigar a garantia de tratamento necessário mesmo que importe no sacrifício de alguns;

e) princípio do benefício;

f) princípio da autonomia;

g) princípio da justiça: são os princípios referenciais da bioética, construídos como uma espécie de paradigma para os profisisonais da área da saúde. Para Sgreccia, o princípio do benefício estaria no topo da

pirâmide, correspondendo ao dever do não-malefício. Enquanto que o princípio da autonomia diz respeito à possibilidade de autodeterminação, dentro de certos limites. É a partir desse princípio que é trabalhada a questão do consentimento e o princípio da justiça estabelece a igualdade de tratamento.

Pode-se dizer que os princípios da bioética foram construídos, não tendo em vista o exercício das virtudes de médicos e cientistas, mas a necessidade de preenchimento do vazio dogmático, encontrado no contexto da pesquisa científica e na prática médica a respeito do que era ou não razoável eticamente. Esses princípios representaram, em certo sentido, uma tentativa de solução ética normativa, que pudesse disciplinar o desenvolvimento da pesquisa e da tecnologia genética, expressando valores éticos aceitos pela comunidade científica e pela comunidade médica. Os casos pontuais passaram a ser examinados por organismos não-judiciais, como os conselhos de medicina e, de forma crescente, os comitês de ética dos hospitais e dos institutos de pesquisa.

Em definição sucinta, “bioética é o estudo sistematizado da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, enquanto essa conduta é examinada à luz de valores e princípios morais”<sup>4</sup>. Como o próprio nome indica, a Bioética está vinculada à Ética que, “em sentido estrito é a ciência do dever moral”. Todas as suas regras, os seus dogmas, identificam-se com a idéia de consciência, delineando os valores fundamentais que devem reger as ciências biológicas, tendo em vista conciliar o desenvolvimento da tecnociência com as exigências morais da sociedade.

Diante das inúmeras diferenças conceituais e metodológicas existentes entre bioética e direito, poderíamos, aprioristicamente, entender que a coexistência, é impossível, senão insustentável.

Porém, diante do notável descompasso entre direito e os avanços científicos e tecnológicos da biomedicina – potenciais geradores de lacunas na lei – a bioética assumiria um importante papel como fonte subsidiária do direito, sobretudo nas questões relativas a temas polêmicos e desprovidos de tratamento normativo: reprodução humana assistida, aborto eugenico, eutanásia e ortanásia, clonagem humana, alimentos transgênicos, transexualidade, entre outros. Neste sentido, forçoso é observar-se a proximidade entre os princípios e a base ética que norteia a ordem jurídica.

A insosfismável fragmentação da moral, na pós-modernidade é fruto de convivência de estranhos morais, cujas leituras do mundo devem ser compartilhadas, mesmo diante da inafastável e desejável pluralidade

4 PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christina de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. São Paulo: Loyola, 1996, p. 16, *apud* “Bioética e Biodireito”, Jussara Maria Leal de Meirelles, in *Temas ...*

de discursos. No discurso jurídico, o excessivo apego ao legalismo por vezes carece de legitimidade; haja visto o exemplo da lei nº 9.434/97 (Lei de Doação de Órgãos), com teor nefasto do caput do artigo 4º tornando presumida a condição de doador para todos os cidadãos, que vem sendo severamente repudiado pela população, pois esqueceu-se o legislador pátrio que o ato de doar órgão e partes do corpo fundamentam-se nos princípios de autonomia da beneficência, sendo a compaixão e o altruísmo mais relevantes que a intransigência.

Deste modo, a dialética surgida na interação/interseção dos discursos bioéticos e jurídicos proporciona a todos, profissionais da saúde (bioticistas) e operadores do direito (juristas), uma experiência fecunda e, de certo modo, reconfortante mesmo diante das desafiadoras questões advindas do progresso das ciências biomédicas.

### **DO SURGIMENTO DO BIODIREITO**

A realidade demonstra que os avanços científicos do mundo contemporâneo tem enorme repercussão social, trazendo problemas de difícil solução por envolverem muita polêmica, o que desafia a argúcia dos juristas e requer elaboração de normas que tragam respostas e abram caminhos satisfatórios, atendam as novas necessidades ora surgidas e defendendo a pessoa humana de terrível ameaça da reificação. Não se deve, é claro, cercar o progresso científico, mas deve-se fazer com que ele observe valores maiores, como a dignidade humana. O ponto de harmonização entre essas duas necessidades, aparentemente conflitantes, há de ser encontrado pela Ética e pelo Direito<sup>5</sup>.

Com isso, como o direito não pode furtar-se aos desafios levantados pela biomedicina, surge uma nova disciplina, o Biodireito, estudo jurídico que, tomando por fontes imediatas a bioética e a biogenética teria vida por objeto principal salientando, que a verdade científica não poderá sobrepor-se a ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar sem limites jurídicos, os destinos da humanidade, por isso, como diz Regina Lúcia Fiuza Sauwen, "a esfera do biodireito compreende o caminhar sobre o tênue limite entre o respeito as liberdade individuais e a coibição de abusos contra o indivíduo ou contra a espécie humana". Isso é assim porque não se poderia admitir que o Estado, representado pelo Executivo, Legislativo e Judiciário, ficasse inerte diante: do poder da ciência sob o genótipo do cidadão; do mercado genético; do desrespeito à dignidade humana; do

5 De acordo com o Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito, sob direção de André-Jean Arnaud, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, "Bioética é o ramo da filosofia moral que estuda as dimensões morais e sociais das técnicas resultantes do avanço do conhecimento nas ciências biológicas" e "Biodireito é o ramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana face aos avanços da biologia, da biotecnologia e da medicina".

abuso das experiências científicas com seres humanos; do mau uso de seres humanos pela biotecnologia; da possibilidade do manejo incorreto do Projeto Genoma Humano; danos advindos da alta tecnologia na terapêutica da possibilidade de patenteamento do ser humano e das discriminações causadas pela diagnose genética e pela AIDS na área securitária e trabalhista.

Faz-se necessária uma “biologização” ou “medicalização” da lei, pois não há como desvincular as “ciências da vida” do direito. A função de “normatizar os efeitos da revolução biotecnológica sobre a sociedade em geral” e do Direito. Cabe ao Direito a análise e a resposta final às múltiplas indagações produzidas pelas atividades biomédicas.

Assim é que, no âmbito da Bioética integra-se o chamado Biodireito, na tentativa de instrumentalizar os princípios bioéticos. A revolução da ciência, em síntese, se revela, principalmente, em dois domínios: reprodução e hereditariedade. Neste sentido, a invocação da bioética e do biodireito tem o objetivo de evitar a alteração da biosfera e do ecossistema pelo homem, estabelecendo limites e regras a serem observadas, a partir do princípio da responsabilidade.

Como sustenta Jussara Maria Leal de Meirelles, “A Bioética propõe limites à biotecnologia e à experimentação, com a finalidade de ver protegidas a dignidade e a vida da pessoa humana como *prius* sobre qualquer valor. Porém, a norma moral é insuficiente porque, ainda que alcance a dimensão social da pessoa humana, opera apenas no plano interno da consciência, impondo-se, portanto, um novo ramo do *dever ser*, mediante o qual se regulem as relações intersubjetivas à luz dos princípios da Bioética. Necessário, por isso, que as normas sejam jurídicas, e não somente éticas, pois somente o caráter coercitivo daquelas impedirá ao científico sucumbir à tentação experimentalista e à pressão de interesses econômicos”<sup>6</sup>.

Bioética e o biodireito, portanto, caminham *pari passu* na difícil tarefa de separar o joio do trigo, na colheita dos frutos plantados pela engenharia genética, pela embriologia e pela biologia molecular e de determinar, com prudência objetiva até onde as “ciências da vida” poderão avançar sem que haja agressões à dignidade da pessoa humana, pois é preciso evitar que o mundo deságüe numa crescente e temível “confusão diabólica” em que os problemas da humanidade sejam solucionados pelo progresso tecnológico. Por esta razão, um problema de caráter clínico ou científico e ético, adquire, também, um caráter jurídico. Emerge daí a finalidade do denominado Biodireito, qual seja a de fixar normas coercitivas que delimitem as atuações biotecnológicas, no sentido de ver respeitada a

dignidade, a identidade e a vida do ser humano<sup>7</sup>. Neste sentido, podemos dizer que o Biodireito é a positivação das normas éticas ligadas à ciência da saúde. Está vinculado com aspectos já regulamentados da bioética, como a lei dos transplantes, os direitos do paciente, enfim, todas as questões que já pertenceram a bioética e que com a incorporação ao ordenamento jurídico transformaram-se em Direito.

A congruência entre propósitos, meios e fins da biotecnologia com o bem comum objetiva evitar, por exemplo, que vidas humanas sadias e vidas humanas do Terceiro Mundo sejam ceifadas frente a vidas humanas enfermas ou vidas humanas do Primeiro Mundo. Deve-se evitar toda forma de instrumentalização de alguns seres humanos em favor do interesse de outros.

Reconhecer a existência do Biodireito implica admitir seu objeto bem definido, que é a fundamentação e pertinência das normas jurídica, de maneira a adequá-las aos princípios e valores relativos à vida e à dignidade humanas trazidos pela Ética.

### **INTERSECÇÃO: PRINCÍPIO DE JUSTIÇA E BIODIREITO.**

As novas biotecnologias retratam um nova realidade sócio-cultural, nascida dos novos conhecimentos das ciências da vida, com implicações, não somente no campo específico da moralidade, mas também das políticas públicas. As nossas opções morais no campo da bioética e do biodireito irão provocar resultados práticos, diretamente relacionados com o custo público do sistema de saúde; acrescentando às funções e ao custo do Estado, novas obrigações a serem atendidas pela coletividade. E isto tudo em razão da aplicação do princípio de justiça, garantindo à todos, sem discriminações, o acesso às novas tecnologias. Não é sem razão que o princípio de justiça, em sentido formal, significa que uma pessoa não pode ser tratada de maneira distinta de uma outra, salvo se entre elas houver alguma diferença relevante. Daí porque existem diversas teorias da justiça que interpretam de maneira diferente os critérios materiais. Examinemos apenas três:

a) a igualitária, que pugna por igual acesso aos bens que todas as pessoas desejam (igual oportunidade de acesso, por exemplo, a uma órgão para transplante);

---

7 O respeito ao ser humano traduz o fundamento ético que requer toda norma jurídica própria de um Estado de Direito. No Brasil, a CF/88 destaca-o já no seu art. 1º, inciso III, ao estabelecer: "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político".

b) a liberal, que destaca os direitos à liberdade social e econômica (reflexos econômicos da biotecnologia);

c) utilitária, que combina os critérios anteriores, resultando uma maximização da utilidade pública.

É por esta razão que o princípio da justiça tem a ver com a ação do poder público estatal e da sociedade, por onde se procura realizar o mais alto grau de justiça distributiva. A presença do Estado tornou-se parte essencial na bioética e no biodireito, seja como legitimador, através das leis positivas, do exercício da profissão do médico, seja como financiador de pesquisas e implementador de tecnologias genéticas. O limite da ação estatal é que não seja conivente com ações consideradas como violadoras da moralidade. Não se pode excluir o Estado de nossas considerações bioéticas, pois tratamos de desafios que não se esgotam no campo dos direitos individuais, mas apresentam, na contemporaneidade, dimensões sociais, que ultrapassam as relações médico-pacientes e envolvem decisões de caráter moral e político que afetam à sociedade, atual e futura.

Na visão de Olinto Pegoraro, ao sustentar que a justiça reúne numa única perspectiva a micro e a macroética, acima das macroestruturas econômicas e tecnológicas deve pariar o princípio da ordem política que determina, legal e democraticamente, a equitativa distribuição dos bens e do uso correto dos produtos tecnocientíficos. Isto significa que a ordem política justa é a suprema instância ética da sociedade, cabendo-lhe o dever de harmonizar todas as estruturas com o princípio central: a sociedade justa para todos os cidadãos<sup>8</sup>. Dentro deste princípio, propõe que a saúde corporal e mental está subordinada à saúde do corpo social e político. Isto nos obriga a pensar a saúde em termos mais amplos que os quadros profissionais. Assim é que a saúde do corpo social está determinada na CF/88 e legislação ordinária. Estas leis, além de estabelecer políticas de prevenção das doenças, a promoção da higiene pública, da habitação adequada, da alimentação suficiente, da educação e dos salários condignos, determinam uma correta distribuição dos profissionais da saúde, da rede hospitalar e dos centros de pesquisas médica. Todas estas políticas dependem de um princípio mais geral: a ordem social justa.

Como exemplo da dimensão social que assume este debate, vale anotar notícia veiculada pelo Jornal "O Estadão", de 31 de maio p.p.:

### **DEBATE SOBRE EMBRIÕES TRAZ ECOS DE ERA NAZISTA**

Berlin - Um acirrado debate envolvido pelas memórias do Terceiro Reich eclodiu na Alemanha sobre a ética das pesquisas em biotecnolo-

gia e, particularmente, o uso de embriões para investigações genéticas e diagnósticos. A discussão colocou o chanceler Gerhard Schroeder contra o presidente Johannes Rau, cujo papel é geralmente cerimonial, mas assume importância em questões éticas.

Schroeder assumiu uma visão em geral de *laissez-faire*, argumentando que a tecnologia genética apresenta oportunidades para a Alemanha. Cerca de 20% das empresas de biotecnologia européias estão na Alemanha e o setor cresce 30% ao ano.

Rejeitando o argumento de que a dignidade humana poderia ficar comprometida com a permissão da pesquisa sobre embriões *in vitro*, Schroeder disse que a dignidade humana está associada acima de tudo ao "acesso ao emprego lucrativo" e que as possibilidades econômicas da biotecnologia são muito grandes para serem ignoradas.

Tais temas são sensíveis na Alemanha por causa do extensivo programa de eutanásia e outras experiências nazistas destinadas a criar uma raça pura. Desde que foi eleito, Schroeder tem tentado remover ou atenuar alguns tabus. Mas, ao ampliar essa política para a pesquisa e engenharia genética, ele provocou a fúria de Rau. Usando uma linguagem veemente, incomum para um presidente alemão, Rau disse, na semana passada, que "eugenia, eutanásia e seleção são rótulos que estão associados a terríveis memórias na Alemanha. Quando a dignidade humana é afetada, os argumentos econômicos não contam", afirmou.

Roger Cohen, *The New York Times*

Outro exemplo está concretizado no trabalho intitulado "Implicações Éticas da Triagem Sorológica para o Vírus da Imunodeficiência Humana", divulgado pelo Conselho Federal de Medicina. Referida análise, ao tratar da triagem sorológica do HIV para seleção de doadores de sangue, pondera que "a responsabilidade pela segurança do sangue a ser transfundido, hoje em dia, extrapola a pessoa física, a pessoa jurídica e atinge o Estado. Questiona-se a ação ou omissão do Estado. Deixando de lado o elemento subjetivo a culpa, a reponsabilidade civil do Estado, atualmente, é enfocada sob o prisma da teoria do risco integral, a qual leva em conta os princípios da justiça distributiva, calcada nas premissas: se houver dano, haverá indenização, distribuindo-se esta pela coletividade, numa expressão econômica de solidariedade de todos os contribuintes"<sup>9</sup>.

O abarcamento das questões sociais derivadas da imbricação bioética-biodireito, leva-nos a pensar em uma nova ética ou uma *bioética social*, como propugna Lester Brown em sua recente publicação *The State of the World 1999 (Millennial Edition)*, onde, na página 21 do Capítulo 1, escrito por Brown e Christopher Flavin, encontramos:

---

9 Jacyr Pasternak, Maria Matilde Marchi, Valdir Sabbuga Amato, Vicente Amato Neto. Fonte: [www.cfm.org.br](http://www.cfm.org.br), em 26.03.2001.

"The trends of recent years suggest that we need a new moral compass to guide us into the twenty-first century – a compass that is grounded in the principles of meeting human needs sustainably. Such an ethic of sustainability would be based on a concept of respect for future generations. Again, the new moral compass has to be bioethical, as sustainability has to be reached bioethically or it will collapse".

Em recente entrevista, o Prof. Van Potter declarou que "como bioeticistas nós vemos a necessidade de uma bioética sustentável: para quem e por quanto tempo?" Bioética sustentável para distintas populações e para a biodiversidade e para uma sociedade decente, pelo menos para os próximos cem anos, nós precisamos de uma bioética política, com caráter de urgência. Ação política para uma sobrevivência de longo prazo é um mandato bioético. Podemos esperar por um capitalismo bioético, enquanto nos perguntamos se é possível, se se desenvolverá com suficiente antecipação.

Finalizo com a mesma frase de Roosevelt, em 23 de fevereiro de 1942:

"Nunca tivemos tão pouco tempo para fazer tantas coisas".

## **"AMICUS CURIAE": UM INSTITUTO DEMOCRÁTICO.**

ADHEMAR FERREIRA MACIEL\*

Como adverte Gustav Radbruch em seu pequeno grande livro *Der Geist des englischen Rechts* (O Espírito do Direito Inglês), torna-se praticamente impossível a tradução da terminologia jurídica de uma língua para outra. É o caso de *amicus curiae* do direito norte-americano, que, vez por outra, se traduziria mais num *amicus partis* ou num *amicus causae*: o terceiro que comparece ao processo alheio vem, na realidade, mais com o intuito de ajudar uma das partes do que mesmo trazer esclarecimento ao tribunal.

Esse instituto *amicus curiae*, por sua informalidade e peculiaridades, não guarda verossimilhança com nossa *intervenção de terceiros*, que se desdobra em diversos institutos processuais (CPC, arts. 56/80).

O *amicus curiae* é um instituto de matiz democrático, uma vez que permite, tirando um ou outro caso de nítido interesse particular, que terceiros penetrem no mundo fechado e subjetivo do processo para discutir objetivamente teses jurídicas que vão afetar toda a sociedade. O direito anglo-americano, como se sabe, não é, como o nosso (romano-germânico), um "direito legal". É um "direito judicial" (*judge-made law*). Assim, as decisões dos tribunais, por causa dos precedentes (*stare decisis*), é que vão dizer o que a lei significa, trate-se de *common law*, *equity*, *act*, *ordinance* ou mesmo *by-law*. No Brasil, salvo causas julgadas abstratamente (controle concentrado), as decisões judiciais valem para as partes, não tendo força *erga omnes*.

As regras do instituto americano não são lá muito bem delineadas, uma vez que podem variar de Estado para Estado, de tribunal para tribunal. Mas, de um modo geral, o terceiro - pessoa natural ou jurídica - que tem um "forte interesse" que a decisão judicial favoreça um determinado ponto de vista, sumariza um pedido (*brief*) ao juiz (comumente tribunal de segundo grau), trazendo, em poucas linhas, suas razões de convencimento. A evidência, não é todo arrazoado de qualquer pessoa que é admitido. As partes, como *domini litis*, podem recusar o ingresso do *tertius* em "seu" processo. Muitas vezes, as partes se põem de acordo, mas, ainda assim, a corte nega o pedido de ingresso do terceiro: a matéria não é relevante, as partes já tocaram no assunto. Órgãos governamentais, associações particulares de interesse coletivo, "grupos de pressão" muito se utilizam do *judicial iter* para deduzirem seus entendimentos, influenciando na vida de toda comunidade. Aliás, na Suprema Corte dos Estados Unidos, mais da metade dos casos de *amicus curiae* são ocasionados pelo *solicitor general*, que representa a União Federal.

A "Rule 37" do Regimento Interno da Suprema Corte dos Estados Unidos,<sup>1</sup> por exemplo, traz 6 itens e subitens sobre o *Brief for an Amicus Curiae* naquele Tribunal. Vamos, mais para dar uma idéia, pinçar os tópicos mais importantes: 1) O reconhecimento pela Corte da importância do instituto, uma vez que o *amicus curiae* deve trazer "matéria relevante" (*relevant matter*) ainda não agitada pelas partes (*not already brought to its attention by the parties*). O dispositivo regimental lembra que se não for observado esse cânone (matéria relevante, não trazida antes), o *amicus* vai sobrecarregar inutilmente a Corte; 2) O *amicus curiae* deve trazer, por escrito, o assentimento das partes em litígio, nos casos especificados regimentalmente. Caso seja negado o consentimento, o *amicus* terá de juntar, com seu pedido, os motivos da negação para que a Corte aprecie. 3) Mesmo em se tratando de pedido de intervenção para sustentação oral, o *amicus* deve, ainda assim, juntar o consentimento das partes, por escrito, para que possa peticionar; 4) o *Solicitor General* não necessita de consentimento das partes para intervir em nome da União. O mesmo tratamento é reservado a outros representantes de órgãos governamentais, quando legalmente autorizados. 5) O arrazoado não deve ir além de cinco páginas; 6) em sendo o caso, o *amicus* deve ser munido de autorização de seu representado, e fazer uma espécie de "preparo" para custeio processual, salvo se a entidade estiver previamente arrolada como isenta.

Como já se delineou, o direito norte-americano é um "direito de casos judiciais". Assim, nada melhor para ilustrar do que um *case* célebre, o *Gideon v. Wainwright*, julgado em 1963. Esse caso ganhou o mundo, sendo objeto de livro<sup>2</sup> e filme. Mostra a persistência de um homem (Clarence Earl Gideon) na defesa de seus direitos, em contraste com a dureza da lei (estadual). Também mostra a sensibilidade de um juiz (Hugo Black) que soube garimpar em julgados anteriores e ver nas Emendas Constitucionais ns. 6 e 14 a imperiosa necessidade de assistência de advogado, como direito fundamental, para se atingir um "julgamento justo" (*fair trial*). "Advogados em julgamentos criminais são necessidade, não superfluidade", arrematou Black.

A Emenda n. 6 à Constituição dos Estados Unidos, que faz parte do *Bill of Rights*, garante julgamento penal rápido, imparcial, por juiz competente, assegurando ao acusado o direito de arrolar testemunhas e de "ter assistência de um advogado para sua defesa" (*to have the assistance of counsel for his defense*). Até 1963, pode-se dizer, para simplificar, que o entendimento da Suprema Corte era de que o preceito constitucional (assistência de advogado) se aplicava obrigatoriamente aos tribunais

1 Para se fazer distinção das supremas cortes estaduais, coloca-se "U.S". para a Suprema Corte dos Estados Unidos: "U.S. Supreme Court".

2 *Gideon's Trumpet*, escrito por Anthony Lewis, jornalista, jurista e professor da Faculdade de Direito da Universidade de Colúmbia e professor-visitante da James Madison (cf. DWORKIN, ob. cit., p. 198 e seg.).

federais.<sup>3</sup> Quanto aos Estados-Membros, cada um tinha sua lei. Em cinco unidades federadas a lei não previa a presença de advogado para processos criminais com pena não-capital: Alabama, Florida, Mississippi, North Carolina e South Carolina.<sup>4</sup>

Gideon foi acusado perante a justiça da Flórida de ter invadido domicílio, cometendo um crime grave (*felony*) não punível com pena de morte. Pela lei local, ele poderia - pois não se trata de "crime capital"<sup>5</sup> - ser condenado sem a assistência técnica de advogado. O acusado pediu ao tribunal local que lhe nomeasse advogado dativo, pois era "indigent" ("miserável", na terminologia brasileira). Famosa ficou a resposta do "relator" à sua suplica:

"Senhor Gideon, sinto muito, mas eu não tenho como indicar um advogado para o senhor neste caso. Sob as leis do Estado da Flórida, a única modalidade em que o Tribunal tem de nomear um advogado para o réu é quando ele está sendo acusado de crime capital. Sinto muito, mas tenho que indeferir seu pedido para que um advogado possa defendê-lo (dativamente) neste caso".

Gideon acabou por fazer sua própria defesa. Foi condenado a cinco anos de prisão. Não se conformou. Interpôs um *habeas-corpus* perante a Suprema Corte da Flórida, insistindo que condenação sem assistência técnica (advogado) feria a Constituição e o *Bill of Rights*, que se aplicavam aos Estados. Tornou a perder. Sua causa chegou à Suprema Corte (federal) através de um *writ of certiorari*. Por ser pobre, a Suprema Corte nomeou-lhe um advogado dativo, o grande Abe Fortas (mais tarde juiz da Suprema Corte).<sup>6</sup> Como *amici curiae* figuraram J. Lee Rankin, que falou pela *American Civil Liberties Union*, e outras entidades. Engrossaram a fileira dos defensores da tese sustentada por Gideon: Norman Dorsen, John Dwight Evans Jr., Melvon Wulf, Richard J. Medalie, Howard W. Dixon e Richard Yale Feder.

Pelo réu (Wainwright), sustentou Bruce R. Jacob, assistente do *Attorney General* (uma mistura de secretário estadual da Justiça e

3 Em *Beets v. Brady*, 316 U. S. 455 (1942), a Suprema Corte admitiu que em *special circumstances* (retardado mental, jovem demais) a presença de advogado se fazia necessária, ainda que não prevista por lei estadual.

4 KRASH, Abe, artigo cit., p. 4.

5 No meado da década de 1950, em todos os Estados-Membros era obrigatória a presença de advogado para crimes punidos com morte; em cerca de um quarto, também era exigido advogado no caso de "felony" apenado com pena não capital; metade dos Estados também previa advogados dativos para "misdemeanors" (Cf. MAYERS, Lewis, ob. cit., p. 141 e seq.).

6 Fortas, nomeado pelo presidente Johnson, veio a ocupar a cadeira na Suprema Corte onde se assentaram grandes magistrados de origem judaica: Cardozo, Frankfurter e Goldberg. Daí, jocosamente, falar-se em "Jewish Seat"... Mais tarde, uma reportagem na revista *Life*, demonstrando que Fortas havia prestado aconselhamento ao financista Louis Wolfson (Fundação), acabou por levá-lo a pedir exoneração de seu cargo: "Deixo a Corte prosseguir com seu trabalho vital, livre de (qualquer) pressão estranha".

procurador-geral), que foi coadjuvado por Richard W. Erwin, *Attorney General*, e A. Spicola Jr., seu assistente.

Como *amici curiae* em defesa da tese de que em crime não punido com pena capital não era obrigatória a presença de advogado, porfiaram George D. Mentz, do Ministério Público do Alabama. Também reforçaram a defesa do réu (*certiorari*) MacDonald Gallion (*Attorney General* do Alabama), T. W. Bruton (*Attorney General* da Carolina do Norte), e Ralph Moody (*Assistant Attorney General* da Carolina do Norte). As intervenções não ficaram nisso. Cerca de 22 Estados e entidades públicas – pasmem! – foram admitidos como *amici curiae*... Cada um apresentou suas razões...

Vê-se, por esse exemplo, escolhido a esmo, a importância da participação de segmentos sociais, oficiais ou não, na formação da Justiça. Nada mais democrático e representativo.

No Brasil, onde temos um sistema fechado e legal, essa democratização seria impensável. Para finalizar, quero registrar que o processo na Suprema Corte demorou apenas três meses (15 de janeiro a 18 de março de 1963).

(\*) Consultor jurídico. Ministro aposentado do STJ.

### OBRAS CONSULTADAS:

|                          |                                                                                                                                                                            |
|--------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ABRAHAM,<br>Henry        | <i>The judicial process -an introductory analysis of the courts of the United States, England and France.</i> 5 <sup>th</sup> ed. New York: Oxford University Press, 1986. |
| CHEMERINSKY,<br>Erwin    | <i>Constitutional law - principles and policies.</i> New York: Aspen Law & Business, 1997.                                                                                 |
| CUSHMAN,<br>Clare (Ed.). | <i>The Supreme Court justices -illustrated biographies, 1789-1993.</i> Washington, D.C.: Congressional Quarterly, 1993.                                                    |
| DWORKIN, Ronald          | <i>Freedom's law - the moral reading of the American constitution.</i> Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996.                                           |

|                        |                                                                                                                                                                                         |
|------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| KRASH, Abe             | <i>Architets of Gideon: Remembering Abe Fortas and Hugo Black in</i>                                                                                                                    |
| MAYERS, Lewis          | <i>The American legal system: the administration of justice in the United States by judicial, administrative, military, and arbitral tribunals.</i> New York: Hasper & Brothers , 1955. |
| MUNRO, William Bennett | <i>The government of the United States - national, state, and local.</i> 5 <sup>th</sup> ed., 1947.                                                                                     |
| RADBRUCH, Gustav       | <i>El espíritu del derecho inglés:</i> Madrid: Revista de Occidente, 1958.                                                                                                              |
| TRIBE, Laurence H.     | <i>American constitutional law,</i> 2 <sup>nd</sup> ed. Mineola, New York: The Foundation Press, Inc, 1988.                                                                             |



# DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA URBANA

Edilson Pereira Nobre Júnior<sup>1</sup>

Sumário: 1. A propriedade urbana e sua função social; 2. Objeto e competência; 3. Pressupostos; 4. Indenização; 5. Destinação do bem expropriado; 6. Palavras finais.

## 1. A PROPRIEDADE URBANA E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Desde princípios da centúria passada, a noção de propriedade foi alvo, sob o prisma jurídico, de notável transformação. Da concepção *sacré et inviolable*, plasmada pelo art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, legado da Revolução Francesa, com os adornos inscritos no art. 544 do posterior Código Civil de 1804<sup>2</sup>, capitulou ante a necessidade de ser harmonizada com os imperativos da sociedade.

O abandono da exploração da coisa, ou a sua destruição, outrora faculdade do titular do domínio, passou a ser reputada como ilícito, haja vista a carência de bens pela grande maioria das pessoas, destinatários finais da ordem jurídica, para a satisfação de suas necessidades básicas de produção, moradia e consumo.

A tônica das novidades vem assimilada pelo enunciado da parte final do art. 153, da Constituição de Weimar, ao proclamar: "A propriedade obriga e seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função social". Esta mensagem, que semeou o constitucionalismo do segundo pós-guerra (art. 42, Constituição italiana de 1948; art. 33º.1 da Constituição da Espanha; o art. 14.2 da Constituição alemã de 1949; o Preâmbulo da Constituição francesa de 1946, possuidor de valor constitucional por Remissão do Preâmbulo da Lei Fundamental de 04 de outubro de 1958), teve o seu conteúdo bem sumariado por Gustav Radbruch, ao acentuar que "a propriedade privada aparece já hoje como um campo de ação livre, confiado pela colectividade à iniciativa privada do indivíduo, mas confiado somente na expectativa de que este faça dela um uso social, sob pena dela lhe ser retirada, se esta expectativa se não verificar. Por outras palavras: a propriedade passou a ser considerada um direito limitado

1 Juiz Federal lotado na Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte e da Especialização em Direito Administrativo da Faculdade de Direito do Recife - UFPE. Mestre e Doutorando pela Faculdade de Direito do Recife - UFPE.

2 Eis o teor do preceptivo, obtido em tradução livre: "A propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas da maneira a mais absoluta, desde que não se faça um uso proibido pelas leis ou regulamentos".

e condicionado, e deixou de ser um direito sem condições e limites, <sagrado e inviolável>, que se justifica por si mesmo"<sup>3</sup>.

O direito constitucional pátrio não ficou fora dessa sintonia, emprestando acerto ao dito do mestre Caio Tácito: "Ingressa, por essa forma, no direito público, a noção de que à propriedade corresponde uma função social: ao poder do proprietário se acresce o dever perante a comunidade na qual ele se integra"<sup>4</sup>.

Dá que a Constituição de 1934 consignara, além da garantia do direito de propriedade, que o seu uso não poderia ser exercido em contraposição ao interesse social ou coletivo, na forma determinada em lei (art. 113, §17, primeira parte). Por sua vez, o documento resultante da assembleia constituinte de 1946, no seu art. 147, outorgara ao legislador competência para que os entes políticos pudessem desapropriar por interesse social, promovendo, assim, o justo reparto da propriedade, sendo, para tanto, editada a Lei 4.132, de 10-09-62. Posteriormente, a Emenda Constitucional 10, de 09-11-64, foi mais além, instituindo, entre nós, a possibilidade de desapropriação por interesse social como forma de sancionar o proprietário remisso em adequar a utilização de imóveis rurais à sua função social, procedendo-se ao pagamento da indenização mediante o pagamento em títulos especiais da dívida pública, a qual, com algumas variantes, foi mantida pela Constituição de 1967 (art. 157, §§ 1º a 6º) e pela Emenda Constituição 01/69 (art. 161, §§1º a 5º)<sup>5</sup>.

3 *Filosofia do Direito*. Tradução e prefácios do Professor L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979. p. 280.

4 O direito de propriedade e o desenvolvimento urbano. In: *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, p. 582.

5 No solo pátrio, os autores costumam, pelo didático hábito de classificar, bipartir a desapropriação por interesse social. Carlos Mário da Silva Velloso (Desapropriação para fins de reforma agrária — apontamentos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 34, p. 13, abr./jun. 1975) aludirá à existência de uma espécie genérica, fundada no art. 153, §22, e, ao seu lado, outra, de cunho específico, lastreada pelo art. 161, ambos da Constituição pretérita. Adilson de Abreu Dallari (Desapropriação: conceitos e preconceitos. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Coord.). *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 34) se reportava, na ordem constitucional anterior, às denominações "desapropriações ordinária e extraordinária". Após 05-10-88, José Afonso da Silva (*O Município na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1989. p. 63) diz que a propriedade urbana pode ser expropriada de duas maneiras, qual seja a desapropriação comum, a que se refere o art. 5º, XXIV, da CF, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, e a desapropriação-sancão, voltada a reprimir o não cumprimento de obrigação imposta ao proprietário, regida pelo art. 182, §4º, do mesmo diploma. Reportando-se à desapropriação como sanção, Clóvis Beznos (Desapropriação. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Coord.). *Direito Administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1991. p. 112-113 e 115.) declara que, uma vez fixado no ordenamento o dever de atribuir uma função à propriedade, exsurge que o seu descumprimento configura ilícito, lição a que se submete a desapropriação para reforma urbana, na condição de verdadeira penalidade. Noutras plagas, o termo desapropriação-sancão já fora utilizado por Garrido Falla (*Tratado de Derecho Administrativo*. 3. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1966. v. II (Parte Geral — Conclusão), p. 255, nota de rodapé B), ao fazer referência à expropriação pelo não cumprimento da função social, disciplinada pelos arts. 71 a 75 da espanhola *Ley* de 16 de dezembro de 1954, ainda vigente. Para o autor, o caráter sancionador não se reflete na minoração do justo preço, mas na circunstância de o proprietário haver postergado norma legal que lhe conferia a oportunidade de utilizar um bem, ou uma classe de bens, no sentido de uma determinada função social.

Esse, em síntese, o quadro existente antes da promulgação da Lei Fundamental de 05-10-88, estando a desapropriação-sanção restrita aos imóveis rurais.

As radicais mudanças experimentadas pela sociedade moderna, com a substituição da fonte de produção campesina pela industrial, forjaram, como cenário complementar, o elevado aumento populacional das cidades, ocasionando o grave problema da falta de moradia, erigida à estatura de direito social com a alteração imprimida ao art. 6º, caput, da CF/88, pela EC 26/00.

A seriedade da questão do déficit habitacional em nosso país é demonstrada pelo alto grau de densidade populacional nas cidades, revelado, com clareza, pelos dados colhidos pelo IBGE no Censo Democrático 2000, ao apontar na constatação de que a população urbana chegara ao patamar de 81,25%, remanescendo no campo apenas 18,75% dos habitantes de nosso vasto território.

Por essa razão, providencial a ação do Constituinte de 1988, ao pioneiramente traçar, no texto constitucional, os contornos da função social da propriedade, fazendo não somente para fins rurais, mas igualmente para urbanos.

No que concerne à propriedade urbana, o art. 182, §2º, da Lei Básica, dispõe que aquela tem por cumprida a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor. Este, conforme frisado no art. 182, *caput*, do mesmo diploma, haverá de respeitar as diretrizes gerais da política de desenvolvimento urbano, fixadas em lei, de estatura ordinária e não necessariamente complementar, cuja competência legislativa é da União<sup>6</sup>, cuja edição teve lugar com a promulgação da Lei 10.257, de 10-07-01, batizada sob a denominação de Estatuto da Cidade.

Integrando o mandamento constitucional, a Lei 10.257/01 detalha, em seu art. 39, *caput*, o conceito de função social da propriedade urbana, dispondo que as exigências fundamentais de ordenação da cidade, constantes do plano diretor, devem voltar-se a assegurar o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, observadas as diretrizes inscritas em seu art.2º.

6 Além disso resultar implícito do teor do art. 182, *caput*, da CF, ao aludir a diretrizes gerais, a dar idéia de modelo uniforme, o que, em um estado federal, é tarefa do ente central, o art. 24, I, da CF, afirma competir à União, aos Estados e ao Distrito Federal, legislar concorrentemente sobre direito urbanístico, incumbindo-se à União gizar as normas de caráter geral. Por esse motivo, a Lei 10.257/01 se impõe à observância obrigatória dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Mas não é só. Embora tenha o art. 182 da Lei Máxima sido omissivo, contrariamente ao que sucedera com o seu art. 186, II, relativo à missão social da propriedade rural, não se pode perder de vista que, no plano urbanístico, tal não é integralizado sem a observância da preservação ambiental, imposta pelo art. 225 daquele diploma.

Nesse sentido, a Lei 10.257/01 trouxe à baila inúmeros dispositivos dessa ordem, entre os quais o que inclui o estudo de impacto ambiental – EIA (art. 4º, VI), sem contar que, entre as diretivas gerais, destinadas a ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, constam várias de ordem ambiental, tais como: a) a consideração de que o direito a cidades sustentáveis passa pelo direito ao saneamento ambiental; b) a ordenação e o controle do uso do solo como forma de evitar a deterioração das áreas urbanizadas, a poluição e a degradação ambiental; c) a adoção de padrões de expansão urbana compatíveis com os limites de sustentabilidade ambiental; d) proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural; e) audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural<sup>7</sup>.

Ao não cumprimento da função social pelo proprietário urbano, a Constituição vigente reservou, no seu art. 183, §4º, III, a sujeição à desapropriação cujo pagamento é feito mediante títulos da dívida pública<sup>8</sup>. Sobre a análise deste novo instituto recai o presente trabalho, a ser desenvolvido nas céleres linhas abaixo.

Antes do delineamento mais detalhado do tema, mister não confundir a desapropriação para reforma urbana, hipótese de interesse social, com aquela vocacionada à execução de planos de urbanização ou reurbanização, definida como integrante do rol das

---

7 Cf. art. 2º, I, VI, alínea f e g, VIII, XII e XIII, da Lei 10.257/01. Ver também: a) o art. 4º, III, alínea c, que prevê o zoneamento ambiental como instrumento da política urbana; b) o art. 32, §2º, I, ao tratar do estudo de impacto ambiental nas operações urbanas consorciadas; c) o art. 41, ao tornar obrigatório o plano diretor para as cidades compreendidas na área de influência de empreendimentos, ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

8 Pervagando-se o sistema jurídico lusitano, constata-se figura semelhante quanto à desapropriação para fins de composição urbana, prevista no art. 48º do Decreto-lei nº 794, de 05 de novembro de 1976, dirigida aos terrenos próprios para construção, adjacentes às vias públicas de aglomerados urbanos, quando os proprietários, uma vez notificados para aproveitarem-nos em edificações, venham, sem motivo legítimo, a quedarem-se inertes pelo prazo de dezoito meses. A indenização, solvida em moeda corrente, salvo acordo, é calculada tomando-se como base a data em que o proprietário fora notificado para aproveitar o bem.

causas de utilidade pública (art. 5º, alínea *i*, DL 3.365/41), cujo esboço constitucional reside no art. 5º, XXIV, da Lei Maior.

## 2. OBJETO E COMPETÊNCIA.

A medida em exame incide sobre objeto restrito, consistente no solo, porção da superfície terrestre onde se anda ou se constrói. Não é, todavia, todo e qualquer tipo de solo, mas apenas o urbano, excluindo-se o rural, conforme definição constante do art. 4º, I, da Lei 8.629/93.

Faz-se preciso que se trate de imóvel inserido em área delimitada no plano diretor do respectivo Município. Alfim, terá que referir-se a solo urbano que não esteja edificado, ou esteja subutilizado, ou não utilizado. Em suma, há que se cuidar de imóvel não adequadamente aproveitado.

Tendo em vista a não existência de maiores dificuldades de, no plano vernacular, definir-se o que se deva compreender por solo não edificado, ou não utilizado, o legislador houve por conceituar o imóvel subutilizado como sendo aquele cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor, ou em legislação deste decorrente (art. 5º, §1º, Lei 10.257/01).

A competência para a expropriação em foco, como se pode ver do art. 182, §4º, da Norma Ápice, é privativa dos Municípios e do Distrito Federal, este último por força do art. 32, §1º, do mesmo diploma, ao lhe atribuir os afazeres legislativos reservados aos primeiros e aos Estados.

Isso, vale advertir, não impede que a União e os Estados desapropriem imóveis urbanos por interesse social. Mas tal haverá de proceder-se com base no art. 5º, XXIV, da Lei Fundamental, com o pagamento de prévia e justa indenização em dinheiro, aplicando-se, com as devidas adaptações, predominante entendimento doutrinário e pretoriano relativo à desapropriação de imóveis rurais por interesse social. Nessa hipótese, a desapropriação haverá de fundar-se nas situações descritas pelo art. 2º, I, IV a VIII, da Lei 4.132/62.

Apesar do art. 182, §4º, da CF, bem como o art. 8º, *caput*, da Lei 10.257/01, servirem-se do vocábulo "proprietário", nada impede que a posse de boa-fé, como exteriorização do domínio, seja alcançada pela medida em tela.

Do mesmo modo, os terrenos pertencentes às pessoas políticas e administrativas não se encontram excluídos da desapropriação para reforma urbana. A uma, porque ao Poder Público, em face de subordinar-se aos ditames da ordem jurídica que elabora, incumbe, com maior razão, legar aos seus bens uma função, quer projetando-o à fruição

de toda a coletividade (bens públicos de uso comum do povo), quer afetando-o a determinado serviço público (bem de uso especial), quer, no tocante ao dominiais, permitindo a sua utilização específica por particulares, ou mesmo a alienação do seu domínio útil, a fim de que aqueles os empreguem em um uso lícito. Em segundo lugar, é sabido não existir óbice à expropriação dos bens públicos, quando estes não estejam afetados a uma finalidade pública, não se cogitando nem mesmo da observância da gradação prevista no art. 2º, §2º, do Decreto-lei 3.365/41<sup>9</sup>.

### 3. PRESSUPOSTOS.

De logo, mister admoestar que o art. 182, §4º, da CF, qualifica-se, como inelutavelmente decorre do seu texto, ao reportar-se à *interpositio legislatoris*, concretizável mediante a edição de leis federal e municipal, como norma de eficácia limitada.

Assim, os primeiros pressupostos para que a medida pudesse lograr operatividade se centram na edição de lei federal, delimitando a maneira como deverá ser exigido do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado, ou não utilizado, a promoção do seu adequado aproveitamento, cujo advento ocorreu com a Lei 10.257/01<sup>10</sup>, e lei municipal específica, responsável por definir a área sobre a qual tal providência deverá incidir.

O não aproveitamento do imóvel urbano implicará, inicialmente, na imposição ao proprietário ou possuidor da obrigação de parcelamento, edificação ou utilização compulsórias. Assim não laborando nos prazos mencionados no art. 5º, §4º, da Lei 10.257/01, lançará mão o Poder Público municipal da aplicação do imposto sobre a propriedade predial e

9 Cf. STF, RE 85.550-SP, rel. Min. Moreira Alves, RTJ 87/548; TFR, 6ª T., ac. un., AC 40.526, rel. Min. Carlos Mário Velloso, RDA 173/132. Idem Celso Antônio Bandeira de Mello (Desapropriação de bem público. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 29, p. 47, jan./mar. 1974). Assim também acontece no estrangeiro. Na Itália, por exemplo, como nos diz Pietro Virga (*Diritto Amministrativo - I principi*, 4. ed. Milão: Giuffrè editore, 1995. p. 484), os bens do patrimônio público disponíveis dos entes públicos podem ser objeto de expropriação.

10 Vitor Rolf Laubé (Desapropriação Urbanística. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 29, n. 114, p. 227, abr./jun. 1992) defendeu que, mesmo ausente a lei federal reclamada pelo art. 182, §4º, da CF, poder-se-ia, num recurso à interpretação sistemática, suprir-se tal omissão mediante o exercício, pelo Município, da competência suplementar inserta no art. 30, II, do mesmo diploma. Essa foi a posição também exposta por Carlos Ary Sundfeld (*Desapropriação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 37). Com o merecido respeito que tributamos a tais opiniões, somos de que o art. 30, II, da Constituição, somente permite a utilização da legislação municipal, como fonte supletiva das legislações federal e estadual, naquilo em que for possível a atividade do Município suprir. Não abrange a hipótese, como a analisada, onde o Constituinte, às expressas, fez referência à lei federal, por ser apanágio desta uniformizar os padrões fundamentais a girar a política urbana em nossa federação. Assim, mais aconselhável o entendimento de Celso Ribeiro Bastos & Ives Gandra da Silva Martins (*Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 7, p. 223), ao indicar que, enquanto não adviesse a mencionada lei federal, o art. 182, §4º, da CF, seria norma inaplicável.

territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, o que se dá com a majoração de sua alíquota durante cinco anos consecutivos.

Permanecendo inerte o proprietário, ao depois do transcurso do respectivo lustro, em dar cumprimento ao encargo de parcelamento, edificação, ou utilização, o Município lançará mão da desapropriação prevista no art. 182, §4º, III, da CF, editando o titular do Poder Executivo municipal, mediante decreto, a competente declaração de interesse social<sup>11</sup>.

Não obsta a desapropriação para reforma urbana a ausência de norma a definir o seu processo judicial, na hipótese de discordância do proprietário com o valor da oferta. À minguia de diploma específico, deverá ser aplicado o regramento do Decreto-lei 3.365/41, na condição de Lei Geral das Desapropriações.

#### 4. INDENIZAÇÃO.

A compensação financeira devida ao proprietário apresenta, na modalidade aqui examinada, algumas peculiaridades que a distinguem das verificadas nos demais tipos de expropriação.

Inicialmente, impende asseverar que, contrariamente à desapropriação ordinária (art. 5º, XXIV, CF), e à desapropriação-sanção para reforma agrária (art. 184, *caput*, CF), a Lei Maior, no art. 182, §4º, III, somente fez referência ao valor real da indenização, em nada precisando se o pagamento da indenização deverá ou não anteceder a perda da propriedade.

11 Escrevendo antes da Lei 10.257/01, Carlos Ary Sundfeld (*Desapropriação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 37-38) sustentava que o vocábulo "sucessivamente" não obriga ao Município que primeiro exija o parcelamento ou a edificação compulsórios para, fracassados estes, passar à cobrança do IPTU de forma progressiva e, apenas à derradeira, efetuar a desapropriação. Adentrando no terreno exemplificativo, diz que pensar contrário poderá conduzir a absurdos, como quando, com relação a edifício desabitado, e que por isto também deixa de cumprir a sua função social, veja-se o Município na injunção de impor a providência de edificação compulsória. A Lei 10.257/01, por seu turno, determinou que as medidas elencadas no art. 182, §4º, I a III, da CF, sejam tomadas de modo sucessivo. Para pôr cobro a possível contenda e, ao mesmo tempo, evitar situações disparatadas, conforme a advertência do mestre bandeirante, faz-se mister a adoção de inteligência que libere o Poder Público de uma das fases antecedentes quando tal for inviável. Desse modo, no caso de edifício não habitado poderia, de pronto, o Município proceder à exigibilidade do IPTU com alíquotas dotadas de progressividade para, posteriormente, se ainda for necessário, desapropriar. Já o direito espanhol, ao cuidar da expropriação pelo não cumprimento da função social da propriedade, a exemplo da desapropriação para fins de composição urbana da legislação portuguesa, preconiza iter mais simplificado. Assim, o art. 72 da Ley de 16 de dezembro de 1954 enumera os seguintes antecedentes: a) declaração, originária de lei ou decreto do Conselho de Ministros, de que um certo bem, ou uma categoria de bens, deve sofrer determinadas transformações, ou ser utilizado de maneira específica; b) a necessidade de a lei ou decreto conter a cominação de expropriação, no caso de seu descumprimento; c) fixação de prazo para a realização da função social e que, após o seu vencimento, aquela não resulte, total ou parcialmente, adimplida.

Isso equivale a dizer que, na espécie em comento, não há garantia de que a indenização seja prévia. Poderá, portanto, o legislador estabelecer que a mutação dominial no registro imobiliário se dê antes de quitado o valor do ressarcimento devido ao proprietário ou possuidor.

Essa orientação goza de prestígio na doutrina<sup>12</sup>, sem contar que outrora esse pensar fora sufragado pela jurisprudência quanto à desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. Sob a consideração de que o art. 161 da Constituição de 1967, com a redação ofertada pela EC 01/69, somente se reportava à indenização justa, o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucional o art. 3º, II e III, do Decreto-lei 554/69, a cuja aplicação estava subordinado o seu famigerado art. 7º, que determinava, *initio litis*, a transcrição do imóvel em favor do expropriante<sup>13</sup>.

Havendo, no entanto, omissão legal nesse sentido, forçosa a incidência do art. 29 do Decreto-lei 3.365/41, na condição de norma genérica a disciplinar a matéria, estabelecendo que a inmissão definitiva na posse, juntamente com a transcrição no registro imobiliário, somente ocorrerá com o pagamento da indenização, ou consignação de seu preço.

Ao contrário de respeitáveis opiniões, não restou afastada a necessidade de compensação justa. Diferentemente, Carlos Ary Sundfeld<sup>14</sup> indica que a expressão "valor real", inculpada no art. 182, §4º, III, da CF, não se confunde com valor justo, visando apenas assegurar que o valor da indenização, expresso em títulos, não sofra os efeitos da desvalorização da moeda entre a sua consignação e o seu efetivo resgate.

Ouso discordar. A dicção constitucional não dá azo a dúvidas. Reporta-se a "valor real da indenização", mostrando que a coisa não

12 Cf. Lúcia Vale Figueiredo (*Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 217). Ensina, a propósito, Carlos Ary Sundfeld que "o pagamento (é dizer, a entrega dos títulos da dívida pública) pode, nos termos do que vier a prever a lei, ser feito após a aquisição da propriedade pelo Município" (*Desapropriação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 40). No mesmo sentido, Clóvis Beznos (*Desapropriação*. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Direito administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1991. p. 115).

13 Pleno, mv, RE 99.849-PE, rel. Min. Moreira Alves, RTJ 108/793. Desse julgamento bom destacar o voto do Min. José Néri da Silveira, ao invocar anterior pronunciamento no Tribunal Federal de Recursos (AI 38.537 - MG), onde se expressou: "Desde o Ato Institucional nº 9, de 1969, portanto, retirou-se do texto constitucional, no que concerne à desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, a expressão <prévia> indenização, mantendo-se, porém, a fórmula <justa indenização> acrescida da cláusula <fixada segundo os critérios que a lei estabelecer>". (RTJ 108/808).

14 *Loc. cit.*, p. 40. Idem Lúcia Vale Figueiredo (*Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 217) e Celso Ribeiro Bastos & Ives Gandra da Silva Martins (*Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 7, p. 223).

poderá ser expropriada por preço inferior ao que ostenta. A expressão "valor real", em sede expropriatória, não tem o seu significado reduzido à necessidade de incidência de correção monetária. Absolutamente. Como bem nos mostrou o Min. Moreira Alves, ao conduzir votação no RE 99.849-PE, "indenização justa é, sem dúvida alguma, a compensação em dinheiro que reponha, o mais exatamente possível, no patrimônio do desapropriado, o **valor real** da coisa daí retirada"<sup>15</sup>.

Em harmonia com o entendimento de que a expressão "valor real" não deve ser aqui concebida como substitutivo de atualização monetária, tem-se que o legislador, no pórtico do §2º do art. 8º da Lei 10.257/01, dela se utiliza como se estivesse se referindo ao montante da retribuição a ser paga pelo expropriante.

E não poderia ser diferente, já que a atividade legislativa há de seguir os padrões gerais constantes do arcabouço constitucional, de onde não se pode sonegar o princípio da justiça, consagrado como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil no art. 3º, I, da CF. Daí decorre, portanto, que, na ponderação das vertentes exegéticas a disputar a primazia do significado do que se deva depreender por "valor real", o primado tocará àquela que se incline pela justeza da indenização, até porque, em caso de suposta lacuna no texto do art. 182, §4º, III, da CF, a franquia da justa reparação ao expropriado há de ser inferida como direito fundamental implícito (art. 5º, §2º, CF), resultante do regime e dos princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito.

A aceitação do ponto de vista de que, na desapropriação em comento, o ressarcimento há de ser justo, implica incompatibilidade vertical do art. 8º, §2º, I, da Lei 10.257/01, quando diz que o valor real da indenização refletirá a importância da base de cálculo do IPTU.

Não nego a possibilidade de o legislador estabelecer os parâmetros mediante os quais possa o aplicador do direito aportar na fixação da justa indenização. No entanto, há de atuar em atenção a critérios de razoabilidade, desviando-se de traçar limites absolutos que impeçam o proprietário de questionar a busca do valor devido.

Não teria visto maiores problemas se perfilhado o critério do valor de mercado, porquanto este condiz com a perda a ser suportada pelo proprietário e, portanto, hábil para o fim a que busca a garantia da justa indenização. Contrariamente se tem quando eleito, como limite insuperável da compensação, um valor abstrato, muitas vezes distanciado, na prática, da avaliação atual do imóvel, como se tem com a escolha do valor venal do imóvel, constante nos cadastros municipais para fins de cobrança do IPTU, na maioria das vezes desatualizado e, além mesmo, irreal.

15 A parte em negrito não consta do original(RTJ 108/801).

O Supremo Tribunal Federal, em caso similar, retratado pelo citado RE 99.849 – PE, já manifestou seu desapreço com tal opção legislativa, ao reputar inconstitucional o art. 11 do Decreto-lei 554/69 que, para fins de desapropriação por interesse, para fins de reforma agrária, dispunha que, a revisão do valor da indenização, deveria ser respeitado, em qualquer caso, como limite máximo, a estimativa declarada pelo proprietário, para efeito de cálculo do Imposto Territorial Rural.<sup>16</sup>

Assim, muito embora seja de uma maior praticidade ao Município, ao agitar o procedimento expropriatório, estabelecer a sua oferta com observância da importância com base na qual é calculado o IPTU, nada estará a impedir que o proprietário, citado, conteste tal *quantum* como representativo do valor real do bem.

A Lei 10.257/01, no seu art. 8º, §2º, II, exclui a possibilidade de pleito, pelo expropriado, de lucros cessantes ou expectativas de ganho, o que nem precisava ser enfática, haja vista que a medida tem como alvo imóvel não adequadamente aproveitado.

O mesmo dispositivo, em sua parte final, exclui a condenação do expropriante no pagamento de juros compensatórios. Pergunta-se: poderá, em face disso, vir a sofrer censura do Judiciário? Sou pela negativa.

O primeiro argumento se origina de meditação de Cretella Júnior<sup>17</sup>, ao chamar a atenção para o fato de se distinguirem imóveis que possuem valor, mas também produzem renda, dos que apenas podem ser suscetíveis de avaliação em dinheiro. Sendo assim, somente quanto aos primeiros é que caberia falar-se em juros compensatórios. Da lição do mestre, forçosa seria a conclusão de que, na desapropriação para reforma urbana, incidente sobre imóveis que relegam a sua função social, estaria excluída a possibilidade de serem devidos juros compensatórios.

É certo que esse pensar, embora recentemente tenha sensibilizado a jurisprudência<sup>18</sup>, ao provocar uma reabertura na discussão do tema, fora rechaçado pelo Supremo Tribunal Federal

16 Interessante, sem sombra de dúvida, a leitura do voto discordante do Min. Francisco Rezek, ao não vislumbrar abusiva a conduta do legislador ordinário ao escolher como parâmetro do valor da indenização o declarado pelo proprietário para fins de lançamento do ITR (RTJ 108/802).

17 Desistência da desapropriação, RT 617/10-11.

18 Cf. o decidido nos arestos, a saber: REsp 228.481 – MA (STJ, 1ª T., ac. un., rel. Min. José Delgado, DJU de 20-03-00, p. 00046), REsp 108.896 – SP (STJ, 1ª T., mv, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU de 30-11-98, p. 00049), AgRg no REsp 296.431-SP (STJ, 2ª Turma, ac. un., rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 24.04.2001, Informativo STJ nº 93, de 23 a 27 de abril de 2001) e AC 205.767-CE (TRF – 5ª Reg., 2ª T., mv, rel. Des. Fed. Edilson Nobre (convocado), DJU – II de 09.11.2001, p. 666/732).

na ADInMC 2.332-DF<sup>19</sup>, podendo-se, com isso afirmar ser incompatível a exclusão dos juros compensatórios. Ledo engano. Outro raciocínio merece ser exposto nas linhas seguintes.

No referido julgamento, resultou inconstitucional o art. 15 - A, §§1º e 2º, do Decreto-lei 3.365/41, introduzido pela MP 2.027-43/00, que reservara aos juros compensatórios o papel de reparar a perda de renda efetivamente sofrida pelo proprietário com a medida estatal. Para esse fim, fê-lo o Pretório Excelso sob o argumento de que a rubrica em questão serve, ao invés de lucros cessantes, para remunerar o capital que o particular deixou de receber desde a perda da posse do bem, por o expropriante não haver diligenciado, de logo, o pagamento da indenização realmente devida, tanto que a base de cálculo para a incidência da rubrica corresponde à diferença entre o valor fixado na sentença e 80% do depósito prévio, cuja disponibilidade ao expropriado não está obstada. Assim, considerando-se que, na expropriação para reforma urbana, a despeito de sua indenização encontrar-se jungida ao imperativo de justiça, não se impõe seja prévia, razão pela qual o seu não pagamento integral, quando da imissão na posse, não enseja compensação em prol do proprietário. A infringência à justa indenização, conforme se pode perceber da notícia do julgamento do Supremo Tribunal Federal, está ligada à circunstância de, antes da imissão na posse, não haver sido respeitado o postulado da prévia indenização, de cujo cumprimento na espécie não se cogita.

De concluir-se, por isso, que a exclusão dos juros compensatórios, procedida pelo legislador, não colide com os ditames constitucionais regentes da matéria.

São devidos juros de mora; à alíquota anual de seis por cento, contados desde o trânsito em julgado<sup>20</sup>, incidente sobre o resultado da subtração do valor da indenização e o da oferta, ambos corrigidos. Também a diferença encontrada entre o valor devido e a oferta sofrerá correção, a partir do laudo pericial<sup>21</sup>.

Outra especificidade da desapropriação em foco está em que o montante da indenização é solvido, na sua inteireza, em títulos da dívida pública, cuja emissão, já existente quando da instauração do procedimento, deverá lograr prévia aprovação do Senado Federal. Tais títulos, resgatáveis no intervalo de até um decênio, em

19 Pleno, mv, rel. Min. Moreira Alves, Informativo - STF no. 240.

20 Súmula 70-STJ.

21 Súmulas 561-STF e 67-STJ.

prestações anuais, iguais e sucessivas, além de portarem cláusula de correção monetária, pena de diminuição de seu valor com o desgaste da moeda, sofrem o cômputo de juros legais de seis por cento ao ano até o seu efetivo resgate. Interditou o art. 8º, §3º, da Lei 10.257/01, que os títulos em causa ostentem poder liberatório para a quitação de tributos.

Cuidando-se de pagamento a ser efetuado em títulos, poderia haver o legislador adotado regra semelhante à constante do art. 15 da Lei Complementar 76/93, dispensando a expedição de precatório, providência em concerto com o art. 100 da CF, o qual, nos termos do deliberado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 247.866-1-CE<sup>22</sup>, refere-se unicamente às quantias devidas pela fazenda pública em dinheiro.

Contestado o preço indicado pelo expropriante, a sentença, caso conclua pela sua elevação, condenará aquele ao pagamento, em prol do expropriado, de honorários advocatícios, calculados sobre a diferença entre a indenização e a oferta, ambas corrigidas<sup>23</sup>. Nessas hipóteses, arcará ainda o expropriante com as despesas que teve o expropriado para contratar assistente técnico.

## 5. DESTINAÇÃO DO BEM EXPROPRIADO.

No que concerne ao destino do seu objeto viceja traço distintivo entre as expropriações por utilidade ou necessidade pública e por interesse social. É que, enquanto nas primeiras o bem adquirido permanece com o expropriante, a fim de ser afetado a obras e serviços públicos, nas segundas a sua vocação é para entrega a terceiros, proporcionando-se, assim, a justa distribuição da propriedade.

A medida em análise, malgrado encaixar-se no gênero de desapropriação para interesse social, traduz exceção à regra geral, havendo a possibilidade, prevista no art. 8º, §4º, da Lei 10.257/01, de o

22 A ementa do julgado está assim redigida: "ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. INDENIZAÇÃO DE BENFEITORIAS. ALEGADA OFENSA DOS ARTS. 14, 15 E 16 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 76/93 AO ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O art. 14 da Lei Complementar nº 76/93, ao dispor que o valor da indenização estabelecido por sentença em processo de desapropriação para fins de reforma agrária deverá ser depositado pelo expropriante em dinheiro, para as benfeitorias úteis e necessárias, inclusive culturas e pastagens artificiais, contraria o sistema de pagamento das condenações judiciais, pela Fazenda Pública, determinado pela Constituição Federal no art. 100 e parágrafos. Os arts. 15 e 16 da referida lei complementar, por sua vez, referem-se, exclusivamente, às indenizações a serem pagas em títulos da dívida agrária, posto não estar esse meio de pagamento englobado no sistema de precatórios. Recurso extraordinário conhecido e provido, para declarar a inconstitucionalidade da expressão "em dinheiro, para as benfeitorias úteis e necessárias, inclusive culturas e pastagens artificiais e", contida no art. 14 da Lei Complementar nº 76/93.". (Pleno, mv, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 24-11-00).

23 Súmulas 617-STF e 141-STJ.

Município promover o adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de um lustro, computado desde a incorporação deste em seu acervo patrimonial.

Faculta o art. 8º, §5º, da Lei 10.257/01, que o Município, no lugar de diretamente patrocinar o correto aproveitamento do imóvel, aliene ou conceda o seu uso a terceiros mediante procedimento de licitação. Assim ocorrendo, o beneficiário com o domínio ou posse do bem passará a ser responsável pelos encargos previstos no art. 5º do mencionado diploma.

Tal obrigação deverá figurar, no ato de aquisição ou concessão, como condição resolutiva, apta a ensejar, de pleno direito, o retorno do bem ao Poder Público, que poderá deliberar por explorá-lo diretamente, ou mediante transferência de seu domínio ou posse a novo interessado. Silente o contrato, restará ao Município a via, assaz delongada, de lançar mão do IPTU progressivo para, ao final de cinco anos, se for o caso, promover nova desapropriação, o que, além de não aconselhável, é ineficiente.

Merece ainda destaque que, na reforma urbana, mesmo cuidando-se de expropriação por interesse social, outra exceção aos postulados gerais desta consiste na possibilidade de cogitar-se dos pressupostos do instituto da retrocessão, com o retorno do bem ao expropriado.

Essa assertiva aqui se impõe sem a menor margem de dúvida. Poderá ocorrer, por exemplo, que o Município, assumindo a obrigação de levar a cabo o adequado aproveitamento do bem, mantenha-se inerte em fazê-lo ao depois do transcurso do prazo de cinco anos, demarcado no art. 8º, §4º, da Lei 10.257/01. Estará, em tese, corporificada a situação de abandono, a dar azo à retomada do bem.

No particular da transferência do imóvel a terceiro, poder-se-á, caso o Município não atue com o cuidado necessário, inerente à fiscalização do adequado aproveitamento do bem, restar caracterizado, no mundo fático, desvio de finalidade, em virtude da indevida permanência do bem com aquele. É que ter-se-á, sem causa jurídica, expropriação em benefício de interesse privado, resultado vergastado pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>24</sup>

A peremptória negativa do direito à retrocessão, nessa hipótese, será capaz de favorecer a ocorrência de desapropriação como maneira de enriquecimento de terceiros, possíveis aliados dos governantes da entidade expropriante. Para obviar situações desse jaez, a *Ley* de 16 de dezembro 1954, no sen art. 74, comina multa ao beneficiário da

expropriação, por igualmente não haver, no prazo assinado, legado ao bem sua função social.

## **6. ALGUMAS CONCLUSÕES.**

Ao término do exposto, dignas de serem sumariadas as seguintes conclusões:

a) a propriedade deixou de ser concebida como um instituto ilimitado, representando, inversamente, um direito jungido ao cumprimento de uma função social pelo seu titular, o que se impõe, em nossa sociedade, assinalada pela explosão demográfica nas cidades, não apenas no setor campestre, mas, com maior razão, na província urbana, a fim de satisfazer frente à aguda crise de moradia, cujo desrespeito poderá ensejar o manejo, pelo Poder Público, da desapropriação-sanção;

b) a figura expropriatória do art. 182, §4º, III, da Lei Básica, cuja competência pertence, com exclusividade aos Municípios, tem por alvo imóveis urbanos, particulares ou públicos disponíveis, sítos em área delimitada no plano diretor, não adequadamente aproveitados pelo proprietário, ou possuidor;

c) a implementação da desapropriação para fins de reforma urbana reclama, inicialmente, a edição de lei federal, disciplinando a maneira como o proprietário de imóvel urbano deve proceder ao seu devido aproveitamento, juntamente com lei municipal, a qual tocará individualizar as áreas de sua incidência; integrado o quadro legislativo, caberá ao Município, antes de lançar mão da expropriação, impor ao proprietário ou possuidor o parcelamento, ou edificação compulsórios, e o IPTU com a alíquota progressiva;

d) a despeito de não haver obrigação de ser prévia a compensação a ser paga ao expropriado, mediante a entrega de títulos da dívida pública, aquele não se encontra privado do direito a que tal pagamento se pautem em critérios de justiça, tendo em vista o Constituinte haver posto em destaque que deveria ser assegurado o valor real da indenização;

e) o destino do bem expropriado caberá ao Município, ou a terceiro, mediante licitação, os quais deverão promover o seu adequado aproveitamento dentro de cinco anos, não se descartando, de forma decisiva, que o não adimplemento de tal encargo poderá, em tese, caracterizar, no mundo fático, desvio de finalidade a ser reparado mediante pleito de retrocessão.

# ***CRIME DE ASSÉDIO SEXUAL***

---

Prof. DAMÁSIO DE JESUS

## ***CÓDIGO PENAL***

**Art. 216-A.** Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Pena detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

- **Dispositivo introduzido pela Lei n. 10.224, de 15.5.2001**
- **Assédio ambiental**

Não está previsto na Lei n. 10.224/2001. Consta, por exemplo, do Código Penal espanhol (art. 173) e se caracteriza por “um comportamento de natureza sexual de qualquer tipo que tem como consequência produzir um contexto laboral negativo – intimidatório, hostil, ofensivo ou humilhante – para o trabalhador, impedindo-o de desenvolver seu trabalho em um ambiente minimamente adequado”<sup>1</sup>.

- **Assédio moral**

Não foi previsto na Lei n. 10.224/2001. Caracteriza-se pela conduta tendente a transformar a vítima em um robô, como proibição de sorrir, conversar, levantar a cabeça, cumprimentar os colegas de trabalho etc. (fonte: Luiz Flávio Gomes, , 23.7.2001).

- **Vigência**

Publicada em 16.5.2001, a Lei n. 10.224 entrou em vigor na mesma data.

- **Irretroatividade**

A *novatio legis* incriminadora não tem efeito retroativo, aplicando-se somente a fatos cometidos a partir de sua vigência (16.5.2001).

---

1 EVANGELIO, Ángela Matallín. *El nuevo delito de acoso sexual*. Valencia : Tirant lo Blanch, 2000, p. 26.

### • Crítica

No plano da tipicidade, o tipo do art. 216-A é extremamente confuso, deixando de conferir clareza e precisão ao texto, contrariando, assim, as recomendações do art. 11, I e II, da Lei Complementar n. 95, de 26.2.1998 (Lei da Técnica de Elaboração das Leis). Além disso, peca pela limitação da incriminação (parágrafo único vetado) e exagero punitivo (em quantidade, a pena mínima é a mesma do aborto consentido).

### • Objetividade jurídica

O novo tipo penal encontra-se descrito no rol dos crimes contra os costumes (bem jurídico genérico), especialmente no capítulo que trata dos delitos contra a liberdade sexual (interesse jurídico específico). Não há dúvida de que este é um dos bens jurídicos protegidos pela norma. A leitura do dispositivo em apreço, entretanto, leva-nos a concluir sobre a existência, concomitante, de outros bens jurídicos (delito pluriofensivo): *honra e direito a não ser discriminado no trabalho ou nas relações educacionais*.

### • Utilidade da norma — prevenção geral

Os efeitos da nova incriminação já puderam ser sentidos, visto que inúmeras são as instituições (públicas<sup>2</sup> e privadas) que passaram a se preocupar com o tema, reforçando programas de esclarecimento, promovendo cursos, palestras, afixando comunicações nos quadros de avisos da empresa etc.

### • Necessidade da incriminação

Haverá duas posições: 1.<sup>a</sup>) a incriminação era desnecessária, uma vez que já tínhamos as descrições dos crimes de constrangimento ilegal, ameaça, estupro e atentado violento ao pudor, além da contravenção da importunação ao pudor e recursos cíveis e trabalhistas; 2.<sup>a</sup>) a incriminação era necessária, uma vez que as figuras do constrangimento ilegal etc. nunca ofereceram proteção aos bens jurídicos questionados, por falta de perfeita adequação típica. *Nossa posição*: a segunda. Realmente, o fato, objeto de merecimento criminal, nunca teve uma adequação típica tranqüila em nossa legislação penal.

### • Sujeitos do crime

Qualquer pessoa, homem ou mulher, pode ser sujeito ativo do crime de assédio sexual, o mesmo ocorrendo em relação ao sujeito passivo. Assim, o fato pode ser praticado entre dois homens, duas mulheres ou um

2 De acordo com notícia da Folha de S. Paulo, ed. de 25 de julho de 2001, "todos os órgãos da Prefeitura da Capital deverão ter afixada em local visível uma cópia da Lei Municipal n. 11.846, de 1995, sobre as punições contra a prática de assédio sexual entre funcionários da administração. A obrigatoriedade consta da Portaria n. 182, assinada pela Prefeita."

homem e uma mulher. A lei exige, entretanto, uma condição especial dos sujeitos do crime (crime próprio). No caso do autor, deve estar em condição de superioridade hierárquica ou de ascendência em relação à vítima, decorrente do exercício de cargo, emprego ou função (plano vertical, de cima para baixo). A vítima deve encontrar-se em situação de subalternidade em relação ao autor.

- **Homossexual**

Pode ser sujeito passivo.

- **Diarista**

Haverá duas orientações: 1.ª) não há delito, tendo em vista a ausência de relação de emprego; 2.ª) existe crime, pois o diarista encontra-se em posição de inferioridade na relação trabalhista. Segundo pensamos, o diarista não pode ser sujeito passivo do crime (primeira corrente), uma vez que não realiza atividade inerente a "emprego".

- **Pais e filhos**

Desde que inexistam relacionamento laboral (cargo, função ou emprego) e preavalcimento, não podem ser sujeitos do delito.

- **Hierarquia religiosa**

Inexiste delito, uma vez ausente o relacionamento inerente a emprego, cargo ou função.

- **Ascendência religiosa**

Inexiste delito, uma vez ausente o relacionamento inerente a emprego, cargo ou função.

- **Empregador e doméstica**

Há delito, uma vez que se encontra presente a relação laboral (emprego).

- **Assédio praticado em coabitação**

Ex.: assédio de um parente que vive sob o mesmo teto (exemplo de Luiz Flávio Gomes, *Lei do Assédio Sexual* – Lei n. 10.224/01 – Primeiras notas interpretativas, site, 23.7.2001). Não há delito, tendo em vista que inexistem relacionamento referente a cargo, emprego ou função.

- **Assédio cometido em ocasião de hospitalidade**

É possível que o autor assedie sexualmente uma pessoa que hospeda (exemplo de Luiz Flávio Gomes, *Lei do Assédio Sexual* – Lei n.

10.224/01 – Primeiras notas interpretativas, site , 23.7.2001). Não há delito, tendo em vista que inexistente relacionamento referente a cargo, emprego ou função. (Nesse sentido: Luiz Flávio Gomes, *Lei do Assédio Sexual* – Lei n. 10.224/01 – Primeiras notas interpretativas, site , 23.7.2001).

• **Hipótese de superior de um departamento e inferior de outro, da mesma empresa**

Inexistência de crime. Exemplo e solução de Ataliba Pinheiro Espírito Santo, *Crítica à Lei n. 10.224*, de 15.5.2001 – Assédio Sexual, Revista Jurídica, Porto Alegre, jun. 2001, 284:87.

• **Hipótese entre sócio e empregado da sociedade**

Inexistência de crime. Exemplo e solução de Ataliba Pinheiro Espírito Santo, *Crítica à Lei n. 10.224*, de 15.5.2001 – Assédio Sexual, Revista Jurídica, Porto Alegre, jun. 2001, 284:87.

• **Hipótese entre hóspede e empregado de hotel etc.**

Inexistência de crime. Exemplo e solução de Ataliba Pinheiro Espírito Santo, *Crítica à Lei n. 10.224*, de 15.5.2001 – Assédio Sexual, Revista Jurídica, Porto Alegre, jun. 2001, 284:87.

• **Hipótese de cliente importante e funcionário de estabelecimento bancário**

Inexistência de crime. Exemplo e solução de Ataliba Pinheiro Espírito Santo, *Crítica à Lei n. 10.224*, de 15.5.2001 – Assédio Sexual, Revista Jurídica, Porto Alegre, jun. 2001, 284:87.

• **Hipótese de vizinho e empregada doméstica de outra residência**

Inexistência de crime. Exemplo e solução de Ataliba Pinheiro Espírito Santo, *Crítica à Lei n. 10.224*, de 15.5.2001 – Assédio Sexual, Revista Jurídica, Porto Alegre, jun. 2001, 284:87.

• **Conduta típica**

O núcleo do tipo é o verbo constranger. Sobre seu conceito penal no dispositivo, acreditamos que haverá duas correntes: 1.<sup>a</sup>) o legislador empregou o verbo constranger no sentido de tolher a liberdade de, obrigar, forçar, compelir, coagir, como nos delitos de constrangimento ilegal, estupro etc.; 2.<sup>a</sup>) o verbo constranger, na figura típica, significa acanhar-se, incomodar, embaraçar, envergonhar, causar vexame. Segundo pensamos, certamente o legislador não pretendeu empregar a expressão em seu segundo sentido. Caso contrário, constituiria delito o fato de o patrão contar

uma piada picante à sua funcionária, presente a intenção libidinosa e as outras elementares do tipo. Mas, adotando a primeira posição, criou enorme dificuldade de interpretação no sentido de diferenciar o delito de assédio sexual de outros crimes que empregam o mesmo verbo. A norma de conduta deixou de fazer menção ao meio por intermédio do qual a ação se pode dar (*constrange-se alguém por meio de*), como nas descrições dos delitos de estupro etc. A idéia de constranger implica uma conduta que passa a existir por meio de algum ato realizado pelo agente. Constrange-se por intermédio de algo (palavras, gestos etc.). Não há previsão daquilo a que a vítima venha a ser constrangida (*constrange-se alguém a algo*), como no constrangimento ilegal, extorsão, estupro e atentado violento ao pudor. O verbo constranger, transitivo, exige objeto direto (*constrange-se alguém*; idéia de pessoa) e indireto ou complemento preposicionado (*constrange-se alguém a algo*; idéia de coisa, no sentido de fazer ou não alguma coisa).

#### • Meios executórios

Crime de forma livre, o constrangimento tendente ao assédio sexual pode se dar por quaisquer das formas de comunicação (verbal, escrita ou mímica). Embora tipo de execução livre, cremos que o meio de realização do crime não pode ser a violência física e nem a grave ameaça, cuja presença conduziria ao atentado violento ao pudor e ao estupro.

#### • Cerceamento de direito da vítima

Não é qualquer constrangimento que pode configurar o delito de assédio sexual. Há necessidade de cerceamento a um direito ao qual a vítima faz jus. Assim, não se pode falar no tipo em análise quando se trata de um privilégio que o sujeito ativo oferece à vítima em troca de uma ação de natureza sexual.

#### • Requisitos

O legislador brasileiro dotou o crime de assédio sexual das seguintes elementares: ação de constranger; intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, para si ou para outrem; prevalência do agente de sua condição de superior hierárquico ou de ascendência em relação à vítima (abuso); as situações (superioridade hierárquica ou ascendência) devem existir em decorrência de emprego, cargo, ou função; legitimidade do direito ameaçado ou injustiça do sacrifício a que a vítima deve suportar por não ceder ao assédio.

#### • Condição de superioridade hierárquica ou ascendência em relação à vítima

É necessário, para a existência do crime, que o autor se apresente em condições de superioridade hierárquica ou ascendência inerentes ao

exercício de emprego, cargo ou função. Trata-se de relacionamento concretamente a hierarquia ou ascendência laboral pública (cargo ou função) ou privada (emprego).

• **Elemento normativo do tipo: prevalecimento da relação de hierarquia ou ascendência laboral**

O tipo exige que o comportamento seja realizado com prevalecimento de uma condição de superioridade ou de ascendência do autor, que se aproveita, utiliza-se de determinada situação, cometendo abuso no exercício de cargo, função ou emprego. Cuida-se de elemento normativo, cumprindo o Juiz elaborar uma apreciação valorativa sobre a presença do abuso. Não basta, pois, que o fato seja realizado no exercício de atividade referente a emprego, cargo ou função. É necessário nexo de causalidade entre o exercício da atividade e o abuso que o sujeito comete em relação à vítima determinada.

• **Elementos subjetivos do tipo**

O primeiro é o dolo, que, abrangente, deve alcançar as outras elementares objetivas e normativas. A norma prevê outro elemento subjetivo do tipo, caracterizado pelo especial fim de agir do agente, qual seja, *obter vantagem ou favorecimento sexual*.

• **Qualificação doutrinária**

Trata-se de crime próprio. Além disso, é formal: o tipo descreve a conduta e o resultado visado pelo sujeito, mas não o exige.

• **Consumação e tentativa**

Consuma-se o assédio sexual com a conduta de constranger (delito formal), independentemente de obter ou não o autor os favores sexuais pretendidos. A conduta da vítima não é exigida (crime formal). Conforme a hipótese, a tentativa é admissível. É o que ocorre, por exemplo, no caso em que o assédio tenha sido tentado por meio escrito, chegando a correspondência, em face de extravio, nas mãos de terceira pessoa. Quando empregado meio verbal ou gestos, a tentativa é inadmissível.

• **Causas de aumento de pena do art. 226 do CP**

Incidem as circunstâncias do concurso de pessoas (I) e da condição de casado do autor (III), com exceção de parte do inciso II, porque as hipóteses nele aventadas, por já integrar a figura típica (direta ou indiretamente), não podem, novamente, ser objeto de valoração (relação de superioridade e ascendência).

• **Pena e ação penal**

A pena é de detenção, de um ano a dois anos. Adotamos a tese de que o parágrafo único do art. 2.º da Lei dos Juizados Especiais Criminais

Federais (Lei n. 10.259, de 12.7.2001), admitindo, para essa qualificação, delitos a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, derogou o art. 61 da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/95). Diante disso, é de entender-se que o delito de assédio sexual é da competência dos Juizados Especiais Criminais da Justiça Comum. Aplica-se ao assédio sexual o disposto no art. 225 do CP. Desta forma, a ação penal é, em regra, privada. As exceções estão previstas nos parágrafos do mesmo artigo. Não é louvável deixar, na espécie, em regra, a persecução penal dependendo da iniciativa da vítima. A ação penal deveria ser pública incondicionada. Pela natureza do delito, em face da superioridade ou ascendência do autor, a vítima fica sob sua pressão, podendo ele compeli-la a não levar o fato ao conhecimento da autoridade. Além disso, ainda em face da natureza do fato, deixar à exclusiva iniciativa do sujeito passivo o direito de movimentar a persecução penal é permitir "chantagens" em troca de silêncio.

• A questão do veto ao parágrafo único do art. 216-A do CP previsto no Projeto de Lei

O Projeto de Lei, do qual se originou a Lei n. 10.224/01, previa um parágrafo único ao art. 216-A, que foi vetado. Por meio dele, também cometeria o crime aquele que agisse: *"I - prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; II - com abuso ou violação de dever inerente a ofício ou ministério"*. A justificativa acolhida pelo Presidente da República foi de que o parágrafo único descrevia situações que já estavam previstas como causas especiais de aumento de pena no art. 226 do CP, o que não permitiria sua incidência nos casos de assédio sexual. Sem razão, porém, uma vez que sem o veto teríamos a punição das várias espécies de assédio sexual: laboral (*caput* do dispositivo), proveniente das relações domésticas, de coabitação e de hospitalidade, como também o assédio proveniente do abuso de dever inerente a ministério (religioso). Com o veto, subsistiu somente o assédio laboral (*caput*). Os outros tipos de assédio são atípicos.



## JUSTIÇA, CONTROLE PENAL TRANSNACIONAL E “O MAIS FRIO DE TODOS OS MONSTROS”<sup>1</sup>

---

PEDRO SCURO NETO

Centro Talcott de Direito e Justiça – São Paulo

Quando dois condenados a prisão perpétua saíram da penitenciária estadual de Nova York, inocentados após terem cumprido quatorze anos de suas sentenças, um importante jornal lamentou a ocorrência cada vez mais freqüente de casos parecidos nos Estados Unidos, onde, “por descuido, incompetência ou razões ainda piores, as autoridades prendem as pessoas erradas, arruinam suas vidas e deixam livres os verdadeiros culpados”.

Os dois foram condenados graças ao depoimento de uma dependente de *crack*, que, segundo a polícia, mentira para receber uma recompensa de mil dólares. O que a testemunha disse conflitava com o que a polícia já sabia sobre o caso, mas aparentemente isso não teve a menor importância. Os promotores estavam mais interessados em condenação que em justiça. Juiz e jurados aceitaram a versão da promotoria, ignoraram as contradições da testemunha e descartaram as evidências que teriam inocentado os acusados.

No dia seguinte à libertação dos dois homens, o juiz que presidira o julgamento – agora ministro da suprema corte do Estado de Nova York – comentou: “É difícil acreditar que por tão pouco alguém possa ter tido a coragem de acusar duas pessoas inocentes de um crime tão bárbaro”. Difícil mesmo é crer que magistrados experientes, acostumados com o comportamento de dependentes de drogas possam fazer comentários tão ingênuos: a tendência dos drogaditos de mentir por qualquer motivo é precisamente o que faz deles o recurso preferido dos promotores quando a estes faltam argumentos para obter uma condenação.

Em casos assim as autoridades fazem pouco ou quase nada para proteger inocentes contra falsos testemunhos. Ao contrário: se há provas suficientes para desmontar um caso baseado em mentiras, a reação usual da Justiça é encobrir irregularidades. Por conta disso, os dois condenados só foram soltos porque um deles escreveu na prisão milhares de cartas pedindo ajuda e porque um advogado e um investigador particular atenderam aos apelos. Esses dois abnegados não só provaram a inocência

---

1 Contribuição ao seminário “Direitos nacionais diante da globalização”, Rio de Janeiro: *Réseau Européen Droit et Société* / Globalização Econômica e Direitos no Mercosul / Unesco, 2001. Email do Autor: [talcott@uol.com.br](mailto:talcott@uol.com.br)

dos condenados como também descobriram o verdadeiro assassino, hoje detido e aguardando julgamento.<sup>2</sup>

Em diversas partes do mundo, negligência, imperícia e até mesmo propósitos escusos têm servido de argumento para censurar a atuação da Justiça. Diz-se, do lado de dentro, que o sistema está carente de “reformas estruturais” (simplificação processual, modernização administrativa, mais polícia, carros e juizes) e de “mudanças culturais” (rejeitar o clientelismo e o mecanismo perverso de baixo salário, baixas exigências e baixo desempenho, para dar prioridade ao cidadão). Do lado de fora, a sensação é que os problemas da Justiça são o “caráter de classe” das sentenças dos juizes, as “operações normativas que promovem diferenças e as hierarquizam” e até mesmo a incapacidade do Direito de “traduzir diferenças e desigualdades em direitos”<sup>3</sup>, quando, na verdade, as premissas do Direito posto e positivado pelo Estado – cuja convicção depende da capacidade de resistir a mudanças (um Direito relativamente impermeável a movimentos bruscos é tão importante para um país quanto uma moeda forte: aumenta a coesão social e torna as pessoas e as instituições mais interdependentes<sup>4</sup>) – *justificam-se no plano sociológico*, pela natureza *tácita* de normas que exprimem algo subentendido pela sociedade.

As leis, as regras e os costumes em vigor (incluindo as normas não redigidas que servem de base para a aplicação da lei) repousam na certeza de que o seu cumprimento é a garantia do bem-estar, tanto do indivíduo quanto da comunidade, e na confiança de que são atingidos determinados objetivos, acerca dos quais existe um indiscutível consenso.<sup>5</sup>

A partir daí o que sobressai não é o sistema propriamente dito, mas o *conteúdo específico das atividades, operações e capacidades* de um nutrido grupo de atores com interesses adquiridos na preservação do *status quo*: indivíduos e instituições cuja função é garantir o primado da lei, não resolver problemas sociais – um *de minimis non curat praetor* que exaspera a sociedade. No comando dessa máquina, gigantesca, desprendida, um punhado de homens – porém a cada dia cada vez mais mulheres – estabelece, avalia e restabelece o funcionamento do sistema, os limites do Direito Penal e as suas finalidades. Nas suas ações, a partir de uma mistura de boas intenções, interesses corporativos, jurisdição, carreira e outros motivos, buscam conciliar o fato e o Direito, porém sempre levando em conta a influência que exercem uns sobre os outros, principalmente quando na presença física imediata dos colegas<sup>6</sup>.

2 . Bob Herbert. *The New York Times*, 17.5.2001. (texto condensado)

3 . Sérgio Adorno. Crime, justiça penal e desigualdade jurídica. Em *Sociologia e Direito* (org. C. Souto e J. Falcão), Rio: Pioneira, 1999:311-36.

4 . Norbert Elias. O Processo Civilizador (trad. Ruy Jungmann), vol. 2 Rio de Janeiro: Zahar, 1993: 282

5 . Pedro Scurto Neto. *Manual de Sociologia Geral e Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2000: 36.

6 . Erving Goffman. *The Presentation of Self in Everyday Life*. Harmondsworth: Pelican, 1978: 243.

O homem desceu do ônibus numa estação rodoviária e imediatamente avistou uma jovem que caminhava na sua direção. Sem dizer palavra, levantou a mão direita e rapidamente apalpou os seios da moça. Afastou-se lentamente, divertindo-se com a própria ousadia. A vítima, indignada, procurou um policial, que logo encontrou o homem, preso em flagrante delito de atentado violento ao pudor (art. 214, do Código Penal): “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso, diverso da conjunção carnal” — pena: reclusão de seis a dez anos). Durante o processo verificou-se que o acusado era reincidente, pois houvera praticado um furto, tendo sido condenado a pagar multa (aos 6 anos foi acrescido mais um). A esses sete anos o tribunal adicionou mais 3 anos e 6 meses, de vez que a vítima era menor de 14 anos. Para encerrar, a pena foi aumentada da quarta parte (total: 11 anos e 8 meses) pois o autor do atentado era casado (causa obrigatória de acúmulo de pena). No julgamento do recurso um dos desembargadores ponderou, contra a opinião do restante de seus pares, que o ato criminoso (desempenhado de modo rápido e por cima das vestimentas da jovem) não caracterizava atentado, mas importunação pública ao pudor (art. 61, da Lei das Contravenções Penais — “importunar alguém, em lugar público, ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor”). O desembargador foi voto vencido e depois da sessão um de seus colegas comentou: “Se fosse com a minha filha, eu matava o salafrário!”<sup>7</sup>

### *METADISCURSO: O INIMIGO PÚBLICO*

Os termos situacionais, cotidianos, da Justiça são balizados por estruturas e padrões (normas, valores e modelos sociais), derivados e justificados por sua vez, através de *metadiscursos*, narrativas grandiosas que ajudam a sociedade a interpreta-se a si mesma e afirmar-se como “civilização”. O problema é que na era da dissolução da unidade nacional (globalização) os metadiscursos perderam a antiga credibilidade. A democracia liberal, por exemplo — derradeira forma de governo da perspectiva ocidental, mas encarada com receio e desdém por boa parte da humanidade — por causa da recusa “de reconhecer que os outros seres humanos podem reivindicar iguais direitos”; por não contemplar as necessidades de diversidade cultural, identidade nacional, pluralismo e resolução de conflitos<sup>8</sup>; acima de tudo, pela diminuição da força reguladora do Estado-nação, uma relíquia diante do avanço das corporações transnacionais, da economia global e da informatização<sup>9</sup>.

7 Versão do Autor para o relato do desembargador Celso L. Limongi, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

8 Lourdes Arizpe, Elizabeth Jelín, J. Mohan Rao, Paul Streeten. *UNESCO World Culture Report 2000*. Parte I, Cap. 1.

9 J. F. Lyotard. *The Postmodern Condition: A Report on Knowledge*. Manchester: Manchester University Press, 1986.

Contudo, no nível da política (isto é, da “atividade de ajuntar e defender os amigos e desagregar e combater os inimigos” – Carl Schmitt) continua refulgindo com intensidade a conexão entre os elementos morais e pragmáticos dos metadiscursos – cujo elemento fulcral é a noção que determinados povos são *escolhidos*, “para que anuncieis as grandezas daquele que vos chamou das trevas para a sua maravilhosa luz” (*1 Pedro*, 2: 9), devendo por isso pastorear outras nações na busca de um mundo melhor. Por outro lado, para evoluir radicalmente e assumir características de confronto, o inimigo por excelência é sempre o *inimigo público*, definido a partir do interesse estatal e não exatamente por motivações de ordem cultural, moral ou jurídica.

É precisamente o interesse estatal que torna os metadiscursos um importante instrumento de estratégia política, de política externa em particular. Em maio de 1998, visando reduzir as oportunidades criadas para o crescimento do crime organizado pela globalização do comércio, pelo colapso da União Soviética e principalmente devido à internacionalização das chamadas “empresas criminosas italianas”<sup>10</sup> – que “evoluíram de grupos criminosos regionais baseados no sul da Itália à condição de entidades com ambições e capacidades globais”, na Europa, Austrália e Américas, atuando em estreita colaboração com grupos criminosos de origem asiática, eurasiática ou colombiana<sup>11</sup> – o governo dos Estados Unidos concebeu um plano para vencer a longo prazo o crime organizado internacional, de acordo com as seguintes metas:

- Estender as linhas de defesa nacionais além das fronteiras dos Estados Unidos;
- Proteger as fronteiras do país combatendo o contrabando na suas mais diversas formas;
- Negar asilo a criminosos internacionais;
- Combater crimes contra o sistema financeiro internacional;
- Prevenir exploração criminosa do comércio internacional;
- Responder a ameaças de crime internacional emergente;
- Fomentar cooperação internacional e o devido processo legal;
- Otimizar o máximo alcance dos esforços norte-americanos.

10 O termo não é fortuito e explica a evolução posterior, os complexos traços, políticos e institucionais, do crime organizado internacional: desde a segunda metade da década de 50 os mafiosos italianos se tornaram, pessoalmente ou através de comparsas, empresários de pleno direito, em particular na indústria da construção civil.

11 Federal Bureau of Investigation. *International Criminal Enterprises*. Relatório apresentado à União Europeia, 1994.

Entretanto, a Europa tentava redefinir a problemática do crime e do controle a partir de uma "lógica de segurança supranacional", adequada à "emergência de novos espaços e formas de criminalidade"<sup>12</sup>, reproduzindo a mesma doutrina aplicada na América Latina nos anos 70<sup>13</sup>. Estava em marcha a "Americanização" dos sistemas de justiça criminal do mundo ocidental: com efeito, em meados da década de 80, militares e serviços de inteligência dos Estados Unidos começaram a reordenar suas prioridades — não raro a contragosto — e a dar mais atenção ao tráfico de drogas e à lavagem de capitais, que até então ignoravam, a não ser quando servissem a seus próprios desígnios.

A "guerra das drogas" transformou a DEA [*Drug Enforcement Administration*] em polícia internacional. Serviu de argumento para que as polícias federais dos EUA (incluindo o FBI e a polícia de alfândega) expandissem suas atividades no exterior; ocupou a maior parte do tempo da divisão de assuntos internacionais do Ministério da Justiça, e deu à CIA e outros serviços de inteligência atribuições na área de segurança pública. Possibilitou aos militares norte-americanos desempenhar o papel de agentes de segurança pública, ensejando a criação de forças mistas de militares e policiais encarregados da repressão ao tráfico na América do Sul. Serviu como principal argumento para a invasão do Panamá. Propiciou a introdução de importantes alterações na legislação dos países da América Latina<sup>14</sup>, segundo o ponto de vista norte-americano de combate às drogas. Apressou a negociação e renegociação de dezenas de tratados de extradição, bem como numerosos acordos de assistência jurídica mútua. Estimulou convenções globais sobre controle de drogas, incluindo uma de 1988 na qual a ONU estabeleceu o nível de cooperação entre os governos em questões de segurança pública. Compeliu diversos governos estrangeiros a mudar suas leis de sigilo bancário e empresarial. Acima de tudo, passou a exercer profunda influência sobre o modo de investigação criminal em muitos países, diminuindo resistências internas às iniciativas do exterior. Indubitavelmente, sem a "guerra das drogas" o envolvimento dos Estados Unidos na segurança global seria hoje muito menor.<sup>15</sup>

Na verdade, não fosse a tal "guerra" certamente seria qualquer outra coisa. Nos anos 70 a "promoção da democracia e dos direitos humanos", por exemplo, foi o elo causal preferido para a criação de "um ambiente internacional mais propício aos interesses culturais, econômicos

12 André-Jean Arnaud e Wanda Capeller. A força do Estado à face da globalização. Em *Sociologia e Direito* (org. C. Souto e J. Falcão), Rio: Pioneira, 1999:238.

13 Wanda Capeller. *L'engrenage de la répression. Strategies sécuritaires et politiques criminelles*. Paris: LGDJ, 1995.

14 Por exemplo, no Brasil, o capítulo II ("da proteção aos réus colaboradores") da lei n.º 9.807 (13.6.1999).

15 Ethan A. Nadelmann. The Americanization of Global Law Enforcement: The Diffusion of American Tactics and Personnel. Em *Crime and Law Enforcement in the Global Village* (org. W. F. McDonald). Highland Heights: ACJS/Anderson, 1997: 126.

e políticos dos EUA”<sup>16</sup>. Mais recentemente, “facilitada pela globalização e o avanço tecnológico”, a luta contra o crime organizado internacional passou a ser o mais “significativo desafio aos Estados Unidos, governos democráticos e economias de livre mercado de todo o mundo”<sup>17</sup>. As duas são versões atualizadas de um mesmo metadiscurso que reflete a disposição dos Estados Unidos de intervir nos assuntos internos de outras nações, segundo uma lógica centenária – não exclusiva a Bush (filho), Clinton, Reagan, Bush (pai) ou Carter, mas “fundamento da visão mundial de muitos presidentes americanos operosos, dentre os quais Woodrow Wilson e Harry S. Truman”<sup>18</sup> – calcada em uma mistura de elementos morais e pragmáticos que ressaltam o interesse estatal de buscar o confronto com determinado, transitório, tipo de inimigo comum.

O palco inicial foi, como sempre, a América Latina, e o *script* a “Doutrina Monroe”, formulada em 1823 para distinguir Europa e Novo Mundo como dois sistemas diversos que deveriam permanecer esferas de influência distinta. Essa fórmula, constantemente reproduzida desde então, enfatizava três pontos: os Estados Unidos (1) não interfeririam nos assuntos internos ou guerras entre países europeus; (2) reconheciam as colônias européias já existentes no Hemisfério Ocidental (a saber: o subcontinente latino-americano), mas o declaravam fechado a novas investidas de colonização; e (3) considerariam toda tentativa européia de oprimir ou controlar qualquer nação do subcontinente como um ato de agressão, lesivo aos próprios Estados Unidos. No princípio, como seria de se esperar, a tal declaração não passou de mera bazófia. Não impediu, por exemplo, que os ingleses ocupassem as Ilhas Malvinas (1833) ou que interferissem à vontade nos assuntos internos das nações latino-americanas. Também de nada valeu quando a França armou no México um império de opereta.

No século XX, porém, os Estados Unidos assumiram definitivamente seu papel de potência emergente. Em 1904 o presidente Roosevelt adicionou um “corolário” à doutrina: em casos “crônicos de flagrante má conduta”, qualquer país da América Latina poderia sofrer intervenção norte-americana. Justificativa moral e pragmática: as potências européias não deveriam mais resolver seus assuntos na América Latina por meio de canhoneiras. O “corolário” foi consequência direta da segunda guerra de independência cubana, iniciada em 1898, na qual, além de 200 mil soldados espanhóis, estiveram envolvidos, a partir de 1898, forças militares dos Estados Unidos. A declaração de independência em 1899 seguiu-se um período de ocupação norte-americana, para “restabelecer a ordem” e a obtenção, pelos Estados Unidos, em 1901, do privilégio de

16 Paula J. Dobriansky. Human Rights and U.S. Foreign Policy. *The Washington Quarterly*, vol. 12, nº 2, 1990.

17 Gabinete do Presidente dos Estados Unidos. *International Crime Control Strategy*. Washington, 2000, (relatório)

18 Paula J. Dobriansky. op. cit.

supervisionar os assuntos internos e externos de Cuba, assim como estabelecer uma base militar na Baía de Guantánamo.

Os resultados da Doutrina Monroe e seu "corolário" até hoje repercutem de modo profundamente negativo nas relações entre Estados Unidos e Cuba. O advento de Fidel Castro e do comunismo foi apenas mais um trágico *faux pas* na longa e infeliz trajetória (que por um triz não termina em guerra nuclear nos anos 60) do metadiscurso norte-americano de política externa e segurança pública. Em decorrência, sem jamais renunciar aos seus privilégios de propriedade e influência política no subcontinente, a partir da década de 30 os Estados Unidos passaram a implementar intervenções por meio de "consultas" (conselhos, pareceres, pedidos de esclarecimento) dirigidas a países ou à Organização dos Estados Americanos, criada como esse objetivo em 1948.

### PARADIGMAS: BUROCRACIA E SUPERESTRUTURA

Mesmo porque para elaborar e aplicar leis falta ao sistema político e jurídico internacional um organismo máximo (Kelsen dizia que a ordem internacional é "primitiva", pois as normas do Direito Internacional são criadas e aplicadas pelos mesmos sujeitos à lei), é praxe olhar a política externa não como um sistema, mas como objetivos atribuídos a nações específicas ou a determinados líderes. Os objetivos de política externa de uma nação são vistos, portanto, como metas distintas, analisadas à parte dos objetivos da política interior. O que os atores almejam está situado fora do país e resulta da interação entre pessoas e organizações (normalmente intragovernamentais) na formação de estratégias e na negociação de uns com os outros, em um confronto onde cada qual procura realizar e maximizar seus propósitos particulares. É o paradigma *burocrático*, modo convencional de encarar política externa e resolver problemas internacionais que enfatiza a posição e as atitudes dos servidores públicos diretamente ocupados com as decisões e ações de política externa e a segurança nacional.

[Contudo,] o fato de pertencer à [essa] burocracia determina substancialmente as percepções e objetivos dos participantes, transportando a sua atenção da arena internacional para o terreno intranacional e, em especial, para interesses de natureza intraburocrática. Por isso ... o enfoque nos objetivos internacionais de um Estado é essencialmente desorientado, pois a regra é a atenção dos participantes estar sempre voltada para metas de conteúdo doméstico.<sup>19</sup>

19 Por conta disso, a paz no Vietnã foi adiada para depois das eleições presidenciais americanas de 1972 e os habitantes de Hanói sofreram um dos mais terríveis bombardeios aéreos da história. Morton H. Halperin e Arnold Kanter. *Readings in American Foreign Policy*, Boston: Little, Brown and Co., 1973: 3.

A partir dessa perspectiva as mudanças no cenário internacional representam apenas um dentre tantos motivos aos quais estão submetidos os participantes no processo de política externa. São provavelmente o motivo mais frágil e menos importante, uma condição hoje em dia racionalizada através de uma máxima curiosa (“no mundo globalizado uma nação é tão forte quanto o seu elo mais fraco”), para justificar a necessidade de se contar com o apoio de todos na luta contra a influência corruptora do crime internacional<sup>20</sup>. Implica, ademais, no hábito de explicar e prever as decisões e ações das outras nações em termos de decisões e ações de burocracias, que afetam os interesses e os objetivos das burocracias em outros países.

O paradigma burocrático minimiza intenções e resultados, efeitos inesperados ou indesejáveis. Do mesmo modo, aplicado à produção das normas do Direito Penal, dispensa obediência rigorosa a procedimentos, a menos que sejam necessários e desejáveis aos indivíduos ou grupos interessados na sua promulgação. Esses atores – geralmente membros de organismos estatais – “fazem” regras e leis de acordo com a sua visão das coisas. Confiando na sua determinação, capacidade de organização e mobilização, acesso aos meios de propaganda e ao poder político, “vendem” a sua própria concepção de moralidade pública aos guardiães da máquina legislativa. “Mercadores da moralidade”, tentam convencer a sociedade que as leis devem servir a valores que ela mesma reconhece como sendo bons ou desejáveis. Nesse sentido, tratam de persuadir segmentos importantes e influentes da opinião pública, sensibilizando-a acerca da urgência da legislação que pretendem, ao mesmo tempo que procuram neutralizar as objeções dos prejudicados.

Esse enfoque foi originalmente descrito por meio do processo que levou à aprovação, nos Estados Unidos, do projeto de lei que qualificou como delito grave o porte e a venda de maconha<sup>21</sup>. Até então (1937) a tal droga não era considerada um problema social, apesar de já existir legislação que regulamentava a sua utilização. Os “mercadores”, porém, queriam muito mais, ver a droga banida. Como não havia reconhecimento espontâneo dos males que ela causava, tornou-se indispensável montar um empreendimento moral de grande envergadura, para criar um sentimento de urgência e alarme em torno da maconha. Assumiu essa tarefa uma repartição do Departamento do Tesouro dos Estados Unidos, o *Federal Bureau of Narcotics*, que na época reunia a maior parte do conhecimento e muita experiência na luta contra as drogas.

O FBN começou veiculando uma imagem da maconha como substância que causa dependência e debilidade física e moral, cuja

20 William Clinton. UN-50 Charter Ceremony, San Francisco: War Memorial Opera House (discurso), 1995.

21 Howard S. Becker. *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*. Nova York: Free Press, 1963.

utilização atenta contra o bem-estar da população como um todo – “a essência dos delitos de tráfico e uso ilícito de drogas está na lesão ao interesse jurídico da coletividade, que se consubstancia na própria saúde pública, não pertencendo aos tipos incriminadores a lesão ou perigo de dano a eventual objeto material particular das pessoas ...”<sup>22</sup>. Assim, por meio de publicidade, escorada na autoridade da própria repartição e no prestígio de especialistas aliciados pelo próprio FBN, o Congresso acabou formando uma comissão especial: o projeto do FBN foi aprovado praticamente sem oposição (os representantes dos consumidores, por exemplo, jamais compareceram a qualquer das audiências públicas), essencialmente como medida tributária, que regulava a compra, venda e porte de maconha, mas que na verdade criminalizava a droga.

Mas existe um outro modo de conceber sistemas de controle, que os imagina como *subsistemas culturais*, parte de uma dimensão agregada de elementos integrados lógica e significativamente, aglomerados em torno de certas premissas fundamentais (hipóteses sobre a natureza e o sentido da realidade, o ser humano, as idéias de Bem e Mal, as fontes da verdade), comuns (subtendidas) em todos os demais segmentos da cultura (as artes, a filosofia, a literatura, a religião etc.). Se mudam as premissas da cultura muda também o Direito Penal, em relativa harmonia embora não de modo mecânico, mesmo porque cada segmento da cultura tem sua “margem de autonomia”, atinge estágios superiores antes ou depois dos demais, ostenta elementos únicos e, de modo não idêntico, deixa-se afetar por determinados fatores.<sup>23</sup> Esse paradigma aferra-se ao *caráter geral do Direito* que vigora em uma determinada época e às mudanças a que se submete de um período histórico para o subsequente; a legislação vigente e os padrões culturais dominantes estão logicamente relacionados e significativamente integrados: os legisladores não são nada além de instrumentos pelos quais a mentalidade cultural se exprime através de regras jurídicas específicas. Ao revés, o primeiro paradigma está quase inteiramente voltado à forja de *leis particulares*, que os homens fazem a partir da sua própria perspectiva, sem necessariamente reproduzir as características gerais da cultura, somente determinados padrões, preponderantes mas extremamente variáveis, por vezes obscuros, geralmente ambíguos e suscetíveis a pressão ou persuasão.

Justamente nesse particular observa-se hoje em dia uma “certa tendência do poder político de valer-se do Direito Penal para demagogicamente elevar determinada conduta à categoria de crime ou, de outras vezes, qualificar como hedionda a conduta já tipificada como crime. Em suma, a intenção indisfarçável do poder político se prende a tranquilizar a sociedade civil, afetando preocupação com a criminalidade e dando solução simbolicamente adequada, sem, no entanto, impor medidas fora

22 Damásio E. de Jesus, *Lei Antitóxicos Anotada*, São Paulo: Saraiva, 1997: 17.

23 Pitirim A. Sorokin, *Social and Cultural Dynamics*, Nova York: American Book, 1937: vol. II, cap. 15 (Fluctuation of Ethicojuridical Mentality in Criminal Law).

do âmbito penal (extrapenais), que efetivamente solucionassem a conduta que se pretendia evitar<sup>24</sup>. O que se pretende é, em nome da *defesa social*, justificar uma noção *substancial* do crime, cuja adoção implicaria punição das “condutas perigosas, mesmo que não expressamente incriminadas pela lei”, deixando sem castigo as condutas expressamente incriminadas, caso não sejam consideradas socialmente perigosas.

[Entretanto] é o princípio da legalidade formal ... que evita o arbítrio do Executivo e do Judiciário, assegurando a certeza do Direito e da igualdade jurídica, possibilitando uma função garantidora do cidadão. A essa grande conquista do Direito liberal não se pode renunciar, ainda que se possam apresentar contrastes entre o Direito Penal e a realidade social, em mutação contínua, a reclamar não raro uma defesa social mais eficaz”.<sup>25</sup>

### CONTROLE: COOPERAÇÃO E CONFLITO

De acordo com a perspectiva burocrática os contrastes entre a realidade social e o Direito Penal devem ser atribuídos aos interesses e às atitudes de atores – membros da comunidade de segurança pública – que procuram impor suas percepções e maximizar seus objetivos particulares, “lidando” com a Justiça Penal como se fosse um “ambiente” onde amiúde encontram “obstáculos” (dentre os quais o próprio Direito) interpostos por outros atores, conterrâneos ou estrangeiros. Em relação a esses últimos, do ponto de vista dos agentes de segurança pública norte-americanos os obstáculos têm sido (1) limites estabelecidos por governos estrangeiros a suas técnicas de investigação, e (2) a proverbial vulnerabilidade dos servidores públicos desses países à corrupção, desafios que “os agentes da DEA têm respondido adaptando-se às normas estrangeiras e, mais importante, convencendo os agentes dos sistemas locais a adotar os métodos e modelos dos policiais norte-americanos”<sup>26</sup>.

Repetindo: a visão burocrática encara diferenças como sendo fundamentalmente diferenças entre nações. Assim, apesar de haver consenso quanto à seriedade do problema do crime organizado internacional, por exemplo, o modo pelo qual americanos e europeus pretendem enfrentar o desafio é inteiramente diverso: na Europa a preferência é firmar acordos políticos e econômicos, deixando para depois as questões da segurança pública.

24 Celso L. Limongi. O Devido Processo Legal Substantivo e o Direito Penal. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, vol. 2, n.º 1, 2001: 151-2. De modo similar, em 1987 a Suprema Corte norte-americana alertou que “a intenção legislativa não se efetiva, mas frustra-se quando se supõe que *nada* que promove o objetivo primordial de um estatuto deve se transformar em lei”. *Rodriguez v. United States*, 480 U.S. 522.

25 Paulo J. da Costa Jr. *Curso de Direito Penal* (vol. I). São Paulo: Saraiva, 1992: 29.

26 Ethan A. Nadelmann. *op. cit.*, p. 127.

Por exemplo, o acordo supranacional que resultou na criação da Europol [polícia europeia "antimáfia"] contém artigos extremamente problemáticos acerca de privacidade e intercâmbio de dados pessoais, pois exigem que terceiros países, como os Estados Unidos, utilizem exatamente os mesmos critérios e mecanismos de proteção à privacidade vigentes na União Europeia. Na opinião da comunidade de segurança pública, a Europol inclina-se demasiadamente a favor das garantias de intimidade, inclusive porque coloca obstáculos ao intercâmbio de informações pessoais, ingrediente crítico nas investigações criminais. Por exemplo, quando se pretendeu criar um cadastro comum de veículos roubados, tarefa inviabilizada porque poderia expor os dados pessoais dos legítimos donos dos carros. Outro exemplo: a montagem de um cadastro de crianças desaparecidas foi atrapalhada pela exigência de autorização da parte das próprias crianças desaparecidas, não necessariamente seqüestradas.<sup>27</sup>

As diferenças não param aí. As diretrizes de segurança pública da União Europeia podem parecer "vagas", mas o principal motivo de diferenciação é o "sistema de legalidade variável" que vigora no continente. Por exemplo, "crime organizado de tipo mafioso" é infração só na Itália, onde, assim como na Alemanha, os processos criminais são obrigatórios (nos demais são apenas discricionários). Outro exemplo: somente os Códigos penais alemão, italiano e português qualificam como crime a fraude ou estelionato "comunitário". Mais um: na Holanda não se tolera intercâmbio de informações criminais, se as autoridades entenderem que isso atenta contra as garantias individuais dos seus cidadãos.

Pode haver muitos motivos para reclamar de um sistema que deveria operar como se fosse único, dentre os quais o próprio processo de integração, que estaria tornando os europeus ainda mais regionalistas, menos atentos ao espaço transatlântico, ao fato de que "em termos de criminalidade as maiores ameaças estão vindo da África e da América Latina", incapazes de entender que é preciso constituir uma instituição internacional para tratar dos assuntos da segurança pública – o que, na verdade, constitui uma aberração do ponto de vista do Direito Internacional. Consequentemente, não só os Estados Unidos como também na própria Europa, vários organismos nacionais de segurança pública relutam em adotar a filosofia da Europol, "uma instituição erigida de cima para baixo".

No entanto, "apesar das cacofonias, parece que a cooperação europeia na área de controle está a construir-se mais depressa que a cooperação econômica e social"<sup>28</sup>, uma impressão que se justifica devido a ocorrência de importantes mudanças nas últimas décadas:

27 William F. McDonald. *Law Enforcement Cooperation and Tension in the Transatlantic Space*. Castelgandolfo, 2000.

28 André-Jean Arnaud e Wanda Capeller. *op. cit.*, p. 245.

Mudanças *institucionais* (em menos de 20 anos na maioria dos países europeus desmontaram forças policiais e promotores especializados no combate ao narcotráfico<sup>29</sup>);

Mudanças *operacionais* (no mesmo período grande parte da comunidade de segurança pública europeia adotou procedimentos de combate ao crime organizado — infiltração dos bandos criminosos, “entregas controladas” de carregamentos de drogas, escutas clandestinas (não necessariamente telefônicas) e promessas de imunidade ou redução de pena para informantes — há muito consagrados nos Estados Unidos, mas ilegais até mesmo do ponto de vista do Direito americano);

Mudanças *jurídicas* (no final da década de 80 muitos procedimentos da DEA passaram a ser adotados pelas polícias europeias e não raro autorizados, portanto legalizados, por magistrados e legisladores)<sup>30</sup>.

No recente desenvolvimento da cooperação europeia na área do controle da criminalidade, nada ilustra melhor a influência do estilo norte-americano de “pegar bandidos” que as operações de infiltração de organizações criminosas, condenadas na Europa não apenas porque atentam contra o princípio da legalidade, mas também os *agents provocateurs*, tão úteis quando os governos quiseram se livrar de seus opositores. Nos Estados Unidos, por outro lado, um princípio segundo o qual “atos que seriam considerados criminosos se executados por um cidadão, podem ser justificados e não constituir infração à lei se executados por agente estatal, no exercício razoável do poder de polícia”, há décadas vem sustentando a interferência proativa dos agentes de segurança pública<sup>31</sup>.

Mas apesar da antipatia e das restrições — um agente policial não deve, sob a alegação de estar participando de uma investigação, aceitar gratificação ou subornar políticos ou funcionários suspeitos de corrupção; não deve servir de intermediário ou comprar mercadoria roubada, com a desculpa de reunir provas contra marginais; não deve desempenhar o papel de traficante interessado em comprar drogas ilegais — já a partir dos anos 50 agentes norte-americanos (do FBN e da Divisão de Investigações Criminais do exército) vinham infiltrando organizações criminosas europeias e aliciando informantes, até mesmo como parte de operações políticas.

No início, confiando nos seus contatos pessoais, um punhado de agentes do FBN estacionados na Europa conduziram casos usando suas próprias táticas, mas sem tentar mudar o sistema judiciário local. Com a

29 Igualmente no Brasil, onde a lei 9.034, de 3.5.1995, regulamentou a “utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”.

30 Ethan A. Nadelmann. op. cit, pp. 127-8.

31 R. I. Blecker, *Beyond Undercover in America — Serpico to ABSCAM*. *New York Law School Law Review*, 1984. G. T. Marx. *Undercover: Police Surveillance in America*. Berkeley: University of California Press, 1988.

expansão da presença de agentes de segurança pública norte-americanos, nos anos 70 seus sucessores passaram a convencer os colegas europeus a adotar táticas de infiltração no decurso de investigações sobre tráfico de entorpecentes – não porque estivessem convencidos da superioridade delas, mas por uma questão de preferência institucional pela infiltração.

À medida que a rede se desenvolvia os agentes da DEA começaram a defender as vantagens da infiltração também nos escalões mais elevados dos sistemas europeus de segurança pública. Escreveram relatórios a promotores de justiça, magistrados e legisladores, sugerindo mudanças necessárias para acomodá-las, sem contudo deixar de acentuar que não atentavam contra a letra da legislação vigente ou que esta deveria ser modificada ou reinterpretada para que fossem legalizadas. Como a princípio as táticas eram desaprovadas, por serem questionáveis ou inteiramente ilegais, a DEA cooptou policiais e promotores locais para ajudar na tarefa. Os alemães foram os primeiros a se convencer e de um modo bem menos inibido que os demais europeus. Em 1991 a maioria das restrições legais na Alemanha foram eliminadas quando se decidiu que infiltração poderia ser empregada com a aprovação de um promotor de justiça, mas somente em último caso. Na maioria dos países, porém, o procedimento permanece controverso. A Comissão Europeia de Direitos Humanos já se pronunciou a favor da infiltração, mas subsiste considerável resistência na Itália, na Espanha e na França, apesar de a tendência geral ser a ampliação das operações que a utilizam.<sup>32</sup>

### NEOCRIMINALIDADE

Diante desses desenvolvimentos a postura dos acadêmicos tem sido decepcionante, contemplativa, ou na melhor das hipóteses, meramente descritiva. A causa provável é o enfoque paroquial da Criminologia e dos estudos sobre sistemas de justiça e segurança pública. Felizmente, já teve início um debate acerca da viabilidade de uma nova disciplina (a Criminologia Global) que emerge preocupada em ajustar conceitos e práticas de pesquisa à “realidade de um espaço-tempo mundial comprimido, bem como aos problemas de criminalidade e justiça engendrados por tal situação”, encarando-os como questões “intersocietais” (definidas, do ponto de vista operacional, à medida que a criminalidade atravessa fronteiras nacionais) e “potencialmente globais” no que diz respeito à sua lógica de operação e controle.<sup>33</sup>

Nesse particular, problemas até aqui tratados como sendo meramente secundários, sob o enfoque global tornaram-se cruciais. É o caso do

32 Ethan A. Nadelmann. *op. cit.*, pp. 131-4. (texto condensado)

33 William F. McDonald. *Crime and Justice in the Global Village: Towards Global Criminology. Em Crime and Law Enforcement in the Global Village* (org. W. F. McDonald), Highland Heights: ACJS/Anderson, 1997: 4, 8.

“deslocamento da criminalidade”, fenômeno de múltiplas formas e propriedades, como a *dispersão*, que torna praticamente impossível distinguir as mudanças provocadas por criminalidade disseminada dos padrões rotineiros aos quais os especialistas estão acostumados. Por isso, incapaz de entender a dispersão a maioria deles simplesmente afirma que o deslocamento da criminalidade não constitui um problema relevante, quem sabe até inexistente<sup>34</sup> ou, quando muito, sem conseqüências, graças aos “efeitos multiplicadores”<sup>35</sup>, à “difusão de benefícios”<sup>36</sup> das medidas de prevenção local bem executadas.

Na verdade, o deslocamento representa hoje em dia uma das condições básicas do crime organizado, ao lado das características que resultam de suas relações com a política (crime institucionalizado e instituições criminosas passam a atuar dentro do aparelho estatal, como ocorreu originalmente na Itália – e agora também em muitas outras paragens) e com a própria estrutura social (o crime organizado como uma ampla coalizão “democrática” com espaço para todas as classes, mas avessa a reformas e transformações, sob a dominação dos segmentos mais ricos e influentes da *borghesia mafiosa*,<sup>37</sup> uma alta classe média composta de políticos, funcionários públicos e empresários vivendo no mundo *chiaroscuro* da legalidade/ilegalidade).

Acima mencionamos pelo menos um caso importante de deslocamento, que levou o crime organizado a estender sua influência e atividades além do Mediterrâneo, em parte devido ao famoso processo de “limpeza” iniciado com as investigações de Giovanni Falcone (juiz italiano morto juntamente com a esposa e três agentes de segurança, em maio de 1992), intensificados com o assassinato do juiz Paolo Borsellino e cinco guarda-costas, e em ainda curso quando do processo contra o ex-primeiro-ministro Giulio Andreotti. Embora heróicos, esses esforços foram meramente simbólicos, de vez que concebidos para lidar com o crime organizado a partir de medidas exclusivamente emergenciais, para dar a impressão que tudo pode ser resolvido com legislação severa e punição exemplar aos bandidos. Desgraçadamente, não apenas as muitas, longas e rápidas condenações que resultaram do maxiprocesso de Palermo foram reduzidas pela *Corte di Cassazione* (o Supremo Tribunal italiano), como também 88% dos mais de um bilhão de dólares confiscados às pressas dos chefes mafiosos, no prazo de um ano já haviam sido devolvidos.

34 Entre outros, T. GABOR. Crime prevention and Situational Crime Prevention. *Canadian Journal of Criminology*, 1990, 32: 41-74; J. E. ECK. The Threat of Crime Displacement. *Criminal Justice Abstracts*, 1993, 25: 527-46.

35 J. M. Chaiken, M. W. Lawless e K. A. Stevenson. *Impact of Police on Crime: Robberies on the New York City Subway System*. Nova York: New York City Rand Institute, 1974.

36 R. V. Clarke e D. Weisburd. Diffusion of Crime Control Benefits: Observations on the Reverse of Displacement. Em *Crime Prevention Studies* (org. R. V. Clarke) vol. 2, Monsey: Criminal Justice Press, 1994.

37 UMBERTO SANTINO, *La Borghesia Mafiosa*. Palermo: Centro di Documentazione Giuseppe Impastato, 1994.

Entrementes, no Brasil, a princípio apenas um "corredor" para o crime organizado colombiano fazer o transporte da cocaína à Europa, desenvolveu-se um modelo "enxuto" – brasileiros que trabalhavam para traficantes colombianos montaram suas próprias máfias – em decorrência do quadro caótico da Colômbia: país quebrado pela pior recessão das últimas décadas, governo a braços com insurreições armadas, rebeldes desempenhando papel de protagonistas no processo de produção e distribuição das drogas, e uma ampla operação militar para erradicar plantações e destruir laboratórios nas selvas (o "Plano Colômbia": batalhões do exército colombiano usam helicópteros, armas e estratégias fornecidas pelos norte-americanos para extinguir a fonte não só da maior parte da cocaína e heroína que entra nos Estados Unidos, mas também da verba que financia grupos guerrilheiros).

As máfias 100% brasileiras mantêm policiais, juízes e políticos em suas folhas de pagamento, têm um arsenal que chega a contar com mísseis antiaéreos. Resolvem problemas do modo corriqueiro: quem abre a boca, morre. Se, apesar da corrupção, os mafiosos são presos, um parente próximo ou um braço direito continua a tocar o negócio – a polícia nunca extermina o mal, apenas tira o mafioso de circulação. O tamanho de uma organização criminosa pode ser avaliado pelas empresas montadas para dar um aspecto legal ao negócio: quando o faturamento é baixo, basta uma pequena firma para esquentar o rendimento ilegal; quando a operação cresce muito, é preciso abrir várias empresas.

O surgimento dos barões do pó no Brasil acontece num momento em que o perfil do comércio da droga está mudando em todo o mundo. Na Colômbia a fase em que meia dúzia de cartéis comandavam o tráfico internacional está encerrada. Acabou após uma série de prisões ocorridas em 1996. No México, as máfias vêm sofrendo golpes sucessivos. Os cartéis se dividiram: "O negócio do tráfico trocou as grandes organizações por grupos mais enxutos", afirma um diplomata brasileiro que dirige uma pesquisa da ONU sobre a influência das drogas na economia mundial. Onde havia uma máfia grande surgiram cinquenta menores, individualmente com menos poder, mas no conjunto mais forte que nunca. O volume de cocaína traficada aumentou. A rede de distribuição da droga continua eficiente, lucrativa e ágil, fazendo a miséria de pobres e ricos.<sup>38</sup>

Há séculos o crime organizado é parte integrante da sociedade – desde quando o primeiro pirata começou a atender necessidades difíceis de satisfazer, contando para isso com a boa vontade dos comerciantes e o beneplácito das autoridades. O crime organizado não é um caso de polícia, é uma instituição, uma força cuja difusão – na forma de crime organizado do tipo máfia – está intimamente ligada ao crescimento da dimensão ilegal (subterrânea, ou melhor, *chiaroscuro*) das economias, mantendo com o

aparelho de Estado ligações *hostis e externas* (desafiando o monopólio do controle estatal sobre o sistema de justiça), mas ao mesmo tempo *internas e favoráveis* (participando ativamente da vida pública, de eleições e no funcionamento de algumas das mais importantes instituições sociais)<sup>39</sup>. Para enfrentar esse desafio não bastam, como vimos, novas instituições de controle ou o desenvolvimento de novos tipos de relacionamento entre as instâncias de controle existentes.

O crime organizado tradicionalmente tem resistido bem a todas as formas de controle sistêmico. Organizado regionalmente sobreviveu a regimes totalitários, ditaduras, operações militares, policiais e judiciárias, cujo impacto em tempos mais recentes resultou na sua difusão através de todo o mundo<sup>40</sup>. Por outro lado, a capacidade de controle do Estado a partir de uma perspectiva sistêmica e de desempenhar um papel generativo na estrutura social, realiza-se apenas por meio de políticas fiscais e monetárias, do desenvolvimento da infra-estrutura, de mudanças nas condições de vida via relativa redistribuição de riqueza, da produção de bens e serviços para compensar as deficiências do mercado etc. Ou seja, o Estado age apenas onde e quando os atores (em especial, as elites) são incapazes de implementar medidas sozinhos ou exercer controle suficiente para contrapor ou superar outras forças de reestruturação. Por sua vez, onde o poder generativo das elites é completo, a capacidade dos atores é plena e limitada apenas pela vontade — por exemplo, na promulgação das regras do Direito, campo das regras em cujo nome a sociedade reage contra desvios de conduta, executando sanções juridicamente estabelecidas — o controle estatal é pífio, ainda mais grosseiro em contexto de globalização<sup>41</sup>.

Sem embargo, até mesmo por determinações de hegemonia política, as comunidades de segurança pública não vão deixar de insistir de estratégias e procedimentos transnacionais de controle, em particular onde os interesses do crime organizado e a corrupção podem convergir com tanta facilidade a ponto de solapar a confiança da população na democracia e dar a impressão que governos eleitos democraticamente são incapazes de enfrentar criminosos e corruptos, dando vazão a propostas políticas radicais e à progressiva desintegração das instituições democráticas, incluindo o poder legislativo e o Judiciário.

---

39 Umberto Santino, *Fighting the Mafia and Organized Crime: Italy and Europe*. Em *Crime and Law Enforcement in the Global Village* (org. W. F. McDonald), Highland Heights: ACJS/Anderson, 1997: 159.

40 Parlamento Europeo, Commissione d'Inchiesta sulla Diffusione del Crimine Organizzato Collegato al Traffico di Sostanze Stupefacenti negli Stati Membri della Comunità Europea, 1991. (Progetto di Relazione)

41 Tom R. Burns e Walter Buckley (org.). *Power and Control: Social Structures and their Transformation*. Beverly Hills: International Sociological Association/Sage, 1976. André-Jean Arnaud e Wanda Capeller. op. cit., p. 232 e 236.

*Neocriminalidade* são atividades e percepções que solapam os padrões da sociedade (normas, modelos e valores), provocando um aumento desenfreado dos índices de criminalidade e uma desproporcional elevação dos gastos de segurança pública. É o crime que deixou de ser apenas "algo que o pobre faz e o rico não gosta", coisa de gente "feia, suja e malvada", para ocupar espaços que já não podem ser delimitados do ponto de vista moral, jurídico ou mesmo quantitativo. Instalou-se nos mercados de bens, serviços e capitais, na administração pública, extraindo lucros extraordinários, corrompendo governos, intimidando a população, eliminando quem lhe faz oposição, promovendo medo e desordem generalizados. As conseqüências são óbvias: vício, violência, criminalidade de todo tipo, desprezo pela autoridade constituída, aumento das despesas médicas etc. A neocriminalidade não é um problema moral, isolado ou emergencial, mas um dentre os muitos fatores que no mundo inteiro ameaçam hoje em dia a ordem democrática.<sup>42</sup>

Mas que democracia é essa, pela qual valeria a pena lutar (ou chorar)? Certamente não a que temos, na qual o Estado continua sendo "o mais frio de todos os monstros" (Nietzsche) e, o povo, mero aglomerado de indivíduos acovardados, simplesmente um conceito político (massa de cidadãos – ativos ou passivos, pouco importa – que compõem o eleitorado) e não um sistema de atos individuais determinados pela ordem jurídica. Com isso a noção de Estado de Direito – subordinação da autoridade a normas que delimitam esferas pessoais de ação, evitando arbítrio e despotismo – é relegada ao segundo ou terceiro plano e, o poder da própria autoridade, jamais inteiramente legitimado.

Para fazer frente a esse processo degenerativo, não basta, como queriam os velhos sociólogos, criar instituições para "abrigar o povo" e dar expressão ao "sentimento popular"<sup>43</sup>, ou obrigar o Judiciário a ser menos moroso e ficar "mais próximo do destinatário de seus serviços"<sup>44</sup>. Paternalismo à parte, a certeza nas instituições democráticas e a confiança no Estado denotam ordem no sentido de *unidade social*, uma "concepção pública, compartilhada por todos, compatível com a noção de cidadãos de um Estado democrático, indivíduos livres e com direitos iguais" – J. Rawls. Como tal, certeza e confiança são condições de legitimidade pela qual os valores, as idéias e os símbolos da civilização são institucionalizados, transpostos em formas concretas e aplicáveis (normas ou modelos) que exercem controle imediato sobre a ação e se institucionalizam no papel do magistrado, no aparelho judiciário, no ordenamento legal etc. Em lugar do sentido caracteristicamente autoritário, político e ideológico, pelo qual os

42 Pedro Scuro Neto. *Sociologia Ativa: Problemas Sociais e Fundamentos* (capítulo IV). São Paulo: Saraiva, 2001. (no prelo)

43 Cândido P. de Camargo, Fernando H. Cardoso, Frederico Mazuchelli, José Á. Moisés, Lúcio Kowarick, Maria H. T. de Almeida, Paul I. Singer e Vinícius C. Brant. *São Paulo 1975: Crescimento e Pobreza*. São Paulo: Loyola, 1976.

44 Cf. Paulo Costa Leite, ministro do Superior Tribunal de Justiça. *Consultor Jurídico*, 26. 6.2001.

sujeitos são conclamados a depositar confiança no Direito e dar crédito ao Estado, devem vigorar condições concretas, objetivas, para o *exercício legítimo e efetivo da autoridade*:

- em virtude dos valores fundamentais e das virtudes que a sociedade considera sagradas;

- por força da premissa que requer exercício racional e impessoal do poder;

- pela exigência de conduta respeitosa, humana e justa da autoridade em relação a *todos* os cidadãos;

- devido a autoridade precisar ser percebida como poder necessário para a realização de tarefas que a sociedade julga imprescindíveis.

Nesses termos, e exclusivamente nesses termos, para combater o crime organizado hoje em dia vale para o Estado a mesma lição do inesquecível Che Guevara aos revolucionários: *Dale donde más les duele: atrevete a crecer.*

## O ESPAÇO DO ESTAGIÁRIO



# GLOBALIZAÇÃO NO MUNDO CONTEMPORÂNEO: PARA QUEM?

---

\* RENATO NEVES

## · Conceito Histórico e suas Vertentes:

Nos dias atuais fala-se muito sobre *globalização*, se tornou rotina comentar sobre o tema nos recantos acadêmicos, na conversa informal com os amigos, nas mesas dos bares, nas associações de moradores e até mesmo nos encontros de caráter religioso, mas nem sempre essa palavra demonstra a clareza e a amplitude do conjunto diversificado dos fenômenos por ela abarcados. O grande debate sobre o tema está relacionado na sua *gênese*, seus *princípios*, de fato a temática possui um processo histórico fundamentado com a hegemonia da burguesia e com os desdobramentos da lógica capitalista que se rudimenta no início da *Idade Moderna* com a produção de mercadorias, a burguesia desencadeou uma necessidade de ampliar seus negócios em busca de maiores lucros, criando-se um mercado mundial pela integração de novos continentes.

De fato a *mundialização* tem se tornado mas contemporânea pelo seu processo de aceleração que se iniciou com a criação do mercado mundial, pelo fim da Segunda Guerra Mundial e sobretudo o fim da União Soviética depois desses fatos históricos aumentou se relevantemente o intercâmbio das economias regionais, e desse certa forma atravessando fronteiras até então fixadas.

## MAS AFINAL, O QUE É GLOBALIZAÇÃO?

Segundo a explicação prática e didática do respeitado *Eduardo Gianetti da Fonseca* esse fenômeno resulta da conjunção de três forças poderosas que são: "a terceira *Revolução Tecnológica* (tecnologias ligadas na busca de processamento, difusão e transmissão e informações; inteligência artificial; engenharia genética), seria pela formação de áreas de livre comércio formando os *blocos econômicos integrados* (*Mercosul, União Européia, Tigres Asiáticos, Alca e o Nafta*) e a crescente interligação e *interdependência* de mercados financeiros na escala planetária".

O jornal Francês "*Le Monde*" apresentou um dossiê lembrando "que o comércio entre nações é velho como o mundo, os transportes intercontinentais rápidos existem há vários decênios, as empresas multinacionais prosperam já faz meio século, os movimentos de capitais não são invenções recentes como a *televisão*, o *satélite*, o *fax* e a *informática*, na verdade o que seria novidade é a desapareição do único sistema que concorria com o capitalismo liberal em escala planetária, ou

seja o comunismo soviético, porque o fim do comunismo ocorreu expansão das empresas *transnacionais*\*

O que é importante destacar é que a globalização ainda é um conceito relacionado ao fenómeno financeiro, um grande exemplo é crise das bolsas, através de um simples toque no *lap top* bilhões de dólares pode ser deslocado de *Nova York* para *Hong Kong*.

## NAÇÃO, CULTURA E GLOBALIZAÇÃO

Tem sido um grande desafio para as *ciências sociais* analisar a globalização tendo como pano de fundo o *estado - nação*,\* é possível verificar o processo transformador da *sociedade nacional* que tem sido um paradigma clássico da ciência política da redefinição da *sociedade global*.

"As dez maiores corporações *transnacionais* (*Mitsubish, General Motors, Ford, Exxon, Shell etc*) faturam por ano US\$ 1.4 trilhão, o que equivale ao Produto Interno Bruto - somado!- de *Brasil, México, Argentina, Chile, Uruguai e Venezuela*."(*Jornal - O Globo/97*)

Mesmo sendo um leigo em matéria de economia global, não há quem não perceba que o crescimento do poder das corporações acarreta uma diminuição no poder tradicional dos estados nacionais. *Benedic Anderson* "observa que cerca de 90% da produção mundial ainda estão sendo consumidos nos países onde estão sendo produzidos." Os interesses econômicos nacionais, portanto, continuam existindo e continuam a ter peso decisivo: não se pode excluí-los autoritariamente da participação da vida política em nome da "*modernidade globalizadora*".

A "*globalização modernizadora*" é vista numa dimensão distorcida, a mídia enfoca a globalização como um alvo a ser seguido, como um *arquetipo*, um modelo impermeável de civilização dos últimos tempos, na realidade esses mesmos meios de comunicação não enfatizam que esse modelo globalizante é gerenciado por alguns atores e que esses aprofundam um grande abismo de graves desigualdades, favorecendo centros privilegiados e sacrificando áreas supostamente "periféricas" favorecendo os muitos ricos e prejudicando os pobres.

O antropólogo *Roberto Da Matta* analisa a identidade nacional à partir de dois pontos básicos da antropologia cultural: a *difusão* e a *culturação*. Segundo ele "a *difusão* fala de um processo empírico, na qual uma entidade cultural sai de um sistema, como as regras do Partido Comunista Russo ou a Constituição Americana, sendo adotado noutro lugar (sociedade). A *aculturação* se refere ao modo pelo qual um certo dado ou entidade cultural vindo de fora é reinterpretado por um sistema, e no processo, como seu significado pode mudar porque ele pode ser redefinido em termos de cultura local.

É possível termos uma visão mais apurada da globalização através dos conceitos defendidos pelo antropólogo, nem tudo que é moderno, interessante em uma determinada sociedade, será também na outra, como diz o dito popular "nem tudo que reluz é ouro", a aculturação numa visão menos inocente é a reinterpretação de entidades culturais, é uma troca, isto é, um intercâmbio que pode assumir várias performances em cada entidade

"Trocando em miúdos" sobre o *estado - nação* de fato o que acontece majoritariamente é o "declínio do estado - nação" e quando me refiro ao declínio pretendo deixar claro o "perfil do estado - nação" diante da conjuntura global na qual os estados periféricos serão obrigados a aceitar, compartilhar, decisões provenientes de outros centros mundiais. Os estados nações principalmente os estados periféricos estão possuindo novas atribuições, diferenciadas de todas aquelas no início da Idade Moderna. É necessário repensar a postura da sociedade nacional diante da globalização, e analisar seus desafios permanentes nessa nova ordem mundial. A mundialização ela começa em um determinado local e se difunde sem precedentes de acordo com os interesses de um grupo específico da sociedade global que busca através desse conceito manter um novo conceito de hegemonia.

#### • Desafios da Globalização

A globalização é um fenômeno irreversível, é algo presente em nosso cotidiano, a grande questão é: De que maneira os países iram lidar com essa realidade? Se as consequências desse processo foge do poder internacional.

Segundo *Samuel Huntington* "as grandes potências são conformatoras da Nova Ordem Internacional, são eles que decidem a economia mundial através de um diretório formado por **EUA, Alemanha e Japão**", na verdade esses países mantêm relações estreitas impedindo a participação de outros países e concentrando seus oligopólios, seus bancos globais e alguns poucos governos nacionais, a globalização é um fato irreversível que se baseia na realidade política, econômica, cultural, que flui abundantemente dessas grandes potências. As grandes consequências desse processo são:

- a) O *desemprego* que tende aumentar, independente do ritmo de crescimento da economia mundial até a entrada do milênio;
- b) O desemprego somado aos *movimentos migratórios*;
- c) A instabilidade pela *desregulação bancária* e dos mercados de capitais;

d) Após os anos 80 surgiu uma imensa *concentração* pessoal e regional de riqueza controlado por um *número limitado de empresas multinacionais*;

e) Numa economia já globalizada e desregulada fica extremamente difícil conceber e implantar uma política industrial.

f) Nessa ordem internacional não pode ficar fora da agenda nacional buscar respostas para a *estabilidade econômica, responder o desafio social da miséria e violência, reconstruir o estado e contribuir para a retomada de crescimento*.

permite-se globalizar o capitalismo de fato: pelo aumento de fluxo de capitais e produção.

Todos nós estamos desafiados pelos dilemas e horizontes nesse conceito global, essa realidade global que integra e simultaneamente fragmenta, submete as tribos e nações, coletividades e nacionalidades, grupos e classes sociais, trabalho e capital, etnias e religiões, sociedades e natureza fazem que parte dessa sociedade global.

\* Renato Neves de Oliveira, 26, é estudante de Direito da PUC – Rio, com ênfase em Relações Internacionais, atua na 4ª Vara da Justiça Federal em Niterói, é palestrante e consultor da EDUCAFRO (ONG.) escrevendo artigos na área da educação, elabora artigos e tem palestrado sobre atendimento e qualidade total no Banco Itaú.