

Revista
ESMAFE

Escola de Magistratura
Federal da 5a. Região

TRF 5a. Região
Recife – Pernambuco
Nº 3 – 2002

EDITORIA

**SECRETARIA EXECUTIVA DA ESMAFE – 5a.
Humberto Vasconcelos – Secretário Executivo
Nancy Freitas – Supervisora**

IMPRESSÃO

**Indústrias Gráficas Barreto Limitada
Av. Beberibe, 530 - Encruzilhada
52041-430 - Recife - PE
graficabarreto@zaz.com.br**

TIRAGEM

1.000 exemplares

CAPA

André Gonçalves Garcia

REVISTA ESMAFE – 5a.

**ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO
RUA DO BRUM, 216 – BAIRRO DO RECIFE
50030-260 – RECIFE – PE
esmafe@trf5.gov.br**

**ESCOLA DE MAGISTRATURA
FEDERAL DA 5a. REGIÃO**

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
Desembargador Federal
Diretor da ESMAFE

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5a. REGIÃO

DESEMBARGADORES FEDERAIS

FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS
Presidente

UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE
Vice-Presidente

FRANCISCO DE QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI
Corregedor Regional

RIDALVO COSTA

JOSÉ DE CASTRO MEIRA

PETRÚCIO FERREIRA DA SILVA

JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES

NEREU PEREIRA DOS SANTOS FILHO

JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA

MARGARIDA DE OLIVEIRA CANTARELLI
Diretora da Revista

JOSÉ BATISTA DE ALMEIDA FILHO

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
Diretor da ESMAFE

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA

PAULO DE TARSO BENEVIDES GADELHA

Sumário

Editorial	7
Tendências do Direito Constitucional Brasileiro	9
<i>Ministro Carlos Alberto Menezes Direito</i>	
Por Uma Justiça Mais Célere e Humana	25
<i>Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante</i>	
Considerações Sobre a Chamada Redistribuição Recíproca ou Redistribuição por Permuta	35
<i>Desembargador Federal José de Castro Meira</i>	
Inovações no Processo Civil em Matéria Recursal Considerações Sobre a Lei Nº 10.352/01	43
<i>Desembargador Federal Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti</i>	
Ideologia e Política do Sistema Jurídico e suas Correlações com o Direito de Recorrer	53
<i>Desembargador Federal Napoleão Nunes Maia Filho</i>	
Sou do Recife	69
<i>Desembargadora Federal Margarida de Oliveira Cantarelli</i>	
O Instituto e a Ordem dos Advogados Brasileiros	83
<i>Desembargador José Antônio Macedo Malta</i>	
A Democracia Participativa como Alternativa Constitucional ao Presidencialismo e ao Parlamentarismo	91
<i>Professor Doutor Paulo Bonavides</i>	
A União Européia e a “Europeização” do Direito Constitucional dos Estados Membros	111
<i>Professor Doutor Sérvulo Correia</i>	
Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade	125
<i>Professor Doutor J. Oliveira Ascensão</i>	
A Produção de Provas e o Poder Criador do Juiz no Juizado Especial Federal	147
<i>Juiz Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho</i>	
Direito Adquirido e Leis de Ordem Pública	163
<i>Juíza Federal Joana Carolina Lins Pereira</i>	

A Teoria dos Princípios para a Solução do Conflito entre o Direito de Propriedade e o Meio Ambiente	189
<i>Juiz Federal Raimundo Alves de Campos Júnior</i>	
Efeitos Gerais dos Recursos e Julgamentos dos Pleitos Recursais	221
<i>Bacharela Flávia Romero Campos</i>	
A Efetividade do Processo, o Contraditório e a Ampla Defesa	235
<i>Professora Bruna Maria Jacques Freire de Albuquerque</i>	

EDITORIAL

Aqui está o terceiro número da Revista da ESMAFE – 5a., cumprindo a rotina que se impôs a Direção da Escola de Magistratura Federal, de oferecer à Magistratura Regional e a toda a comunidade jurídica que labora nesta área do território brasileiro o registro de parte de sua produção cultural.

Este presente número divulga alguns trabalhos de grande destaque do Seminário Internacional “Novos Rumos do Direito Constitucional na União Européia e no Brasil”, realizado no Tribunal Regional Federal da 5a. Região sob a coordenação de seu ilustre Presidente, Desembargador Federal Geraldo Apoliano, com o apoio da Associação Regional dos Juizes Federais da 5a. Região, os trabalhos de coordenação administrativa da Escola de Magistratura e o patrocínio da Caixa Econômica Federal.

Integraram aquele Seminário as conferências do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (Tendências do Direito Constitucional Brasileiro) e dos Professores Paulo Bonavides (A Democracia Participativa como Alternativa Constitucional ao Presidencialismo e ao Parlamentarismo), Sérvulo Correia (A União Européia e a “Europeização” do Direito Constitucional dos Estados Membros) e José de Oliveira Ascensão (Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade).

Abre espaço também, o presente número, para a discussão da atualíssima temática em torno dos Juizados Especiais Federais, divulgando dois trabalhos apresentados em atividade promovida pela ESMAFE-5a. sobre a matéria, com a presença de grande número de Juizes Federais da Região, lá pelos começos do mês de dezembro de 2001, quando já era intenso o trabalho de estruturação dessa nova atividade judiciária. De conferir, os artigos do Desembargador Federal Ubaldo Cavalcante (Por uma Justiça mais Célere e Humana) e do Juiz Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho (A Produção de Provas e o Poder Criador do Juiz no Juizado Especial Federal).

Por fim, chama-se atenção para a bela peça oratória produzida pela Desembargadora Federal Margarida de Oliveira Cantarelli, por ocasião da solenidade de recebimento da Medalha do Mérito José Mariano, na Câmara

Municipal do Recife. Trabalho evidentemente não jurídico, mas de rara beleza poética. Sua leitura é reveladora da rica personalidade da autora, que, dessa forma, será melhor conhecida por aqueles que honrarem com sua leitura esta Revista.

Recife, Janeiro de 2002.

A Editoria.

TENDÊNCIAS DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A ampliação da jurisdição constitucional e da proteção dos direitos do homem e do cidadão. A Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999

Carlos Alberto Menezes Direito

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

A Constituição de 1988 representou um marco na história constitucional do Brasil. Consolidou a passagem para a vida democrática atenta aos princípios que devem reger o estado de direito, com a preocupação maior de assegurar a plenitude dos direitos do homem e do cidadão.

Todos sabemos que a constituição, na história dos povos, é fruto de uma elaboração que leva em conta a necessidade de fortalecer a conquista das liberdades individuais frente ao poder do estado. Nessa direção, as declarações de direitos são o berço da construção política da constitucionalização dos estados. Elas contêm uma enumeração dos direitos fundamentais com o propósito de inserir positivamente um sistema de direitos individuais que autoriza o primado do direito nas relações entre o indivíduo e o estado. O *Bill of Rights* inglês, de 1688, e a Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, adotada pela Terceira Sessão da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, deixam muito claro que a constitucionalização dos estados depende da proteção dos direitos individuais.

Em outra oportunidade, assinalo que Karel Vasak, tratando da realidade jurídica dos direitos do homem, indicou as três seguintes condições para que eles se tornem uma realidade jurídica: 1º) é necessário que exista uma sociedade organizada sob a forma de um estado de direito; 2º) é necessário que, no interior do estado, os direitos do homem se exerçam em um quadro jurídico preestabelecido, porém variável em função da natureza dos direitos e em função das circunstâncias; 3º) finalmente, é necessário que o exercício dos direitos do homem por seus titulares seja acompanhado de

garantias jurídicas precisas e, em particular, que sejam previstos recursos que permitam obter o seu respeito.

Essas “*garantias jurídicas precisas*”, referidas por Karel Vasak, compõem a essência moderna do respeito que o estado deve guardar com relação aos direitos do homem e do cidadão.

Na verdade, a leitura dos clássicos revela ser importante procurar a fundamentação do direito de exercer o poder, nas suas mais variadas dimensões, merecendo lembrada a lição de Weber no sentido de que a definição de estado não dispensa o “*monopólio da força legítima*”. Ensinou Bobbio, tratando da filosofia política e da ciência política, que mesmo Hobbes “*considera que a força do Estado não pode ser força bruta, mas deve ser, para usar a expressão weberiana, “legítima” (legitimidade que para Hobbes deriva do acordo geral dos consociados)*”. E prossegue com a doutrina de Rousseau, nas primeiras páginas do “Contrato Social”: “*o ponto de partida da inteira construção é a crítica ao pretense “direito do mais forte”, que não é um direito porque à força não se tem o dever de obedecer, e se não se tem o dever de obedecer isto significa que, por outro lado, não existe um direito de comandar. A questão, tanto de Rousseau quanto de Hobbes, é antes de mais nada o problema de fundamentar o direito de comandar, que consiste, em termos weberianos, na questão de encontrar uma sua “justificação interna”, isto é, um princípio de legitimidade*” (Teoria Geral da Política – A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos, Ed. Campus, Rio de Janeiro, 2000, organizado por Michelangelo Bovero, trad. de Daniela Becaccia Versiani, págs. 133 e 141).

Não se trata aqui, nem poderia ter tal pretensão, de estabelecer as bases de uma filosofia política para argamassar a tentativa de destacar as tendências do direito constitucional brasileiro nesta virada do século. Mas, o que se torna relevante é fixar o conceito de que, mesmo reconhecendo a variedade das correntes de pensamento sobre a configuração do estado, na perspectiva da organização do poder, o fato é que o estado concentra o monopólio do poder institucionalizado e, com isso, está armado de instrumentos que podem transformar-se, como em tantas ocasiões já ocorreu, em fonte de dominação absoluta sobre o homem, sacrificando a sua liberdade e, o que é pior, anulando a essência do ser do homem. E, mais uma vez, valem as preciosas lições de Bobbio: “*Embora partindo de um sentido de liberdade comum, o distinto uso do termo, do qual captamos os movimentos, depende do fato de que a doutrina liberal considera o problema da liberdade*

em função do indivíduo isolado e, a doutrina democrática, em função do indivíduo enquanto partícipe de uma coletividade (de uma vontade comum). As duas doutrinas respondem a duas perguntas distintas. A primeira: ‘O que significa ser livre para um indivíduo considerado um todo em si mesmo?’ A segunda: ‘O que significa ser livre para um indivíduo considerado parte de um todo?’ Não obstante o significado comum de liberdade como autodeterminação, as duas diferentes perspectivas levam à formulação de duas respostas que acentuam dois diferentes aspectos do problema da liberdade. A quem faz a primeira pergunta, o problema da liberdade se apresenta sobretudo como não-impedimento; a quem faz a segunda pergunta, o mesmo problema se apresenta sobretudo como demanda de limites a qualquer forma de legislação imposta de cima para baixo, donde a liberdade como autonomia. Em outras palavras, a resposta à primeira pergunta leva a acentuar o momento da ‘permissão’, a resposta à segunda, o momento da ‘auto-obrigação’ ”(cit., pág. 103). No contexto dos clássicos, lembrado por Bobbio, em Montesquieu, a ‘liberdade é o direito de fazer tudo aquilo que as leis permitem’”, destacando o grande mestre da teoria política contemporânea que o “problema fundamental para Montesquieu é aquele dos limites do poder estatal: é preciso que certos limites existam, e que existam meios suficientes para fazer com que sejam observados. A liberdade é o bem-aceito fruto desses limites: livre é aquele que pode fazer tudo aquilo que quer dentro de tais limites”; em Rousseau, a “obediência à lei que nós mesmos nos prescrevemos é a liberdade”, destacando Bobbio que para Rousseau, “o problema fundamental é aquele da formação da vontade geral: a única liberdade possível no Estado é que os cidadãos dêem leis a si mesmos. A liberdade coincide não com a autodeterminação individual, mas com a autodeterminação coletiva” (cit. , págs. 103/104).

Pode dizer-se que o problema central dos estados em nossos dias é construir mecanismos que protejam o existir em liberdade dos seus cidadãos, seja na perspectiva da autodeterminação individual, seja na perspectiva da autodeterminação coletiva, como prevenção a tentativas de organização do poder que desqualifiquem o exercício da liberdade do homem diante do estado. E o plano da liberdade não pode ser posto, apenas, na distribuição de bens e riquezas existentes na sociedade, como se a satisfação decorrente de tal distribuição fosse um bem em si mesmo, capaz de justificar a morte da natureza humana, pela coerção ao seu direito a ser livre na sociedade em que vive. O bem maior, portanto, é a preservação da natureza livre,

racional e social do homem para que haja efetivas condições de criação de um estado preparado para a construção do bem comum, isto é, a existência de um conjunto de condições concretas que permita ao homem realizar a plenitude de sua natureza.

É por essa razão que não se pode pensar a organização do estado apenas na posição democrática de suas declarações de direitos, mas, sim, na disponibilidade no interior do estado de meios processuais para o exercício dos direitos declarados.

Por outro lado, o estado dos nossos tempos vividos está diante da encruzilhada do fenômeno da globalização, que, sem maior elaboração doutrinária, pode afirmar-se como tentativa de integração dos estados, com fissura no monopólio do poder do estado, dito soberano, diante dos outros estados. E não se trata de fenômeno puramente econômico, porque também jurídico, com a organização de parlamentos integrados e cortes judiciais com poderes jurisdicionais para dentro das fronteiras dos estados partícipes. E, ainda, mesmo sem a institucionalização de tais cortes, com uma projeção capaz de suscitar o processo e julgamento por crimes determinados por jurisdição diversa daquela que seria naturalmente competente, como mais recentemente ocorreu com o processo que envolveu o general Augusto Pinochet.

A nossa Constituição de 1988 mostrou-se preocupada com essa dimensão protetiva da liberdade do homem e do cidadão diante do estado e, indiscutivelmente, a sua identificação é a ampliação da jurisdição constitucional e a criação de novo elenco de meios processuais de defesa dos direitos garantidos pela Constituição. Merece destaque a preocupação do constituinte de configurar como “*crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático*” (art. 5º, XLIV).

Com tal tendência, evidentemente, a sua primeira consequência é o fortalecimento do Poder Judiciário, ou seja, daquela função do estado que deve prestar a jurisdição, ampliando o acesso à justiça. A consciência provocada pelo advento da nova Constituição, que maximizou o direito à liberdade diante do estado, o direito à cidadania na perspectiva do cidadão como usuário dos serviços do estado (art. 37, § 3º, da Constituição Federal) e como consumidor (art. 5º, XXXII, da Constituição Federal), despertou um novo tempo de crenças, que espero não seja lembrado depois do tempo vivido como mera utopia.

O cidadão nesse trânsito republicano ampliou a sua participação na própria construção do direito, como instrumento gerador de interpretação do sistema de normas positivas que regem a vida social.

Peter Häberle anotou que os “*critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade*”, ou, ainda, “*como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição*”, na lembrança da velha lição de Jellinek com a força normativa dos fatos (Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e ‘Procedimental’ da Constituição, Sergio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997, trad. de Gilmar Ferreira Mendes, págs. 13 e 15).

Não foi outra, a intenção, bem mais antiga, é certo, do magistério de Benjamin Nathan Cardoso. O grande Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos da América ensinou, considerando a “*questão sobre como deveria decidir um juiz diante do conflito entre suas convicções e as convicções da comunidade, diante da resposta de um seu colega, que indicava a predominância das convicções pessoais do juiz*”, que: “*não se verificará, provavelmente na prática. Raro, na verdade, será o caso em que nada mais exista para inclinar a balança, além das noções contraditórias sobre o procedimento correto. Se, entretanto, o caso suposto aqui estivesse, creio que erraria o juiz que quisesse impor à comunidade, como norma de vida, suas próprias idiossincrasias de procedimento ou de crença*”. E prosseguiu, supondo a situação de “*um juiz que encarasse a frequência a teatro como pecado. Estaria ele agindo bem se, num campo em que a jurisprudência ainda não estivesse assentada, permitisse que sua convicção governasse sua decisão, apesar de saber que aquela estava em conflito com o standard dominante do comportamento correto? Penso que ele estaria no dever de conformar aos standards aceitos da comunidade, os mores da época*” (cf. meu artigo A Decisão Judicial, in Revista de Direito Renovar – RDR nº 15/37).

Mais do que nunca, presente deve estar a indicação de Konrad Hesse no sentido de que a constituição “*não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo*”, ou, ainda, “*a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral*

objetiva do complexo de relações da vida” (A Força Normativa da Constituição, Sergio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991, trad. de Gilmar Ferreira Mendes, págs. 18 e 25).

Sem dúvida, a ampliação da jurisdição constitucional e a ampliação generalizada do acesso à justiça, tudo para proteger os direitos do homem e do cidadão, representam a tendência do moderno direito constitucional brasileiro.

Respeitando a paciência dos leitores, gostaria de centrar as minhas observações sobre a recente lei que tratou da jurisdição constitucional no campo da argüição de descumprimento de preceito fundamental, a Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999.

O aparecimento do parágrafo único do art. 102 da Constituição Federal foi realmente uma novidade. Gerou perplexidade porque não havia instrumento adequado para torná-lo efetivo, dependendo, expressamente, da disciplina legal, o que não ocorreu com outros instrumentos de garantia dos direitos individuais, logo utilizados com o aproveitamento dos meios disponíveis no direito processual. A Emenda nº 03, de 17 de março de 1993 transformou-o em § 1º e acrescentou o § 2º impondo eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nas decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Com a expressão preceitos fundamentais o legislador constitucional pretendeu alcançar todos os direitos e garantias fundamentais. Mas, não somente aqueles que se encontram agasalhados na declaração de direitos; também, na minha avaliação, todos aqueles direitos vinculados ao exercício das liberdades públicas e aos direitos sociais, vinculados à dignidade humana, alcançando, assim, os fundamentos da República, tal e qual definidos no art. 1º da Constituição Federal, suscetíveis de descumprimento pelo Poder Público, oriundo o descumprimento de atos abusivos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. E Gilmar Ferreira Mendes lembra que não se poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais àqueles princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição, explicitando que a *“lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio”*, de modo a que seja

fixado “*um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional*” (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99, Editora Atlas, São Paulo, 2001, organizado por André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothemburg, págs. 131/132).

A Lei nº 9.882/99 prescreve que o objeto da arguição de descumprimento, com tutela direta do Supremo Tribunal Federal, é evitar ou reparar lesão a preceito fundamental e, também, “*quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição*”. Esta última hipótese, certamente, gerará controvérsia que a construção jurisprudencial terá de desafiar porque corresponde a um verdadeiro controle de constitucionalidade, incluída a lei municipal e, ainda, a lei ou ato anterior à Constituição, indo, portanto, mais além da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, e da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que não admite ação direta contra ato normativo anterior à Constituição. Criou-se, assim, na esteira de outros instrumentos constitucionais, a possibilidade de uma impetração preventiva, com características inovadoras na jurisdição constitucional brasileira, para evitar lesão, independente de prazo, com o que difere de outros modelos conhecidos.

A lei deferiu legitimidade ativa para as mesmas pessoas e instituições legitimadas para a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), retirando o veto do Presidente da República à legitimação dos diretamente interessados, ou seja, qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público. Afastou-se, uma vez mais, o legislador dos modelos austríaco e alemão. Ficou solto o § 1º, autorizando a interpretação de que o interessado, qualquer interessado, pode solicitar, mediante representação, a propositura de arguição de descumprimento ao Procurador-Geral da República, “*que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo*”.

Como explica Alexandre de Moraes, o “*Supremo Tribunal Federal poderá, de forma rápida, geral e obrigatória – em face da possibilidade de liminar e da existência de efeitos erga omnes e vinculantes – evitar ou fazer cessar condutas do poder público que estejam colocando em risco os preceitos fundamentais da República e, em especial, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e os direitos e garantias fundamentais*” (Arguição de Descumprimento, cit., pág. 20).

A Lei especificou o conteúdo obrigatório da petição inicial no art. 3º, assim, “a indicação do preceito fundamental que se considera violado”, “a indicação do ato questionado”, “a prova da violação do preceito fundamental”, “o pedido, com suas especificações”, e “se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado”, prescrevendo, ainda, o parágrafo único que a “petição inicial acompanhada de instrumento de mandato, se for o caso, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação”. É evidente que alguns dos legitimados do art. 103 dispensam o instrumento de mandato porque possuem plena capacidade postulatória, não requerendo a intervenção de advogado.

Agasalhou a Lei o indeferimento liminar da inicial, pelo relator, “quando não for o caso de argüição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta”, cabendo agravo, no prazo de cinco dias. Para facilitar o intérprete, desde logo, o legislador considerou que não será admitida a argüição “quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”. É na verdade, a configuração da argüição como subsidiária, que não substitui os demais meios disponíveis para a proteção dos direitos e garantias individuais, assim o habeas-corpus, o mandado de segurança individual, o habeas-data, a as ações diretas de inconstitucionalidade genérica, interventiva, ou por omissão, a ação direta de constitucionalidade e outros. Bem observa Alexandre de Moraes, “o caráter subsidiário da argüição de descumprimento de preceito fundamental consiste na necessidade de prévio esgotamento de todos os instrumentos juridicamente possíveis e eficazes para fazer cessar ameaça ou lesão a preceito fundamental. Se, porém, uma vez utilizados esses instrumentos, houver patente inefetividade na proteção dos preceitos fundamentais, sempre haverá possibilidade de acesso ao Supremo Tribunal Federal, por via da argüição” (cit., pág. 27). Para Daniel Sarmento, o princípio “inspirou-se em condicionamento semelhante existente no recurso constitucional alemão e no recurso de amparo espanhol, cujo cabimento também se encontra condicionado ao esgotamento de todas as demais instâncias judiciais para a tutela do direito fundamental” (Argüição de Descumprimento, cit., pág. 103).

Não creio que se deva minimizar a argüição pelo fato de existirem tantos outros meios disponíveis. Deve ser considerada a natureza da argüi-

ção no sentido de que busca o cumprimento de determinado preceito fundamental. O objetivo é permitir a cessação da lesão, devendo prevalecer o temperamento necessário para admitir a argüição diante de um interesse relevante capaz de autorizar uma intervenção imediata e antecipada do Supremo Tribunal Federal, se, por exemplo, mesmo disponível e utilizado, o outro meio não se mostrar eficaz para cessar ou reparar o descumprimento.

Uma questão relevante é saber da possibilidade da propositura da argüição pela via incidental, assim aquela que surja no curso de um processo judicial. André Ramos Tavares entende possível. Escreve ele: *‘Há uma argüição incidental, ao lado daquela exercida por ação, porque a controvérsia com ‘relevante fundamento’ à qual faz menção o parágrafo único do art. 1º só pode ser aquela que se apresenta em juízo, e não qualquer controvérsia que se instale entre particulares. A ‘controvérsia’, no sentido técnico, é aquela instaurada perante o Judiciário, ou levada ao conhecimento deste. Auxilia o reconhecimento dessa modalidade a apreciação do disposto no inciso V do art. 3º da Lei da Argüição, que exige que se apresente, conjuntamente com a petição inicial, ‘se for o caso’, a comprovação da existência da controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado’.* O cumprimento do artigo impõe-se apenas para a argüição incidental. Daí a eventualidade, *‘se for o caso’ da aplicação do mesmo*” (Argüição de Descumprimento, cit., págs. 63/64). Também Elival da Silva Ramos enxerga tal possibilidade, apontando que a *“novidade de maior porte está em outra possibilidade que deflui das disposições da Lei nº 9.882/99, qual seja, a utilização da argüição como incidente processual, em ações para cujo deslinde seja relevante a interpretação de preceito fundamental da Constituição”.* Anota, ainda, Elival da Silva Ramos: *“Note-se, em primeiro lugar, que, nos termos do art. 1º, caput, do diploma legal de regência, a argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal ‘terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público’.* A expressão por nós posta em destaque é abrangente de atos provenientes de qualquer dos Poderes estatais. Sendo assim, pode-se perfeitamente figurar a hipótese de ser a medida intentada no bojo de ação judicial em curso, por algum dos órgãos, entidades ou autoridades arroladas no art. 103 da Constituição Federal, com a finalidade de que, previamente à decisão definitiva da causa, o Supremo Tribunal Federal, incidentalmente, fixe a interpretação e as condições de aplicação do preceito fundamental em tela, decisão essa que

vinculará o Juiz ou Tribunal quando da entrega da prestação jurisdicional no caso concreto” (idem, pág. 116). Já Daniel Sarmiento assere que a argüição de descumprimento incidental não tem semelhança com a advocatória, “*de triste memória*”, porque o Supremo Tribunal Federal não julgará a causa, mas, apenas, manifestar-se-á “*sobre a questão constitucional, resolvendo-a, sem decidir o caso concreto, à semelhança do que já ocorre no incidente de argüição de inconstitucionalidade nos tribunais, característico do controle difuso, e que se encontra regulado nos arts. 480 e 482 do Código de Processo Civil*”. Assinala, também, que o “*objetivo do novo instituto é antecipar decisões do Supremo Tribunal Federal sobre controvérsias constitucionais relevantes, que antes só chegariam a seu conhecimento muito depois, após o percurso das tortuosas vias recursais. Evita-se com isso que, neste ínterim, seja criada e alimentada uma situação de incerteza jurídica, congestionando os tribunais, ensejando a possibilidade de decisões discrepantes e permitindo a consolidação no tempo de situações subjetivas que possam vir a contrariar a orientação que, depois, o Supremo venha a adotar em relação a certas questões de índole constitucional*”. Mas, também reconhece que em tal situação, apesar de possuir a incidental uma dimensão subjetiva, “*já que é suscitada em razão de um caso concreto*”, o “*aspecto objetivo sobreleva, sobretudo porque o incidente não pode ser provocado pelas partes do processo judicial, mas apenas pelos legitimados para o ajuizamento da ADIN, tendo em vista o veto presidencial ao inciso II do art. 2º da Lei nº 9.882/99, que outorgava legitimidade para propositura da ADPF a ‘qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público’*” (cit., págs, 87 a 89).

Embora prestigiada por autores de peso, não creio que a Lei, com o veto ao inciso II do art. 2º, autorize interpretação que admita a possibilidade de propositura da argüição *incidenter tantum*. A argüição incidental não está cogitada no texto em vigor. Se não tivesse havido o veto, seria possível admiti-la. Mas, a interpretação construtiva, no caso, não me parece, com respeitosa vênua aos mestres que entendem em sentido contrário, adequada. A tanto não chego com a leitura do parágrafo único do art. 1º. Os expressamente legitimados podem, sim, propor a argüição naquela hipótese, com a prova de que existe a controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito constitucional, mas já considerando as decisões judiciais existentes, assim, por exemplo, aquelas decorrentes de numerosas medidas liminares enfrentando a aplicação de preceito fundamental. A admissão da argüi-

ção incidental, no rigor da doutrina, por outro lado, levaria, necessariamente, a ampliar o rol dos legitimados para propô-la, o que, também, não me parece possível. A hipótese de os legitimados apresentarem a argüição estando em curso a ação judicial é, ainda, argüição na modalidade direta, não incidental, que seria aquela, e somente aquela, que qualquer das partes ou o próprio órgão judicial poderia suscitar, como no caso do incidente de inconstitucionalidade nos Tribunais. Na minha compreensão, não há argüição incidental, mas, sim, a possibilidade do deferimento da medida liminar que atinja processos em andamento, efeito possível, mas não necessário, porque o comando legal apenas determina que ela *“poderá consistir”*. O fato de atingir processos em andamento, a meu juízo, não configura a modalidade incidental, nos termos do texto em vigor. É tema que ainda renderá muita discussão até a palavra final do Colendo Supremo Tribunal Federal.

A Lei admitiu, e não poderia deixar de fazê-lo diante do sistema processual em vigor para as ações do tipo, a concessão de medida liminar, por decisão da maioria absoluta de seus membros, podendo o relator, em *“caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso”*, conceder a medida liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno. Mais do que isso, prescreve a Lei, como já vimos, que a *“liminar poderá consistir da determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada”*. Com tão amplo alcance da medida liminar, o Supremo Tribunal Federal pode suspender o desenlace de processos em tramitação por tempo indeterminado. Deu-se para a liminar em argüição de descumprimento uma força que o direito brasileiro ainda não conhecia com tal extensão. Não se trata da suspensão de um processo determinado, mas, sim, de todo e qualquer processo que tenha por objeto a matéria que será julgada pelo Supremo Tribunal Federal na argüição de descumprimento de preceito fundamental. Poder ainda maior continha o § 4º, vetado, que atribuía ao Pleno do Supremo Tribunal Federal, também por decisão da maioria absoluta de seus membros, e se necessário *“para evitar lesão à ordem constitucional ou dano irreparável ao processo de produção da norma jurídica”*, a competência para *“ordenar a suspensão do ato impugnado ou do processo legislativo a que se refira, ou ainda da promulgação ou publicação do ato dele decorrente”*. Foi acertado o veto, preservando-se, com ele, a independência dos

poderes do estado. Teria sido prudente se o legislador, diante da realidade hoje existente, estabelecesse um prazo para o julgamento da argüição, considerando o efeito causado pelo deferimento da medida liminar. O risco, diante do volume de processos em tramitação no Supremo Tribunal Federal, é a permanência da suspensão por longo período, frustrando, assim, a prestação jurisdicional em milhares de casos.

Após a apreciação da liminar, o processo corre com a solicitação de informações “às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias”, sendo, ainda, possível ao relator “ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria”. A critério do relator poderá haver sustentação oral e a apresentação de memoriais, a requerimento dos interessados no processo. Após as informações será feito o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedido de dia para julgamento, sendo que a decisão “somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros” (arts. 6º, §§ 1º e 2º, art. 7º, parágrafo único, art. 8º).

A decisão proferida, por maioria, será comunicada às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, “fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental”, cumprindo-se a decisão imediatamente, independentemente da lavratura do acórdão, sendo a parte dispositiva “publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União” (art. 10, §§ 1º e 2º).

Seguindo o curso da tendência hoje prevalecente, a decisão terá efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Público e eficácia contra todos, sendo a decisão irrecurável, não cabendo sequer ação rescisória, mas permitida a reclamação contra seu descumprimento (§ 3º do art. 10, art. 12 e art. 14).

Finalmente, o art. 11 da Lei nº 9.882/99 dispõe sobre a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento. Aí, sim, teremos uma declaração incidental de inconstitucionalidade, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que deverá obedecer ao que dispõe a Constituição Federal no que concerne ao **quorum** da maioria absoluta de seus membros (art. 97). O dispositivo é criticado severamente por Elival da Silva Ramos, apontando a influência do art. 282, nº 4,

da Constituição Portuguesa, o qual entende não poder o legislador infraconstitucional conferir ao Supremo Tribunal Federal “*um poder de saneamento parcial da invalidade legislativa, em face do descumprimento de preceito fundamental, invalidade, com suas características de nulidade de pleno direito, que brota do sistema de controle disciplinado em nível superior?*” (cit. pág. 125), sendo a matéria de cunho nitidamente constitucional. A regra está, também, no art. 27 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que disciplina o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, que teve anteprojeto elaborado por comissão nomeada pelo então Ministro da Justiça, Professor Nelson Jobim, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, e que teve a honra de integrar, sob a coordenação do Professor Caio Tácito.

Sobre o tema, vale lembrar a exposição de motivos do então Ministro da Justiça, que considerou que a “*falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se absterem de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais*”, e, também, que “*nos próprios Estados Unidos da América, onde a doutrina acentuara tão enfaticamente a idéia de que a expressão ‘lei inconstitucional’ configurava uma **contraditio in terminis**, uma vez que ‘the unconstitutional statute is not law at all’ (cf. W.W. Willoughby, *The Constitutional Law of the United States*, vol. I, p. 9-10; cf., também, Thomas Cooley, *Treatise on the Constitutional Limitations*, 1878, p. 227), passou-se a admitir, após a grande depressão, a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de inconstitucionalidade (cf. Laurence Tribe, *The American Constitutional Law*, p. 27)”. Lembrou, também, que a “*Corte Constitucional alemã passou a adotar, já no início de sua judicatura, em 1954, a chamada decisão de apelo (**Appelentscheidung**), que lhe outorgava a possibilidade de afirmar que a lei se encontrava em processo de inconstitucionalização, recomendando ao legislador, por isso, que procedesse de imediato às correções reclamadas. Segundo a fórmula adotada pelo Tribunal, a lei questionada seria, ainda, constitucional (**es ist noch verfassungsgemäss**), o que impediria a declaração imediata de sua inconstitucionalidade. O legislador deveria atuar, porém, para evitar a conversão desse estado imperfeito ou de uma situação ainda constitucional em um estado de inconstitucionalidade (cf. sobre o assunto, entre nós, Gilmar Ferreira Mendes, *O Apelo ao Legislador – Appelentscheidung – na Praxis da Corte Constitucional Alemã*, in *RDP* nº 99, p. 32 s.)”.**

Gilmar Ferreira Mendes mostra que o conceito, na doutrina alemã, tanto pode abranger “*a decisão na qual o Tribunal reconhece a situação como ‘ainda constitucional’, anunciando a conversão desse estado de constitucionalidade imperfeita numa situação de completa inconstitucionalidade*”, como, segundo alguns autores a utilizam, “*também para designar as decisões do Bundesverfassungsgericht que declaram a inconstitucionalidade da norma sem, no entanto, pronunciar a sua nulidade*” (Jurisdição Constitucional, Saraiva, 2ª ed., 1998, pág. 230).

Com todo respeito à crítica formulada pelo Professor Elival da Silva Ramos, não creio que haja inconstitucionalidade. É certo que a novidade, a revelar basicamente uma influência clara da operação constitucional do direito alemão, rompe com a tradição brasileira; mas, não é menos certo que é benfazeja diante de nossa realidade legislativa. E não vejo inconstitucionalidade no dispositivo que, apenas, regula os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal, o que está mesmo na alçada do legislador infraconstitucional.

Por último, e tanto ainda teríamos de desafiar no campo da jurisdição constitucional com o advento da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, merece anotada a inovação da mencionada Lei, contida no parágrafo único do art. 28 que autoriza a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, “*inclusive a interpretação conforme a constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto*”.

A interpretação conforme à Constituição marca a forte presença do constitucionalismo alemão no Brasil. Esta modalidade de interpretação, anota Gilmar Ferreira Mendes, adotada pelo *Bundesverfassugsgericht*, mesmo sem disciplina legal, autoriza o Tribunal a declarar “*qual das possíveis interpretações se revela compatível com a Lei Fundamental*” e “*adquiriu peculiar significado na jurisprudência do Tribunal graças à sua flexibilidade, que permite uma renúncia ao formalismo jurídico em nome da idéia de justiça material e da segurança jurídica*”. Um dos seus relevantes aspectos é a possibilidade de excluir interpretações consideradas inconstitucionais; outro para “*colmatar lacunas*”, possibilitando a “*construção, em conformidade com a Constituição, mediante analogia, redução, ou mediante derivação de premissas normativas constantes da própria Constituição*”. Mas,

adverte, Gilmar Ferreira Mendes, que as “ *‘decisões fundamentais do legislador’, as suas valorações e os objetivos por ele almejados estabelecem também um limite para a interpretação conforme à Constituição. Não se deve conferir a uma lei com sentido inequívoco significação contrária, assim como não se devem falsear os objetivos pretendidos pelo legislador* ”. Na verdade, destaca Gilmar Ferreira Mendes, o “*princípio da interpretação conforme a Constituição não contém, portanto, uma delegação ao Tribunal para que proceda à melhoria ou ao aperfeiçoamento da lei* ” (cit., págs. 221 a 224).

O princípio já tinha, de alguma forma, raízes na doutrina brasileira do controle de constitucionalidade, assim a prescrição de que se não deve declarar a inconstitucionalidade de uma lei quando possível compatibilizar a interpretação com o dispositivo constitucional. Para Gomes Canotilho a “*formulação comporta várias dimensões: (1) o princípio da prevalência da constituição impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se a interpretação que não seja contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais; (2) o princípio da conservação de normas afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a constituição; (3) o princípio da exclusão da interpretação conforme a constituição, mas ‘contra legem’, impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme à constituição, mesmo que através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais*” (Direito Constitucional, Almedina, Coimbra, 1995, 6ª ed., págs. 229/230).

Essa modalidade terá reflexos, na minha compreensão, até mesmo nos julgamentos infraconstitucionais, submetidos ao Superior Tribunal de Justiça, porque permitirá fixar a interpretação compatível da lei ao julgar o recurso especial. Assim, poderá o Superior Tribunal de Justiça indicar a interpretação que não viole o dispositivo legal objeto do recurso.

O avanço da jurisdição constitucional no Brasil é um fato irreversível, como, também, parece consolidada entre nós a influência do direito constitucional europeu, particularmente, a do direito alemão.

Não poderia concluir essas brevíssimas anotações, sem uma especial referência ao precioso estudo do Professor Gustavo Binenbojm, “A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira” (RENOVAR, Rio de Janeiro, 2001).

O trabalho destaca a jurisdição constitucional como instrumento de defesa dos direitos fundamentais e como instrumento de defesa do procedimento democrático, mencionando, entre tantos outros, os estudos de Dworkin e Habermas, para asserir que nas conclusões teóricas por eles formuladas, direitos fundamentais e democracia, *“convivem numa relação de implicação recíproca. Assim, parece correta a assertiva de que só há democracia onde se respeitam os direitos fundamentais do homem; inversamente, só há espaço para afirmação e efetivação de tais direitos no âmbito de um regime democrático. São faces da mesma moeda”*. Com isso, assevera o Professor Gustavo Binebojm, *“não há qualquer inconsistência lógica em se sustentar que à jurisdição constitucional compete a guarda tanto dos direitos fundamentais (proposta de Dworkin) como do procedimento democrático (tese de Habermas). Ao revés, tais funções, longe de serem antagônicas, são compatíveis e complementares. Em muitos casos, na verdade, superpõem-se”*.

Sob todos os ângulos, portanto, a tendência do direito constitucional brasileiro de reforçar a jurisdição constitucional é benfazeja para todos os que querem preservar a integridade da natureza da pessoa humana, somente possível com a formatação democrática da sociedade organizada.

POR UMA JUSTIÇA MAIS CÉLERE E HUMANA

Ubaldo Ataíde Cavalcante

Desembargador do Tribunal Federal da 5ª Região

I AS PEQUENAS CAUSAS NO PROCEDIMENTO ORDINÁRIO E NO SUMARÍSSIMO

Não obstante fosse determinada, pelo artigo 275 do Código de processo Civil, a observância do procedimento sumaríssimo nas causas de pequeno valor (vinte vezes o maior salário mínimo vigente no País), a jurisprudência predominante no extinto Tribunal Federal de Recursos era no sentido, como ainda o é no Superior Tribunal de Justiça, de possibilitar-se a opção pelo procedimento ordinário ou da conversão do sumaríssimo em ordinário. Dessa forma , quase a totalidade da ações promovidas que poderiam ser propostas pelo rito sumaríssimo, figurando nessas quase 90% das ações previdenciárias, o foram pelo rito ordinário e a maioria das que tinha sido propostas pelo rito sumaríssimo eram, mais das vezes, convertidas no rito ordinário.

Por que o pouco interesse dos advogados, no caso, para a proposição destas ações, pelo rito sumaríssimo?!

A resposta é que, na verdade, muito embora no rito sumaríssimo previsto para este tipo de ações, se tirasse a ilação de que a entrega da prestação jurisdicional fosse em tese muito mais rápida do que no rito ordinário, na prática era tão demorada quanto este. Diante de tal circunstância, a escolha do rito ordinário se impunha ao advogado, pela possibilidade de provar-se com mais robustez o direito do seu constituinte.

Numa ação proposta pelo rito ordinário, poderá transcorrer o prazo para a entrega definitiva da prestação jurisdicional com a respectiva execução e pagamento do precatório, caso necessário, não menos de 16 anos e quatro meses, num tempo assim expendido:

No processo de conhecimento: 6(seis) anos e 2 (dois) meses:

No Processo de execução: 5 cinco) anos e 4(quatro) meses;

No pagamento do precatório, em parcelamento: 5(cinco) anos.

(Dados extraídos do Processo nº 97.001134903-Seção Judiciária do Ceará; do R. Extraordinário da Apelação Cível nº 104.629-RN e do precatório nº 12.091-R.G.do Norte).

Quando Juiz da 5ª Vara Federal da Seção judiciária do R. de Janeiro encontrei uma preocupante situação, isto é, um grande volume de ações(previdenciárias na sua maioria) com as respectivas instruções encerradas em tempo não menor do que 3(três) anos e aguardando sentenças há mais de 2(dois) anos.

Deparei-me, com duas situações: Uma Justiça que não era justiça , porque demorada, e por demais desumana , na medida que essa demora atingia os carentes segurados da Previdência Social. Preocupei-me, pois, com os processos dos Segurados do INSS, e procurei amenizar os efeitos de uma justiça tardia e ao mesmo tempo desumana. Tal gesto levou-me a ser entrevistado pela TV Manchete, do Rio de Janeiro, onde fiz ver que não tinha feito nada de extraordinário, apenas cumprira com o meu dever.

Vejam a gravidade do problema, um modesto juiz ser entrevistado, tão somente porque cumprira com o seu dever, isto é, suas sentenças, no caso, foram recebidas pela sociedade carioca como sendo um fato extraordinário, quando, na verdade, deveriam ser recebidas como atos normais advindos dos deveres de um juiz.

O fato de proferir sentenças em processos que dormitavam nos armários, aguardando-as, levou uma senhora simples a agradecer-me, por telegrama, dizendo “que ainda bem que existem juízes como o senhor!”. Esse agradecimento, que muito me sensibilizou, também me preocupou, não só porque, por ele e através dele, enxerguei, nas pessoas simples do povo, um certo descrédito para com a justiça, mas também porque percebi que pessoas como Dª Maria, a mulher do telegrama, têm a ilusão de que, apenas com a sentença proferida pelo juiz, tudo está resolvido, gerando-lhes uma expectativa de satisfação imediata, quando na verdade outras como ela teriam que enfrentar novos e demorados caminhos processuais até a realização final de sua plena pretensão.

Como exemplo bastante elucidativo de uma Justiça tardia e desumana, sempre presente nos nossos dias e na atual sistemática processual, narro aqui um caso fictício, em que figuram Dª Joana, o juiz e o processo.

D^a Joana, com 64 anos de idade, orientada por amigas suas, procurou o conhecido INPS, para requerer a revisão do seu benefício, sabendo que a ela tinha direito e que, recebendo as diferenças que lhe disseram ter direito, poderia construir um cômodo em seu barraco, onde moraria sua filha que casara recentemente.

Lá, no INSS, depois de muitas idas e vindas, sem qualquer solução para o seu problema, conseguiu afinal uma orientação de um funcionário do setor de benefícios que lhe esclareceu: :

– D. Joana, eu sei que a senhora tem direito ao que a senhora quer, mas infelizmente não posso fazer nada pela senhora, só a justiça pode resolver o seu problema...

E lá foi D^a Joana procurar a justiça, que achava que era o juiz de Direito, e queria porque queria falar com juiz de Direito. Mas o funcionário da justiça do Estado, muito atencioso, informou-lhe, dizendo:

– D. Joana, o seu caso só pode ser resolvido pela Justiça Federal.

– Mas o que é Justiça Federal? Perguntou D. Joana.

– É um Juiz de Direito, diferente, D^a Joana, respondeu o funcionário.

– Ah! É?!

Só depois disso é que a D^a Joana compreendeu o que era Justiça Federal.

Chegando à Justiça Federal, uma funcionária, muito atenciosa, depois de ouvi-la, compreendeu o seu caso, e levou-a ao advogado da Assistência Judiciária, quando então este propôs a ação de revisão de benefícios contra o INSS .

A Ação de Revisão seguiu os seus trâmites processuais e, afinal, depois de 2 anos e 6 meses, saiu a sentença favorável a D^a Joana , que durante todo esse tempo ia à Justiça Federal saber notícias de seu processo.

D^a Joana ,de tanto ir á Justiça Federal, ficou conhecida como a mulher do processo.

Mas aquela sentença, que ela tanto agradecera e que demorara **2 anos e seis meses** e que lhe gerara a ilusão de uma satisfação imediata de receber um pequeno aumento no seu benefício, estaria ainda sujeita ao recurso de apelação que demoraria , no mínimo, **1 (um) ano e 8 meses** no Tribunal Regional Federal da 5ª Região para o seu julgamento e **2 (dois) anos** no Superior Tribunal de Justiça para o julgamento do recurso especial, caso interposto.

E quando D^a Joana pensou que tudo terminara, perguntou àquela gentil funcionária:

– Agora, já posso receber a minha pensão?!

– Não, D^a Joana, respondeu-lhe, penalizada, a funcionária, ainda falta muito para a senhora receber o dinheiro da sua pensão.

De fato, o processo ainda demoraria, numa nova e injustificada maratona processual de pelo menos **1(um) ano** no Juízo de 1º grau, para julgamento dos Embargos à execução, e **4(quatro) anos** no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, para julgamento da apelação da sentença proferida nos Embargos à Execução e **6 (seis) meses** no STF, para o julgamento do recurso Extraordinário interposto.

Com a informação de que o processo terminara ,a alegria de D^a Joana, a mulher do processo, já agora, com 76 (setenta e seis) anos de idade, de novo se acendeu, pensando que já poderia receber as pretendidas diferenças na revisão de seus benefícios e assim construir mais um quarto no seu barracão para abrigar a sua família que aumentara com o nascimento de mais um rebento de uma de suas filhas. E, com a face iluminada de alegria, disse à funcionária :

– Ô, minha filha, que bom, agora eu já vou receber o meu dinheiro, não é?!

E a funcionária, com duas lágrimas nos olhos, que pareciam rolar de sua face para ungir de esperanças aqueles cabelos brancos que representavam não só a velhice que chegara, mas também os sofrimentos gerados por uma angustiada espera da justiça que não vinha, aos prantos informou à D^a Joana, que ainda faltava o precatório.

D^a Joana, surpresa, mas sem demonstrar qualquer irritação, disse à funcionária:

– Minha filha , manda esse homem, vir logo, para eu receber o meu dinheiro!

Nova frustração, o justo sonho de D^a Joana seria mais uma vez adiado, no mínimo, por mais 5(cinco) anos, em razão da obediência à ordem cronológica de pagamento do precatório.

Finalmente! o tão almejado recurso viera! D^a Joana, depois de nada menos de 16 anos de luta no Judiciário, já estaria apta a receber as diferenças tão ansiosamente por ela esperadas e construir o almejado quarto, suspirei aliviado! Mas qual! isso não seria possível , pois , D^a Joana falecera no curso da requisição de pagamento feita ao T.F.R, aos 81(oitenta) anos de idade.

Mas essa evidente morosidade da justiça não pode ser debitada exclusivamente aos magistrados, como sói acontecer.

Como visto, no Relatório do Senador Bernardo Cabral, sobre a proposta de Emenda à Constituição nº 29, de 2000, que introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário, as principais causas da lentidão da Justiça, segundo o ministro Carlos Veloso, do Supremo Tribunal Federal, são: **o número deficiente de juizes, a forma inadequada de seu recrutamento, o desaparelhamento do apoio administrativo no 1º grau, o formalismo excessivo e o sistema irracional de recursos.**

O referido relatório nos informa, analisando-se o aspecto referente ao número deficiente de juizes, que, no Brasil, a relação atual é de um juiz para cada 30.000 habitantes. Como comparação, na Alemanha, essa relação está em um juiz para cada 3.863 habitantes. A proporção ideal, na visão da doutrina brasileira, não deveria ser maior do que um juiz para cada 10.000 habitantes.

Nós temos na 5ª Região, observada a proporção ideal, de um Juiz Federal para cada 10.000 habitantes, a seguinte situação:

**QUADRO DEMONSTRATIVO DO DÉFICIT DE JUÍZES FEDERAIS NA
5ª REGIÃO OBSERVADA A PROPORÇÃO IDEAL DE 1 (UM) JUIZ
PARA CADA 10.000 HABITANTES**

ESTADOS	HABITANTES	Nº IDEAL DE JUÍZES	Nº REAL DE JUÍZES	DÉFICIT
PERNAMBUCO	7.911.937	791	23	768
CEARÁ	7.418.476	741	32	709
SERGIPE	1.781.714	178	05	173
R. G. DO NORTE	2.771.538	277	10	267
PARAÍBA	3.439.344	343	10	333
ALAGOAS	2.819.172	281	09	272
T O T A I S	24.538.641	2.611	89	1.892

Há, pois, na 5ª região um déficit de, segundo a proporção ideal, na ordem de 1.892 Juizes, ou um déficit de 96,60%.

Suprindo-se 20% deste déficit, ter-se-á a necessidade de se criarem 378 cargos de Juizes Federais Substitutos.

O Corregedor da Justiça Federal da 5ª Região, Dr. Francisco Queiroz Cavalcante, considera, em suas pesquisas, que o número ideal de Juizes,

ESMAFE
ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO

levando-se em conta o número de ações propostas, seria de 1 juiz para 500 processos e de 1 funcionário para 200 processos.

Observando-se a proporção ideal de 1 juiz para 500 processos e 1 funcionário para 200 processos temos a seguinte situação na 5ª Região:

QUADRO DEMONSTRATIVO DO DÉFICIT DE JUÍZES FEDERAIS NA 5ª REGIÃO
OBSERVADA A PROPORÇÃO IDEAL DE 1(UM) JUIZ PARA 500 PROCESSOS

ESTADOS	Nº PROCESSOS	Nº IDEAL DE JUÍZES	Nº DE JUÍZES	DÉFICIT
PERNAMBUCO	87.869	175	23	152
CEARÁ	171.232	342	32	310
SERGIPE	31.391	62	05	57
R. G. DO NORTE	48.823	97	10	87
PARAÍBA	68.736	137	10	127
ALAGOAS	27.660	55	09	46
T O T A I S	435.711	868	89	779

Para suprir 20% do déficit, verificado nessa proporção, ter-se-ia a necessidade de se criarem 155 cargos de Juizes Federais Substitutos na Região.

QUADRO DEMONSTRATIVO DO DÉFICIT DE FUNCIONÁRIOS NA 5ª REGIÃO
OBSERVADA A PROPORÇÃO IDEAL DE 1 (UM) FUNCIONÁRIO
PARA 200 PROCESSOS

ESTADOS	Nº PROCESSOS	Nº IDEAL DE FUNC.	Nº DE FUNC.	DÉFICIT
PERNAMBUCO	87.869	439	262	177
CEARÁ	171.232	856	327	529
SERGIPE	31.391	156	119	37
R. G. DO NORTE	48.823	244	173	171
PARAÍBA	68.736	343	202	141
ALAGOAS	27.660	138	127	11
T O T A I S	435.711	2.176	1.210	1.066

DADOS EXTRAÍDOS DA ÚLTIMA ESTATÍSTICA
DO MÊS DE SETEMBRO/2001

Para suprir 20% do déficit, nesta proporção, ter-se-á a necessidade de se criarem 213 cargos de apoio administrativo nas Seções Judiciárias da 5ª Região.

Conforme se observa, com um déficit tão grande de juízes e de funcionários, não se pode debitar a morosidade nos julgamentos na 5ª Região, exclusivamente, aos juízes federais.

Penso, assim, que não é um rito processual mais curto que, por si só, irá corrigir essa tardia e, na maioria dos casos, desumana entrega da prestação jurisdicional no âmbito da Justiça Federal. É necessário que, ao lado de tão salutar providência, se corrija a estrutura da Justiça Federal, dotando-a de, pelo menos, 20% (vinte por cento) DO DÉFICIT encontrado, na proporção de 1 juiz para 500 processos e de um funcionário para cada 200 processos, que, no caso das Seções Judiciárias da 5ª Região, corresponderia à necessidade, dentro desse percentual, de se criarem mais 155 cargos de Juízes Federais Substitutos e, em consequência, mais 213 cargos de apoio administrativo.

Prova de que não é um rito processual curto que, por si só, torna mais célere a entrega da prestação jurisdicional, temos no procedimento sumaríssimo, que não obstante seja um caminho processual bem mais curto do que o rito ordinário, na prática é igual ou mais demorado do que o procedimento ordinário, pois o número insuficiente de juizes e de funcionários reflete, marcantemente, tanto neste como naquele, na entrega tardia da prestação jurisdicional.

II JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL EM COMPARAÇÃO COM O JUÍZO COMUM

Segundo dados do Coordenador dos Juizados Especiais Federais da 5ª Região, Desembargador **Napoleão Maia Filho**, dos 5.479 dos feitos distribuídos no mês de Agosto/2001, excluídos os criminais e os distribuídos por dependência, 5.002 caberiam, se fosse o caso, aos Juizados Especiais. Observa-se, assim, que, dos feitos distribuídos, 91% seriam da competência dos Juizados Especiais Federais.

Enquanto que, no Juízo Cível comum da Justiça Federal, uma causa proposta por um Segurado da Previdência Social pode levar, como já demonstrado, até 16 (dezesseis) anos para a efetiva entrega e cumprimento da prestação jurisdicional, no Juizado Especial Cível, se instalado com

número suficiente de Juizes e com um apoio administrativo dotado de funcionários e equipamentos adequados, levará, no máximo, 1 (um) ano, à vista da eliminação de recursos eminentemente protelatórios que assoberbam os Tribunais Regionais Federais e as cortes superiores.

No caso fictício narrado, se, à época em que D^a Joana propusera a ação, pleiteando as diferenças de benefícios, já tivesse sido instalado o Juizado Especial Cível Federal, dotado de todas as condições para o seu normal funcionamento, certamente já os teria recebido em vida e realizado o seu almejado sonho, qual seja, o de construir um cômodo em seu barracão e assim lhe teria sido feita a justiça que esperou e em que tanto confiou até a sua morte. Pobre D^aJoana!

Na verdade, o Juizado Especial Cível Federal é uma Justiça nova e que trará excelentes resultados no que se refere à celeridade da entrega da prestação jurisdicional, se houver dotação orçamentária específica para a criação de cargos de juizes e de servidores.

Penso que as normas processuais do Juizado Especial Federal, com algumas adaptações, poderiam ser adotadas nos demais processos das Varas comuns, saldando assim parte dos débitos de um Poder Judiciário quase falido e desalentado, para com a sociedade brasileira.

III UMA NOVA JUSTIÇA E UM NOVO JUIZ

A nova Justiça, consubstanciada na Justiça Cível Especializada Federal, surgida com a Lei nº 10259/2001, movida predominantemente no sentido da conciliação das partes envolvidas, é uma justiça que se despe de vários segmentos procedimentais inócuos e eminentemente protelatórios, o que a torna mais célere e portanto mais humana e essa justiça exige um juiz que a ela se amolde e também se dispa de quaisquer preconceitos ligados ao processo lento e desumano da justiça tradicional. Exige, enfim, a figura de um juiz que vista de forma efetiva a sua camisa.

É sabido que as ações previdenciárias representam um percentual de 90% das ações em tramitação na Justiça Federal. Quase 100% dessas ações, a partir de janeiro de 2002, deverão ser propostas no Juizado Cível Especializado que, adequadamente estruturado e funcionando a todo pavor, entregará de forma efetiva e rápida a prestação jurisdicional aos seus principais destinatários, quais sejam, os jurisdicionados mais carentes.

Com a instalação do Juizado Cível Especializado Federal, e vestindo-se a Justiça Federal de outros mecanismos, entre os quais um planejamento

estratégico em que se insira um Plano de Gestão e programa de qualidade tão bem expostos, no recente Seminário de Planejamento Estratégico pela Juíza Federal Elizabeth Leão, da Seção Judiciária de São Paulo e pelo Desembargador Federal do TRF da 4ª Região, Edgar Lippman, grande parte de sua dívida para com a sociedade será resgatada. em curto tempo.

Tendo em vista a inexistência, nos Juizados Especiais federais, de cargos de juiz e de servidores e muito menos de previsão orçamentária específica, como bem ressaltado pelo Corregedor da Justiça Federal da 1ª Região, Juiz Eustáquio Vieira, a Justiça Federal ver-se-á compelida a instalar os novos órgãos judiciais com os recursos financeiros e humanos de que dispõe, os quais já são insuficientes para as suas necessidades. Não obstante tudo isso, pode-se buscar suprir a falta de funcionários e de juízes leigos, firmando-se convênios com o Poder Executivo Federal, Estadual e Municipal na cessão de funcionários que a estes sejam excedentes e a necessária cooperação no resgate desta dívida que não é só da Justiça Federal, mas do Governo no seu todo.

Mas, para que essa salutar remédio, consubstanciado na criação do Juizado Especial Federal Cível, produza os seus esperados resultados, torna-se necessária a remoção urgente do tumor, representado, na 5ª região, por mais de 200.000 (duzentos mil) processos, que seriam em tese da competência dos Juizados Cíveis Especiais Federais e que ficarão, por força de lei, ainda, na competência das varas comuns federais.

Sugiro que essa cirurgia consista em um mutirão a ser levado a efeito em todas as Seções Judiciárias da 5ª Região, objetivando a definitiva entrega da prestação jurisdicional e respectivo cumprimento, em um prazo de aproximadamente 2 (dois) anos, referente às Ações Previdenciárias, anteriores à instalação dos Juizados Especiais Federais. Esse mutirão deve-se iniciar na Seção Judiciária do Ceará onde deverão permanecer, nas varas comuns, nada menos do que 150.000 (cento e cinquenta mil) processos.

Para esses mutirões, seriam convocados alguns juízes e servidores das Seções Judiciárias menos carentes, tais como as de Alagoas, Sergipe Paraíba e Rio Grande do Norte, onde a quantidade dos processos, em tese da competência do Juizado especial, que remanescerem, será bem menor.

A luta será árdua, mas em nenhum momento “a toalha deverá ser jogada” deve-se buscar ir até o último “round” e a vitória, que, por certo, virá, será não só da Justiça Federal da 5ª Região, mas de todo o poder judiciário!

CONSIDERAÇÕES SOBRE A CHAMADA “REDISTRIBUIÇÃO RECÍPROCA” OU REDISTRIBUIÇÃO POR PERMUTA

José de Castro Meira

Desembargador do TRF da 5ª Região

Sumário: 1. A Administração na Constituição de 1988. 2. A “Redistribuição Recíproca” como Fórmula de Burla aos Princípios Constitucionais da Administração Pública. 3. O Instituto na Praxe Administrativa. 4. Breve perfil do Instituto da Redistribuição. 5. Formas de Provimento dos Cargos Públicos. Breve Referência. 6. Um Precedente do TCU. 7. Conclusão. 8. Bibliografia.

1. A ADMINISTRAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal de 1988 trouxe diversas conquistas para a cidadania. Destacam-se, entre elas, as normas relativas à administração pública que a subordinam à observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Como autêntico corolário desses princípios (especialmente os da impessoalidade, da moralidade e da eficiência), estabeleceu como regra a investidura em cargo ou emprego público através de prévia aprovação em concurso público, ressalvando-se apenas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

A mudança de velhos costumes políticos, em que a nomeação para cargos públicos era vista como legítimo instrumento de fortalecimento do poder político, tornou necessária a inclusão no texto constitucional de preceitos que, à primeira vista, se mostram ociosos ou desnecessários, esmiuçando pormenores como o prazo de validade do concurso público (art. 37, III), a prioridade do concursado para assunção do cargo ou emprego em

relação a novos concursados (art. 37, IV) e a previsão de percentual mínimo das funções de confiança e dos cargos em comissão a serem ocupados por servidores de carreira (art. 37, V). Além disso, entendeu necessário determinar a nulidade do ato administrativo praticado sem a observância das normas relativas à investidura ou ao prazo de validade do certame, com punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

Chamado a pronunciar-se sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal, como intérprete máximo da Constituição ratificou o primado e a supremacia de tais princípios, ao examinar Resolução de Tribunal de Justiça sobre o preenchimento de cargo vago na carreira mediante acesso ou aproveitamento, assim proclamando: “O sistema de Direito Constitucional positivo vigente no Brasil revela-se incompatível com quaisquer prescrições normativas que, estabelecendo a inversão da fórmula proclamada pelo art. 37, II, da Carta Federal, consagrem a esdrúxula figura do concurso *a posteriori*” (ADIMC 1203-PI, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 19.02.95, p. 13.992)

2. A “REDISTRIBUIÇÃO RECÍPROCA” COMO FÓRMULA DE BURLA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Não obstante a clareza de tais princípios e normas e as reiteradas manifestações da Suprema Corte, a prática administrativa quase sempre se rebela contra as normas limitadoras do poder. Está no íntimo do homem, mesmo reconhecendo a necessidade e indispensabilidade da limitação na prática de atos administrativos, buscar sua afirmação pessoal no exercício do poder. Além disso, são grandes as pressões sofridas pelos titulares do poder para que encontrem fórmulas de contornar as exigências constitucionais, apresentando-lhes argumentos criativos ou que apenas buscam sensibilizar a autoridade, nela despertando a solidariedade humana (doença ou afastamento de pessoa da família, etc.). Entre tais fórmulas, tem-se destacado a chamada “redistribuição recíproca” ou “redistribuição por permuta” que, na verdade, não é redistribuição nem permuta, como adiante se verá.

3. O “INSTITUTO” NA PRAXE ADMINISTRATIVA

Na praxe administrativa, tem-se assim denominado o provimento de um cargo destinado a candidato aprovado em concurso público a servidor

integrante de outro quadro funcional que, por qualquer motivo, manifesta interesse em servir naquela localidade, com o apoio do órgão de origem. Imagino um exemplo na esfera do Judiciário Federal. Vaga-se um cargo de analista ou técnico judiciário no estado de Pernambuco, onde há uma relação de candidatos aprovados em concurso público, com prazo de validade ainda em vigor, em razão de aposentadoria do seu titular. Aparece, então, em cena um servidor que antes tinha domicílio em Recife, mas que preferiu submeter-se a concurso idêntico no estado do Amapá, onde a concorrência é muito menor, e demonstra interesse em ocupar a vaga aberta. Isto é feito através de requerimento ao TRF da 1ª Região, postulando a “redistribuição recíproca”. Em seguida, a Presidência desse Tribunal oficia ao TRF da 5ª Região que, aprovando o pedido, provê a vaga surgida, em prejuízo do candidato concursado que sequer toma ciência do fato. A vaga então surgida em Pernambuco é transferida para a Seção Judiciária do Estado do Amapá.

Essa prática, infelizmente, não tem sido rara na administração. Com a devida reverência aos que a defendem, não tem fundamento na Lei nº 8.112/90 e frustra os princípios constitucionais inseridos no art. 37 de nossa Carta Política. Mesmo na vigência da Lei nº 5.645, de 10.12.70, a ascensão e progressão funcionais obedeciam a critérios seletivos, reservando-se um número de vagas para esse fim. Desse modo, os concursados tinham prévio conhecimento das vagas que lhe eram previamente asseguradas.

O sistema posto em prática é especialmente pernicioso porque, à margem de qualquer disciplina legal, sequer limita a sua utilização. A depender do número dos servidores interessados nas vagas, poderá acontecer que todos os claros existentes sejam destinados ocupados por servidores integrantes de quadros estranhos. Basta que o requerente seja bastante hábil na utilização de retórica que impressione as autoridades envolvidas.

4. BREVE PERFIL DO INSTITUTO DA REDISTRIBUIÇÃO

Façamos breve esboço do instituto da redistribuição, instrumento que possibilita os necessários ajustes nos quadros dos diferentes órgãos do mesmo Poder. Segundo os termos do art. 37 da Lei 8.112/90, na redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97, é assim definida:

“Art. 37. Redistribuição é o deslocamento de cargo de provimento efetivo, ocupado ou vago no âmbito do quadro geral de pessoal, para outro

órgão ou entidade do mesmo Poder, com prévia apreciação do órgão central do SIPEC, observados os seguintes preceitos:

- I - interesse da administração;
- II - equivalência de vencimentos;
- III - manutenção da essência das atribuições do cargo;
- IV - vinculação entre os graus de responsabilidade e complexidade das atividades;
- V - mesmo nível de escolaridade, especialidade ou habilitação profissional;
- VI - compatibilidade entre as atribuições do cargo e as finalidades institucionais do órgão ou entidade.

§1º. A redistribuição ocorrerá *ex officio* para ajustamento de lotação e da força de trabalho às necessidades dos serviços, inclusive nos casos de reorganização, extinção ou criação de órgão ou entidade.

§2º. A redistribuição de cargos efetivos vagos se dará mediante ato conjunto entre o órgão central do SIPEC e os órgãos e entidades da Administração Pública Federal envolvidos.

§3º. Nos casos de reorganização ou extinção do órgão ou entidade, extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade no órgão ou entidade, o servidor estável que não for redistribuído será colocado em disponibilidade, até seu aproveitamento na forma dos artigos 30 e 31.

§4º. O servidor que não for redistribuído ou colocado em disponibilidade poderá ser mantido sob responsabilidade do órgão central do SIPEC, ou Ter exercício provisório, em outro órgão ou entidade, até seu adequado aproveitamento.”

A finalidade do instituto é ajustar a lotação às necessidades dos serviços, inclusive nos casos de reorganização, extinção ou criação de órgão ou entidade, consoante se vê no § 1º do mesmo dispositivo legal. Corresponde a atual terminologia ao que se denominava “relocação”.

Veja-se a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO no tópico “Lotação de Cargos e Redistribuição”:

“83 Todos os cargos existentes encontram-se “lotados” em algum quadro. Quadro, como se disse, é o conjunto de cargos isolados e de carreira. Na órbita federal há tantos quadros quantas sejam as unidades básicas de organização (Presidência da República e Ministérios).

O número total de cada quadro é o que se denomina sua “lotação”. A modificação da lotação de um quadro, pela passagem de cargo nele incluso para outro quadro - que tradicionalmente se denominava como relotação - atualmente na esfera federal, se designa, conforme a Lei nº 8.112, “redistribuição” (art. 37)” (Curso de Direito Administrativo, 12ª edição, Malheiros, pág. 272).

A redistribuição, no dizer de Ivan Barbosa Rigolin, “tem em vista a Administração apenas e tão-somente a adequação, ou ajustamento, de vários quadros de pessoal às novas, supervenientes necessidades dos serviços envolvidos, que se alteram com frequência, sobretudo em casos de reorganização do órgão, sua extinção ou, ainda, quando da criação de órgãos ou entidades. É natural que, reorganizando-se qualquer entidade, bem como criando-se cargo ou extinguindo-se nos quadros de qualquer entidade ou órgão, possa haver necessidade de ajustamentos, adequações, permutas, intercâmbios ou as mais diversas composições interentidades. Pode ocorrer, assim, de uma entidade reorganizada não mais necessitar um seu cargo, o qual faz falta em outra; daí a causa de a L. 8.112 haver previsto, como um aparelhamento adicional ao serviço da União, instituto da redistribuição” (Comentários ao Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis, Ed. Saraiva, págs. 93/94).

Assim discorre sobre o instituto Wolgran Junqueira Ferreira: “Era mais conhecida pela denominação de relotação, pois na verdade quem é deslocado não é o servidor e sim o cargo. Ora, este sendo deslocado, quem o ocupa, obviamente o acompanha. Tanto isso é verdade que ela somente ocorre para o ajuste de quadro de pessoas às necessidades dos serviços, inclusive nos casos de reorganização ou criação de órgão ou entidade (§ 1º). Na hipótese de extinção de órgão ou entidade, os servidores estáveis que não puderem ser redistribuídos, serão colocados em disponibilidade até o seu aproveitamento obrigatório, previsto no artigo 30 deste Estatuto, em obediência ao prescrito no § 3º do artigo 41 da Constituição Federal” (Comentários ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, 2ª ed., São Paulo, EDIPRO, 1993; pág. 49).

No exemplo dado, o Tribunal não está extinguindo ou reorganizando o órgão em que se achava o servidor aposentado. Também não se concebe que um órgão, ao mesmo tempo em que considera desnecessário um cargo, ao ponto de redistribuí-lo, faça-o condicionando tal redistribuição ao re-

cebimento de cargo similar. Por outro lado, é aberrante cogitar-se de reciprocidade ou em permuta entre servidor e cargo vago.

É flagrante, assim, que a chamada “redistribuição recíproca” é uma prática que não guarda similitude com o perfil do instituto da “redistribuição”, tal como definida na lei estatutária. Constitui mais uma fórmula de impedir a eficácia do dispositivo constitucional, entre outras razões, porque vulnera frontalmente o princípio da legalidade (nenhum dispositivo legal autoriza tal prática), da impessoalidade (não é oferecida a mesma oportunidade a todos os interessados na possível transferência, mas apenas a servidores bem relacionados) e da publicidade (o procedimento é realizado através de meros expedientes, sem prévio conhecimento dos concursados).

5. FORMAS DE PROVIMENTO DOS CARGOS PÚBLICOS. BREVE REFERÊNCIA.

Em princípio, a forma de provimento de cargo público é a da nomeação, denominada provimento originário. Vago cargo por morte ou aposentadoria, deve-se nomear o candidato em melhor classificação. As demais formas não podem ser utilizadas para o provimento originário de cargo público. A doutrina refere-se ao provimento vertical, pela promoção, ou por provimento horizontal, através da readaptação. Admite-se, ainda, o provimento por reingresso do servidor, nos casos de reversão, aproveitamento, reintegração e recondução. O Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União previa o instituto da “transferência” como forma de provimento derivado, na terminologia de Celso Antônio. Todavia, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos arts. 8º, IV e 23, §§ 1º e 2º do art. 23, da Lei nº 8.112/90 (MS 22148-8-DF, rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 08.03.96).

Portanto, não é possível o preenchimento de vaga de servidor aposentado ou falecido através de redistribuição, pois nesse caso o servidor traz o cargo do órgão em que antes se achava lotado. Por outro lado, seria inteiramente ilógico que o Tribunal, ao tempo em que recebesse servidor redistribuído, imediatamente fizesse outra redistribuição de cargo vago, porque todos sabemos que o cargo é necessário ao serviço da Corte, tanto assim que promoveu um concurso para provimento dos claros existentes.

6. UM PRECEDENTE DO TCU

Em caso análogo, já se pronunciou o TCU através da decisão 355/2000, da qual colho excerto, nos seguintes termos:

- “6. Daí se depreende que o instituto da **redistribuição** é o instrumento legal adequado para que se façam ajustes nos quadros dos diferentes órgãos do mesmo Poder. Nada impede sua utilização por Tribunais Federais, desde que obedecidos os requisitos legais e comprovada, no caso concreto, a necessidade de ajustamento do quadro de pessoal às necessidades de serviço.
7. No presente feito, os atos praticados pelos Tribunais Eleitorais envolvidos não demonstraram a existência de necessidade de ajustamento de lotação. Ao contrário, a exigência inicial do TRE/PA de condicionar a liberação de servidor para o TRE/CE a permuta com outro **cargo**, demonstra a inexistência de desequilíbrio entre a quantidade de **cargos** de Analista Judiciário e a demanda de serviço naquela Corte. Não há falar, por conseguinte, em ajustamento de lotação de que trata o § 1º do art. 37 da Lei 8.112/90.
8. O fato de ambos os Tribunais Eleitorais terem desconstituídos (sic) os atos relativos à **redistribuição** sob exame, reforça a tese de que não havia, na hipótese, necessidade de ajustamento de lotação à quantidade de serviço. De outro modo, entendo que a imediata correção da irregularidade dos atos respectivos, logo após o questionamento efetuado pelo Tribunal, demonstra a ausência de má-fé dos responsáveis ao praticarem referidos atos. Afasto, por conseguinte, aplicação de sanção aos membros dos Tribunais sob comento”.

7. CONCLUSÃO

Sob a ótica da legislação, verifica-se que a redistribuição referida no exemplo não atende aos requisitos legais. Seria totalmente irrazoável determinado setor da Administração entender desnecessário um cargo e, ao mesmo tempo, provê-lo, recebendo servidor de outro quadro.

Não se trata de extinção de órgão ou desnecessidade de serviço. Além disso, cumpre observar que há candidatos à espera da nomeação para a

vaga a ser provida. Não havendo a hipótese do provimento por forma derivada vertical, horizontal e por reingresso, deve-se prestigiar a forma preponderante, prevista na Constituição Federal, que é o provimento originário, mediante nomeação.

Em suma, verifica-se que a malfadada “redistribuição recíproca” constitui uma prática nociva ao serviço público, não tem fundamento na lei e afronta os princípios constitucionais da Administração Pública, especialmente os da legalidade, impessoalidade e da publicidade. Deve ser combatido para que as velhas práticas tão prejudiciais ao interesse públicos não sejam revividas sob novos rótulos.

8. BIBLIOGRAFIA

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 12ª edição, Malheiros, SP

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Comentários ao Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Cíveis da União, Saraiva, São Paulo.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. Comentários ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Cíveis da União, EDIPRO, São Paulo, 1993.

INOVAÇÕES NO PROCESSO CIVIL EM MATÉRIA RECURSAL CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI Nº 10.352/01

Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

Desembargador Federal do TRF da 5ª Região

1. O Judiciário brasileiro debate-se em grave crise. Os problemas que o afligem, que dificultam, retardam e, na prática, muitas vezes, até impedem a prestação jurisdicional, têm três vertentes. “São elas: a institucional, a estrutural e a relativa aos procedimentos”¹ Para que as duas primeiras sejam efetivamente atacadas, é necessário que se tenha uma efetiva reforma do Judiciário, com alterações constitucionais. A vertente procedimental tem sido objeto de intervenções pontuais. O Estado brasileiro tem optado por modificações em dispositivos específicos do CPC, a partir de trabalhos de grupo de juristas, ao invés de realizar uma grande revisão no Código, já próximo de alcançar trinta anos de vigência. As alterações tópicas se por um lado são menos traumáticas, por vezes tem um lado negativo que é o da corrosão dos pilares do código de 1973. Aqui, entretanto, não é o momento adequado para se estudar do acerto, ou não, da opção política do legislador brasileiro. O objetivo deste trabalho é bem mais modesto. Intenta-se apenas analisar alguns aspectos de uma dessas intervenções tópicas: a Lei nº 10.352, de 26.12.2001, recentemente editada, com apenas um dia de diferença da Lei nº 10358, de 27.12.2001² e não de todas as alterações introduzidas pela lei. Sabe-se que a primeira tratou da matéria recursal: modificou o regramento do duplo grau³, limitou os efeitos do recurso contra a parte da sentença que concede antecipação de tutela, modificou o regramento do agravo de instrumento, inclusive com o fortalecimento da figura do agravo retido⁴, alterou o regramento dos embargos infringentes e os limites do julgamento pelo Tribunal, na hipótese de apelação contra sentença que julga extinto o processo sem julgamento de mérito. Apesar de serem de gran-

de relevo as alterações introduzidas, aqui serão analisadas apenas essas duas últimas, que parecem merecer um destaque especial na busca da celeridade da prestação jurisdicional e no destaque que se deve atribuir à instrumentalidade do processo .

2. Iniciar-se-á pelas modificações trazidas na sistemática dos *embargos infringentes*. Em verdade, a principal modificação introduzida pela nova Lei restaurou, basicamente, a previsão original, do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei nº1.608/39), que previa:

Art.833. Além dos casos em que os permitem os arts.783, parágrafo 2º., e 839, admitir-se-ão embargos de nulidade e infringentes de julgado, quando não for unânime o acórdão que, em grau de apelação, houver reformado a sentença

Essa redação, na vigência do CPC de 1939, fora alterada pelo Decreto-Lei nº 8570/46, que deu nova redação ao citado art.833, deixando de ser a reforma da sentença, requisito dos embargos, permanecendo apenas a não unanimidade da decisão colegiada em sede de apelação, ou ação rescisória. O vigente Código manteve, basicamente, a mesma redação, ao estabelecer:

Art.530. Cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgamento em apelação e em ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

Observe-se que o CPC de 1973 também desprezara a relevante hipótese de se ter um julgado do Tribunal, embora por maioria, confirmando uma sentença.⁵, ou seja, o fato de haver duas decisões judiciais no mesmo sentido. Por outro lado, os embargos infringentes, desde que ocorrente a não unanimidade, seriam cabíveis, tanto face a sentença terminativa, como definitiva. A Lei nº.10.352/01 trouxe sensíveis alterações nos pressupostos específicos dos embargos infringentes. Com ela, o já referido art. 530 do CPC passa a ter a seguinte redação:

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 á matéria objeto da divergência. (*grifos inexistentes no texto legal*).

Seriam, segundo Moacyr AMARAL SANTOS, de acordo com a redação original do CPC de 1973, pressupostos de admissibilidade “ *dos embargos infringentes, além dos comuns a todos os recursos : a) que o julgado tenha sido proferido em apelação ou em ação rescisória; b) que o julgado não tenha sido tomado por unanimidade de votos.*”⁶

A nova redação, do Art. 530 do CPC mitiga a banalização desse recurso, reduzindo-o a situações excepcionais. Utilizando a expressão de AMARAL SANTOS, passam a ser pressupostos de admissibilidade dos embargos infringentes:

1. Que o julgado tenha sido proferido em apelação contra sentença de mérito e não mais de julgado contra qualquer sentença. Não mais caberá embargos infringentes contra julgados em apelações de sentenças extintivas de processo sem exame de mérito (hipóteses do art.267 do CPC);

2. Além de tratar-se de julgado contra sentença de mérito, será necessário, ainda, que o julgado REFORME-A. Contra julgado confirmatório de sentença, mesmo de mérito, não serão cabíveis embargos infringentes. É a tese do duplo julgado, presente na redação original do CPC de 1939.

3. Na hipótese de rescisória, exige-se que o acórdão tenha julgado PROCEDENTE A AÇÃO RESCISÓRIA. Ou seja, na hipótese de improcedência, não serão cabíveis embargos infringentes. É a mesma tese do item anterior, de acordo com a qual, havendo dois julgados no mesmo sentido, não seriam cabíveis embargos infringentes

4. Além desses novos pressupostos, mais restritivos e seletivos, permanece o tradicional, que é o da não unanimidade do julgado.

Com as inovações introduzidas evitar-se-á a grande quantidade de embargos infringentes de apelações e de rescisórias, após dois pronunciamentos judiciais no mesmo sentido. Evitar-se-ão embargos infringentes acerca de questões meramente processuais e valorizar-se-á, indiretamente o julgado, de 1º. grau .

Pode-se argumentar que, com a alteração introduzida, os embargos terão reduzido o papel de uniformizador de jurisprudência que haviam, de

certo modo, preenchido. Para tal inquietude, a resposta vem com a provável revitalização da **uniformização de jurisprudência** (arts. 476 e segs. do CPC) e, também, com a utilização da previsão do novo parágrafo 1º. do art. 555, do código [o antigo parágrafo 1º. foi deslocado para 2º.], de seguinte redação:

§ 1º Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso.

Quando, p.e., o relator de uma apelação verificar que, fora das hipóteses mais restritas de embargos infringentes, está a haver divergências entre turmas, que estariam a manter sentenças diversas, poderá valer-se desse novo instrumento, bastante útil para a pacificação da jurisprudência.

Outra substancial modificação em relação aos embargos infringentes é no tocante ao tratamento dado aos julgados parcialmente unânimes e quanto aos prazos para interposição de recursos extraordinário e especial. Sobre essa matéria o STF anteriormente expedira duas Súmulas:

Nº.354: *Em caso de embargos infringentes parciais, é definitiva a parte da decisão embargada em que não houve divergência na votação*

Nº.355: *Em caso de embargos infringentes parciais, é tardio o recurso extraordinário interposto após o julgamento dos embargos, quanto à parte da decisão embargada que não fora por eles abrangida*

Essas súmulas foram alcançadas pela nova redação dada ao Art.498 do CPC:

“Art. 498. Quando o dispositivo do acórdão contiver julgamento por maioria de votos e julgamento unânime, e forem interpostos embargos infringentes, o prazo para recurso extraordinário ou recurso especial, relativamente ao julgamento unânime, ficará sobrestado até a intimação da decisão nos embargos.

Parágrafo único. Quando não forem interpostos embargos infringentes, o prazo relativo à parte unânime da decisão terá como dia de

início aquele em que transitar em julgado a decisão por maioria de votos (grifos inexistentes no texto legal)

Ambas as súmulas estarão superadas a partir de 27 de março de 2002 (data em que a Lei nº 10.352/01 entra em vigor, de acordo com a previsão de seu Art. 2º), pois os prazos para interposição de recursos extraordinário e especial só começarão a fluir a partir da intimação do julgamento dos embargos. Tal inovação tem grande importância prática para a tramitação processual perante os tribunais, além de propiciar recursos não ordinários de melhor técnica, não sujeitos e referências condicionais.

Essas são as principais alterações no tratamento dos embargos infringentes.

3. Outra relevante alteração introduzida no CPC, essa no tocante aos limites da matéria objeto de apreciação pelos tribunais, em grau de recurso, foi o regramento estabelecido no recém-criado Parágrafo 3º. do Art. 515. Anteriormente, o parágrafo 1º. do citado artigo chegara a levantar várias discussões. Dispunha:

Parágrafo 1º. Serão porém objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

A pretensão de alguns juristas de ver nesse dispositivo a possibilidade de serem examinadas pelo Tribunal “*ad quem*”, p.e., questões relativas ao mérito, quando da apreciação de recurso de sentença que extinguiu o processo sem julgamento de mérito, foi rechaçada pela doutrina mais expressiva. Nesse sentido, v.g:

Luiz FUX – “Devolve-se a causa tal como tratada na primeira instância. Entretanto a devolutividade do recurso, conquanto instituto processual, sofre a influência dos princípios norteadores do sistema. Assim é que a economia processual, que tantas repercussões exerce em diversas passagens de nossa ordenação, volta a ocupar lugar na sistemática recursal. É que, debatida a causa no primeiro grau, pode ter havido lacunas. Em nome do princípio acima, não se recomenda que a causa retorne ao primeiro grau. Permite-se que o tribunal conheça da matéria omitida, des-

de que não se trate de pedido não julgado, ou exceção material não apreciada. O princípio da economia processual recomenda que o tribunal vá adiante, até porque o duplo grau, de uma forma, ou de outra, privilegia o julgamento de segundo grau. Entretanto, não se pode, em nome desses princípios, autorizar que um pedido, ou exceção material sejam julgados, de início, na instância ad quem, com violação do duplo grau de jurisdição.”⁷

BARBOSA MOREIRA: “*como o apelante não pode impugnar se não aquilo que se decidiu (...) conclui-se desde logo que a apelação não devolve ao tribunal o conhecimento de matéria estranha ao âmbito do julgamento do órgão a quo. Assim, se se trata de sentença terminativa- isto é, de decisão que pôs fim ao procedimento de primeiro grau sem julgar o mérito-, não é lícito ao órgão ad quem passar incontinenti ao exame deste, na hipótese de ser provida a apelação.”⁸*

Theotônio NEGRÃO, invocando inúmeros julgados dos tribunais superiores, também segue pela mesma senda: “*Tantum devolutum quantum appellatum(RT 499/159):Só a matéria impugnada é que sobe ao conhecimento do tribunal, com as restrições dos arts. 505 e 512 in fine. E como ninguém pode impugnar o que não conhece, se o juiz não proferiu sentença de mérito, este não poderá ser decidido pelo Tribunal em grau de apelação”...⁹*

Radical foi a mudança introduzida pelo Parágrafo 3º.:

§ 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

Observe-se que, em nome do princípio da economia processual e da eficiência, flexionou-se a regra do duplo grau, sem qualquer prejuízo para as partes. Estabeleceram-se alguns requisitos:

1. Tratar-se de questão exclusivamente de direito, ou seja, a discussão entre as partes não envolver matéria de fato, ou, naquelas hipóteses de questões de fato e de direito, a controvérsia for apenas quanto ao direito.

2. Não se tratar de hipótese de extinção de processo sem julgamento de mérito como a de indeferimento da inicial, não estando o processo pronto para julgamento.

Essa modificação, que representa, o ressurgimento de algo já previsto nas Ordenações Filipinas, Livro III, tít. L^o XVIII, princ., quando, segundo BARBOSA MOREIRA, se rejeitava a hipótese de “*duas apelações numa mesma relação processual, numa mesma causa e numa mesma instância*”. Por certo, tal previsão será objeto de profundas críticas pelos processualistas mais ortodoxos, por aqueles que, por vezes, esquecem o fim do processo, sua natureza instrumental e passam a hipervalorizar o meio. A experiência mostra, repetidamente, que, em inúmeros casos, nos quais um tribunal já tem sobre o mérito jurisprudência mansa e pacífica e o juiz, após regular instrução, extingue o processo sem julgamento de mérito. Com a apelação, cujo julgamento leva, em regra, mais de um ano, em visão otimista, ter-se-ia a devolução do processo ao julgador de primeiro grau, para apreciar a matéria, que voltaria, em seguida, ao tribunal, para julgamento de nova apelação cujo resultado já se antevia, com evidente atraso na prestação jurisdicional. A alteração é salutar, sacrifica o purismo de alguns, mas atende ao princípio da eficiência que se busca e à instrumentalidade do processo. Não se pode alegar inconstitucionalidade do novo dispositivo, pois os limites da apreciação recursal são estabelecidos por normas legais e não constitucionais. Além disso, o acesso aos tribunais superiores (STF e STJ) continuará aberto, com a utilização dos recursos extraordinário e especial.

NOTAS

¹ CAVALCANTI, Francisco. *Inovações no processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p.11

² NOTA: a Lei no 10.358/2001 alterou vários dispositivos da parte geral do Código e do processo de conhecimento.

³ Nova disciplina em matéria de duplo grau, com supressão da previsão de reapreciação da sentença de anulação de casamento e com adequação à alçada da lei instituidora dos juizados especiais federais e com a limitação na hipótese de jurisprudência pacificada:

Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente. Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

⁴ Observem-se os dispositivos pertinentes ao Agravo de instrumento objeto de alteração:
Art523.....

§ 2º Interposto o agravo, e ouvido o agravado no prazo de 10 (dez) dias, o juiz poderá reformar sua decisão.

§ 4º Será retido o agravo das decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento e das posteriores à sentença, salvo nos casos de dano de difícil e de incerta reparação, nos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida.”(NR)

“Art. 526

Parágrafo único. O não cumprimento do disposto neste artigo, desde que argüido e provado pelo agravado, importa inadmissibilidade do agravo.”(NR)

“Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator:

- I - negar-lhe-á seguimento, liminarmente, nos casos do art. 557;
- II - poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, remetendo os respectivos autos ao juízo da causa, onde serão apensados aos principais, cabendo agravo dessa decisão ao órgão colegiado competente;
- III - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;
- IV - poderá requisitar informações ao juiz da causa, que as prestará no prazo de 10 (dez) dias;
- V - mandará intimar o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda no prazo de 10 (dez) dias, facultando-lhe juntar cópias das peças que entender convenientes; nas comarcas sede de tribunal e naquelas cujo expediente forense for divulgado no diário oficial, a intimação far-se-á mediante a publicação no órgão oficial;
- VI- ultimadas as providências referidas nos incisos I a V, mandará ouvir o Ministério Público, se for o caso, para que se pronuncie no prazo de 10 (dez) dias.

“Art. 544

§ 1º O agravo de instrumento será instruído com as peças apresentadas pelas partes, devendo constar obrigatoriamente, sob pena de não conhecimento, cópias do acórdão recorrido, da certidão da respectiva intimação, da petição de interposição do recurso denegado, das contra-razões, da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado. As cópias das peças do processo poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal.

§ 2º A petição de agravo será dirigida à presidência do tribunal de origem, não dependendo do pagamento de custas e despesas postais. O agravado será intimado, de imediato, para no prazo de 10 (dez) dias oferecer resposta, podendo instruí-la com cópias das peças que entender conveniente. Em seguida, subirá o agravo ao tribunal superior, onde será processado na forma regimental.

Art. 544

§ 1º O agravo de instrumento será instruído com as peças apresentadas pelas partes, devendo constar obrigatoriamente, sob pena de não conhecimento, cópias do acórdão recorrido, da certidão da respectiva intimação, da petição de interposição do recurso denegado, das contra-razões, da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado. As cópias das peças do processo poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal.

§ 2º A petição de agravo será dirigida à presidência do tribunal de origem, não dependendo do pagamento de custas e despesas postais. O agravado será intimado, de imediato, para no prazo de 10 (dez) dias oferecer resposta, podendo instruí-la com cópias das peças que entender conveniente. Em seguida, subirá o agravo ao tribunal superior, onde será processado na forma regimental.

⁵ A manutenção dos embargos infringentes, com a extensão que foi dada não era intenção da Comissão elaboradora do anteprojeto. Como lembra **Barbosa Moreira**, “*Essa manutenção foi de*

certo modo surpreendente. O anteprojeto BUZAID pusera de lado os embargos de nulidade e infringentes, salvo como recurso cabível contra decisões proferidas nas <causas de alçadas>(art.561). Na exposição de motivos dizia-se que a <<existência de um voto vencido não basta por si só para justificar a criação de recurso; porque pela mesma razão se deve admitir um segundo recurso de embargos sempre que no novo julgamento subsistir um voto vencido; por esse modo poderia arrastar-se a verificação do acerto da sentença por largo tempo, vindo o ideal de justiça a ser sacrificado pelo desejo de aperfeiçoar a decisão>> “Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. V –8ª.ed. Rio de Janeiro, 2000. Forense, p.507.

⁶ AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, III vol p. 141.

⁷ FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. P.839.

⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Obra citada, p. 425.

⁹ NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 32ª.ed.São Paulo: Saraiva, 2001. P.563.

¹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Obra citada, p.425.

IDEOLOGIA E POLÍTICA DO SISTEMA JURÍDICO E SUAS CORRELAÇÕES COM O DIREITO DE RECORRER

Napoleão Nunes Maia Filho

Desembargador Federal do TRF da 5ª Região

SUMÁRIO: 1.1 - A persistente necessidade dos recursos processuais. 1.2 - Sobre a função estratégica dos recursos. 1.3 - Ainda sobre a dualidade de graus da jurisdição. 1.4 - Os Juízes do segundo grau. Bibliografia.

1.1 A PERSISTENTE NECESSIDADE DOS RECURSOS PROCESSUAIS

Não se deve esquecer, na análise do tema da necessidade dos recursos, que a estrutura recursal repousa diretamente sobre a base teórica que justifica a persistência, na organização judiciária, de *pelo menos dois graus jurisdicionais ordinários*, indicando que as decisões das causas em geral comportam e devem comportar, em princípio, revisões de seus conteúdos.

A necessidade principal da manutenção do elenco dos recursos, quer em versão mais larga, quer em versão mais exígua (*se fosse possível ou admissível fazer-se uma lista das suas razões ou motivos*), diz respeito, certamente, ao interesse de *evitar a prática despótica da primeira instância julgadora*, o que por certo ocorreria em ampla medida, *se fosse vedado o reexame das decisões*, eliminada que fosse a estrutura dual do Poder Judiciário, substituída por uma única instância.

Não se pode negar que a eliminação da dualidade dos graus da jurisdição *certamente contribuiria para celerizar a formação da coisa julgada*, mas importaria também em admitir-se que o prolator da decisão *não co-*

meteria erros (o que é empiricamente falso, como se sabe) ou que deveriam as partes litigantes, a ordem jurídica positiva e a própria sociedade se disporem a *conviver com o erro*.

Esse argumento se presta ao propósito de demonstrar a necessidade da dualidade dos graus da jurisdição, indica que o sistema recursal deve ser pluralístico e de certa forma põe em ordem de discussão a racionalidade desse mesmo sistema, em que se debate se a existência de vários meios impugnativos (plethora recursal) *mais desserve do que aprimora a prestação da justiça*; em outras palavras: os recursos contribuem para retardar a formação da coisa julgada e, por conseqüência, protraem no tempo a solução final das lides.

De toda sorte, o balanço entre as duas posições (unicizar a jurisdição ou assegurar a dualidade de graus da jurisdição) parece favorecer a segunda corrente, que tem um ilustre defensor no grande teórico liberal CHARLES-LOUIS DE SECONDAT, mais conhecido como o BARÃO DE MONTESQUIEU, que já assinalava, ao seu tempo, a tendência ao *natural despotismo judicial*, que seria incrementado e consolidado com a implantação do *juízo único*.

Ao ver desse autor, são evidentes os prejuízos e os danos aos interesses sociais e ao próprio conceito de justiça que se obtém com a unicidade de graus da jurisdição: eis a passagem da sua obra mais conhecida sobre esse ponto específico:

“Tal Magistrado (único) só pode existir no governo despótico. Vê-se, na história romana, a que ponto um único juiz pode abusar de seu poder. Como não teria Ápio, em seu tribunal, desprezado as leis, já que violou mesmo as que fez.” (O Espírito das Leis, tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leônico Martins Rodrigues, EdUnB, 1982, Livro VI, Cap. VII).

A necessidade de implantação de graus sucessivos de jurisdição, como mecanismo capaz de propiciar maior garantia à administração da *boa justiça*, foi albergada na Constituição do Império do Brasil, de 1824, que assim dispunha em seu art. 158:

“Art. 158 - Para julgar as Causas em segunda e última instância, haverá nas Províncias do Império as Relações que forem necessárias para a comodidade dos Povos.”

Apesar de se tratar, como se sabe, de uma Carta Política *outorgada*, foi a Constituição Imperial de 1824 a *única a trazer de forma clara e incontroversa um dispositivo específico sobre o direito de recorrer*, até insinuando que o número de Tribunais (então chamados de Relações), seria balizado pela *commodidade dos Povos*, o que pode ser entendido como sendo a *pressão da demanda dos jurisdicionados*.

A propósito desse dispositivo da Carta de 1824, o notável MARQUÊS DE SÃO VICENTE (Doutor José Antonio Pimenta Bueno), assinado como o maior jurista do Império do Brasil, escreveu o seguinte:

“A Constituição, como se vê do seu art. 158, criou duas e únicas instâncias, e esse é o princípio geralmente admitido como o mais perfeito desde que a civilização começou a segurar os progressos sociais. Se os Juízes julgassem em um só grau, se todas as questões fossem decididas peremptoriamente em sua alçada, se houvesse uma só instância, não haveria meio de corrigir o abuso ou erro que eles cometessem, por isso mesmo que não haveria recurso propriamente dito. Ainda quando fossem responsabilizados, a injustiça ficaria consumada. Seria uma tirania. É pois indispensável que haja dois graus de jurisdição, como um meio justo de conseguir imparcial justiça, de purificar as decisões do abuso, ou do erro.” (Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império, ed. de 1857, reed. do Ministério da Justiça, 1958, no. 470, p. 331).

Entretanto, apesar da clara dicção constitucional, a incipiente legislação processual infra-constitucional daquela época (notadamente o famoso Regulamento 737, de 1850, no seu art. 646), previu a implantação de alçada recursal segundo o valor da causa, na apelação cível, *seguramente contrariando a letra do art. 158 da Carta de 1824, que não continha limitação alguma ao uso dos recursos*.

Mas é importante assinalar que os autores d’ antanho não registram *que se tenha discutido, naquele tempo, a possível inconstitucionalidade desse dispositivo do Regulamento 737 (art. 646), por impacto à letra do art. 158 da Constituição Imperial*, o que pareceria evidente e manifesto, pelo menos para os padrões de entendimento jurídico de hoje em dia.

Não se sabe ao certo a que atribuir-se esse *monumental silêncio* dos grandes juristas dessa época, quanto a esse aspecto, mas certamente o pou-

co ou quase nenhum desenvolvimento do Direito Constitucional, naquele tempo, faz parte da explicação dessa omissão dos notáveis doutores nas Leis desse período glorioso.

As Cartas Políticas que se seguiram àquela do Império do Brasil *não trouxeram, como já se disse, previsão explícita da dualidade de graus da jurisdição, que é o antecedente lógico e institucional do sistema recursal e das possibilidades dos recursos, mas previram esses Textos Constitucionais, sem embargo, a existência dos Tribunais de grau superior e as suas competências recursais*, de modo que é legítimo se concluir que a dualidade jurisdicional tem efetivamente sede nas Constituições que ao longo dos tempos foram sendo adotadas no País.

A vigente Carta Política Brasileira, de 1988, mesmo não contendo um dispositivo expresso sobre o duplo grau, tem, no entanto, duas passagens de notável definição quanto a essa forma de organização da estrutura judiciária: (a) o inciso XXXV do art. 5o., *assegurador da amplitude do acesso à justiça e da indeclinabilidade da jurisdição e (b) o inciso LV do mesmo art. 5o., assegurador do contraditório e da ampla defesa e do uso dos recursos a ela (ampla defesa) inerentes*.

Tem relevo anotar que a Carta Magna lista nos seus arts. 48 e 49 as amplas atribuições e competências do Congresso Nacional, nos arts. 51 e 52, as da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, no art. 84 as do Presidente da República, *enquanto as do Poder Judiciário vêm comprimidas no inciso XXXV do art. 5o., onde compactamente se lhe reconhece a ampla função de mediar a solução das lides*.

Os incisos XXXV e LV do art. 5o. da Carta Magna de 88 se inserem estrategicamente no amplíssimo espectro dos direitos e deveres individuais e coletivos, podendo-se concluir (mas não só por essa circunstância) *que o sistema constitucional volta-se à proteção e ao resguardo de direitos e interesses das pessoas, tanto no nível individual, quanto do nível social*.

O grande jurista e Professor JOSÉ FREDERICO MARQUES expressou em completa síntese essa função da jurisdição, quando ainda não se inscrevera na Carta Magna a largueza da proteção aos direitos sociais, dizendo que *“o sistema constitucional brasileiro ligou ao Poder Judiciário atribuições destinadas ao amparo dos direitos individuais, tanto que o direito à jurisdição está incluído no capítulo em que se declaram os direitos e garantias individuais (...)*, para concluir que *“a atividade jurisdicional por quem tenha legítimo interesse está intimamente ligada à proteção dos*

direitos individuais.” (Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária, Ed. Millenium, 2000).

Reconhecendo-se a *sede constitucional* do sistema recursal, como efetivamente parece ser a posição da maioria dos doutrinadores, põe-se a reflexão sobre os limites que a legislação comum, *infra-constitucional*, pode validamente estabelecer, ao disciplinar a procedimentalidade dos recursos.

Passa-se aqui, quanto à *amplitude* do direito de recorrer, algo similar à amplitude do direito de ação que, como é sabido, tem sede na Constituição, *mas a sua dinâmica se ajusta a padrões operacionais infra-constitucionais, às vezes dando a impressão de redução de seu alcance.*

Por certo essa questão alberga a compreensão (seja mais larga, seja mais estreita) do significado ou dos conteúdos do *devido processo legal judicial*, trazendo sempre de envolta a também sempre relevante discussão sobre se a recorribilidade íntegra (ou não) essa histórica garantia reconhecida em favor dos litigantes.

1.2 SOBRE A FUNÇÃO ESTRATÉGICA DOS RECURSOS

Resgatando-se para o termo *política* a sua acepção verdadeira de *gestão de todos os interesses gerais da Cidade*, tal como os filósofos gregos o empregavam, poder-se-á dizer que é *essencialmente política a função do sistema de recursos e de todas as espécies recursais*, importando isso em dizer-se que é a preocupação-síntese do Poder Público (*ou o macro-afazer estatal*) a promoção do indefinível *bem comum*.

No nível da administração da *função jurisdicional do Poder Público*, constata-se que esse relevante afazer estatal se concretiza em *pacificar os contendores das pugnas judiciais (lides) pela aplicação de um processo que se possa crer justo ou pelo menos se revestir da aparência de justiça ou de preocupação com esse resultado*.

A essa compreensão se integram, contudo, outros elementos de igual relevo, alguns de expressão ou feição *predominantemente técnico*, tais como a mitigação das reações naturais dos inconformados com a decisão adversa, formatando a *base psicológica* do sistema recursal, como frisa o Professor RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO (Recurso Extraordinário e Especial, RT, 1993, 3a. ed., p. 38).

O notável mestre processualista ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, assim se expressa a propósito desse assunto:

“O recurso visa à satisfação de uma tendência inata no gênero humano, qual seja de que, em regra, ninguém se conforma com um julgamento desfavorável. Nos mais mezinhos exemplos quotidianos, encontram-se vestígios ou manifestação desse impulso, ainda que seja a tentativa de reforma pelo próprio julgador, ante novos argumentos que são invocados, imediatamente, pelo atingido ou prejudicado com a decisão.” (Introdução aos Recursos Cíveis, RT, 1976, 2a. ed., p. 127).

Mas sob a asserção da base psicológica do sistema recursal se oculta um outro fator, também subjetivo, que é a *consciência comum* afirmativa ou constatadora da *falibilidade do ser humano*, o que, sem dúvida alguma, representa um dos motivos da reação inconformada dos demandantes derrotados.

Mas *prevenir, vencer ou dominar a discórdia entre os membros da sociedade*, máxime quando estes se extremam em lutas internas motivadas por interesses imediatos e disputas por bens-da-vida limitados (*não acessíveis ou não disponíveis para todos em igual medida*) será sempre o macro-desafio cujo atendimento serve para justificar o próprio aparato estatal.

Bem por isso, a *nota política* realmente cintila em todo o Direito, em tudo o que é jurídico, em todo o percurso da atividade processual e, naturalmente, marca a estrutura dos recursos e a própria organização judiciária em duplo patamar, dando a noção de uma hierarquia quanto às instâncias produtoras de julgamentos.

Adverte com inteira pertinência o Professor ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO para a indesejável eventualidade do *uso político dos recursos e do sistema recursal* (O Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil, RT, 1995, p. 127 e segs.), mas embora essa possibilidade seja mesmo inegável, *o que importa frisar é que os meios recursais e o próprio sistema recursal revestem claros propósitos macro-políticos, finalmente redutíveis ao escopo de pacificação social a que todo o ordenamento jurídico serve.*

A ilustre Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER dedica largas reflexões a esse assunto e afirma, em obra notável que produziu com os Professores Antônio Carlos Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco o seguinte:

“Mas o principal fundamento para a manutenção do princípio do duplo grau é de natureza política. O Poder Judiciário, principalmente onde os seus membros não são sufragados pelo povo, é, dentre todos, o de menor representatividade. É preciso, portanto, que se exerça ao menos o controle interno de sua legalidade e a justiça das decisões judiciais. Eis a conotação política do princípio do duplo grau de jurisdição.” (Teoria Geral do Processo, Malheiros, 1992, 9a. ed., p. 31).

Sobre este oportuníssimo magistério da encomiada processualista de São Paulo há que se comentar o seguinte: (a) não é o modo de investidura eletiva o critério infalível da desejada representatividade ou legitimidade dos agentes estatais, *pois essa qualidade pode ser obtida, também, em razão dos desempenhos funcionais*; (b) o exercício do recurso processual *nem sempre gera provimentos mais justos* e (c) a adequação de uma decisão judicial ao padrão da legalidade *depende da percepção que se tenha dessa mesma medida (padrão), não sendo aceitável que signifique sempre, tão só e apenas, a sua dimensão normativa-positiva.*

A *problemática dos recursos* envolve outros aspectos de maior relevo, qual seja, por exemplo, a vedação, pelo menos em termos de princípio, da produção de prova na instância recursal, *o que de certo modo limita ou empeça a demonstração da verdade processual e cerceia a atividade probatória a cargo das partes, ainda que interesse ao juízo*; quando a esse ponto, admite-se que todos os meios de prova terão sido acessíveis ao litigante e que ele terá se valido de quantos lhe foram estratégicos, salvo o elenco que se lhe mostrou impossível.

Não há dúvida que essa é uma *ficção necessária* e sobretudo uma técnica de asseguramento da marcha do processo, inclusive do trâmite do recurso, que de outro modo ficaria à mercê de retrocessos e recuos (ainda que legítimos) às fases processuais pretéritas, com sacrifício de sua celeridade.

Mas é certo que essa *disciplina processual recursal* prestigia maximamente outros valores dessa relação jurídica, na suposição de que a quota de justiça (ou de possibilidade de justiça) seja apreensível, no segundo grau, pelo conjunto de provas que já está integrado ao processo.

Outro dado exponencial pertine ao atendimento dos pressupostos recursais, seguramente um autêntico *filtro* à admissão dos recursos, contribu-

indo também para a formação de coisas julgadas que muitas vezes estão em desarmonia com o desejável conteúdo de justiça de que a decisão recorrida se ressentiu *ou até mesmo afrontando regramentos constitucionais dotados de supremacia.*

1.3 AINDA SOBRE A DUALIDADE DE GRAUS DA JURISDIÇÃO

A historiografia mais recente do Poder Judiciário fornece alguns dados que não são encomiantes do duplo grau de jurisdição, como se pode constatar, por exemplo, nas longas e inconclusivas discussões sobre o assunto, travadas logo na fase de organização do aparelho estatal, após a vitória da Revolução Francesa; a Revolução de 1789 tornou-se paradigma das revoluções liberais, como se sabe, assim se explicando o permanente interesse pela compreensão dos seus aspectos.

São na verdade numerosas as obras a respeito dos significados desse processo revolucionário; sobre a matéria e outras correlatas, de igual interesse para o significado das grandes mudanças institucionais operadas pela Revolução, o Professor ALBERT SOBOUL tem um livro de notável exemplaridade (*História da Revolução Francesa*, tradução de Hélio Pólvora, Zahar, 1974).

Realmente, entende-se que o esforço de construção de um novo tipo de estrutura estatal, arduamente empreendido pelos revolucionários de 89, na França, *ficou como um paradigma da elaboração racionalista de algo contra o passado de certo modo irracional e obscuro*, ou seja, da implantação de uma *ordem institucional nova*, em todos os seus variados aspectos e também valores, em clara adversidade à *ordem institucional antiga*, rejeitada por inteiro ou *em bloco*.

Um dos mais analíticos e eruditos estudos sobre esse aspecto da *constitutividade revolucionária francesa* deve-se ao eminente Professor NELSON SALDANHA, que frisa essencialmente os seus aspectos históricos acumulativos, sobretudo no plano cultural, assinalando o seguinte:

“As novas vigências, no século XVIII, cresceram aos poucos, década por década, de modo que a ocorrência da Revolução encontrou-as assentes. Eram novos valores. Não tão novos, pois desde os séculos XVI e XVII, que a burguesia e o capitalismo, mais o protestantismo e

o humanismo alteraram a vida social e espiritual. Mas no século XVIII o individualismo e o racionalismo se tornaram mais maduros e o iluminismo os pôe mais límpidos.” (Formação da Teoria Constitucional, Forense, 1983, p. 65).

No que diz respeito, especificamente, à alta desconfiança dos líderes da Revolução Francesa quanto à conservação do duplo grau de jurisdição, que existia no Antigo Regime francês (a monarquia absolutista) e de algum modo até mesmo o caracterizava, o eminente Professor NELSON NERY JUNIOR assim a explica:

“Quando se estabelece uma nova ordem jurídica em determinada sociedade, a preocupação dos que assumem o poder é extirpar todo e qualquer resquício restante da ordem jurídica anterior. Foi nesse clima que, imediatamente após a Revolução Francesa, os então novos detentores do poder viam no recurso forma de elitismo, onde os juízes dos tribunais superiores seriam uma espécie de casta com poderes de mando sobre os magistrados de primeiro grau.” (Teoria Geral dos Recursos, RT, 3a. ed., 1996, p. 33).

Entendiam alguns líderes mais exaltados, por certo com base na experiência nacional francesa imediata e recente, naquela época, *que as Cortes de Justiça eram uma espécie de nichos da nobreza ociosa, que os magistrados dessas Cortes superiores tinham sentimentos anti-revolucionários, avessos ao progresso e às mudanças que se impunham, e que a simples conservação dessas instituições elitistas representavam uma concessão injustificável aos adeptos do Ancien Régime, proscrito da vida da Nação pela força das armas da Revolução.*

Essa preocupação se nutria essencialmente das constatações objetivas sobre a *persistência das antigas instituições feudais, ainda subjacentes na organização estatal francesa*, formando um quadro de notável peso e inegáveis condicionantes, a que o Professor GIANFRANCO POGGI chamou de *“legado político do sistema feudal”*, representando uma herança efetiva e de larga consistência, cuja remoção somente a muito custo se viria depois a obter (A Evolução do Estado Moderno, tradução de Álvaro Cabral, Zahar, 1981, p. 44).

Dest'arte, indubiosamente, a reação revolucionária francesa às instituições judiciárias, *com o duplo grau de jurisdição entre elas*, era eivada de inteira pertinência histórica, *sendo ainda o campo fértil para invectivas contra a nobreza e os seus séquitos e o seu espírito mais do que conservador, retrógrado*.

Contudo, a cisma contra o *duplo grau jurisdicional viria a ter acolhimento apenas parcial*, pois ficou assentado, nas discussões da Assembléia Constituinte, *que as instâncias judiciais superiores seriam mantidas, mas disporiam somente do poder de cassação das decisões dos juízes primários, quando fossem portadoras de erro*, devendo os feitos retornar sempre à origem, para o proferimento de outra decisão, pelo mesmo órgão judicial, assim se fazendo prevalecer a diretriz do grau inferior.

Esta foi, de certo modo, uma espécie de solução de compromisso e vê-se que a crença revolucionária privilegiava os juízos de primeiro grau, *conservando a sua desconfiança relativamente aos juízes dos graus jurisdicionais mais altos*.

Entretanto, a jurisdição terminaria se organizando *com os Tribunais recuperando inteiramente a antiga função reformadora das decisões de primeira instância, tanto que a Constituição Francesa de 1795 a consagrou de forma expressa, em concepção que se tornou exemplar para outros povos, eis que essa experiência revolucionária ficou sendo a mais influente de todas*.

Isso significa que, inobstante as razões de ordem política (algumas vezes) recomendarem, como parece ser o caso da Revolução de 89, a eliminação pura e simples do segundo grau de jurisdição, essa forma de organização tem se mantido ao longo das suas muitas adversidades, o que certamente é sinal da sua permanente necessidade.

É certo que a instituição do duplo grau de jurisdição e, por natural consequência, a permanência dos Tribunais organizados em *Cortes de Justiça* vem se mantendo com as suas características básicas, *naturalmente sob as configurações diversas que vão sendo ditadas pelo tempo*.

Dir-se-ia que os Tribunais são experiências de todo enraizadas nas culturas de praticamente todos os povos *e não se caracterizam* (como pareceu aos revolucionários franceses de 89) *como templos da aversão à evolução social e às mudanças, pelo contrário, são formadores de proteções efetivas aos direitos, às liberdades e às garantias dos indivíduos*.

1.4 OS JUÍZES DO SEGUNDO GRAU

A análise da estrutura da jurisdição mostra que ela efetivamente se organiza em dois graus ordinários (ou comuns) ou imediatos e sucessivos (o grau primário e o grau secundário), fundando-se nessa forma de organização o pressuposto da competência recursal das Cortes de Justiça, ou seja, *sem essa estrutura se inviabilizaria por completo a função recursória*.

Os demais órgãos jurisdicionais ou estruturais compõem os *graus superiores da jurisdição*, somente acionáveis em situações de todo singulares e previstas expressamente no ordenamento jurídico, através dos *recursos raros*, como o recurso especial e o recurso extraordinário, para o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e para o Supremo Tribunal Federal (STF), respectivamente, conforme se prevê nos arts. 102, III e 104, III da Carta Magna.

Esses dois Tribunais Superiores têm posição deveras destacada na estrutura do Poder Judiciário do País e não integram a organização das instâncias julgadoras comuns, situando-se ambos em patamar *sui generis*, daí está a merecer maior reflexão o quadro sinótico apresentado pelo eminente Professor ALEXANDRE DE MORAES, em que posta o STJ *no mesmo nível hierárquico dos Tribunais Superiores das jurisdições especializadas da Justiça do Trabalho, da Justiça Eleitoral e da Justiça Militar* (Direito Constitucional, Atlas, 9a. ed., 2001, p. 435), o que é certamente uma informação que deveria ser revista pelo ilustre autor.

De igual modo, os órgãos judiciários inferiores são chamados de *primários* (correspondendo aos do primeiro grau de jurisdição), de *secundários*, os seguintes (abrangendo os Tribunais ou Cortes de Justiça de segundo grau) e de *superiores*, os outros (representativos da jurisdição extraordinária).

Ademais, o Poder Judiciário Brasileiro, por ser o Brasil um Estado Federal, se organiza também em função da dualidade de ordens políticas que caracteriza e denota a estrutura estatal federativa, de modo que ao lado da Justiça da União Federal há também os órgãos da Justiça dos Estados, *ocorrendo em cada em cada uma dessas organizações (a federal e a dos Estados-membros) a presença de órgãos jurisdicionais comuns e órgãos jurisdicionais especializados*.

No âmbito da Justiça da União Federal, os órgãos da sua jurisdição comum são os da *Justiça Federal* (arts. 106 e segs. da Carta Magna), com-

preendendo: (a) os Juízes Federais (Grau Primário), organizados em Seções Judiciárias (uma em cada Estado da Federação e no DF), com um número variável de Varas Federais, e (b) os cinco Tribunais Regionais Federais (TRF's), formando o seu Grau Secundário, abrangendo cada uma dessas Cortes um número desigual de Seções Judiciárias.

Por sua vez, os órgãos da jurisdição especializada da União Federal são: (i) a *Justiça do Trabalho*, cujo grau primário corresponde às Varas do Trabalho e cujo grau secundário pertence aos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT's), havendo pelo menos um em cada Estado-membro e no DF (arts. 111 e segs. da CF); (ii) a *Justiça Eleitoral*, cujo primeiro grau corresponde às Juntas e Juízes Eleitorais e cujo segundo grau pertence aos Tribunais Regionais Eleitorais (TRE's), havendo um em cada Estado-membro e no DF (arts. 118 e segs. da Carta Magna) e, finalmente, (iii) a *Justiça Militar* (arts. 122 e segs. da Carta Magna), cuja organização acha-se toda estruturada infra-constitucionalmente.

Na Justiça dos Estados a jurisdição comum cabe aos Juízes de Direito (Grau Primário) e cabe aos Tribunais de Justiça (TJ's) ou aos Tribunais de Alçada (TA's) o Grau Secundário, sendo a implantação da Justiça Militar uma faculdade atribuída aos Estados-membros, desde que atendidos todos os requisitos constitucionais (art. 125 e segs. da Carta Magna).

Considerando-se apenas os *juízes do segundo grau da jurisdição comum*, ou seja, os juízes que compõem os Tribunais de Segundo Grau, situados intermediariamente entre os juízos primários comuns e os Tribunais Superiores e, mais especificamente, os integrantes dos TRF's e dos TJ's dos Estados, cabe fazer a seguinte análise.

De acordo com a Carta Magna Federal, os membros dos TJ's dos Estados e os dos TRF's são oriundos na sua maioria (4/5), respectivamente, da Justiça Comum dos Estados (Juízes de Direito) e da Justiça Federal (Juízes Federais), que ascendem a esses Tribunais mediante dois critérios distintos: (a) a promoção por antiguidade, que contempla os Magistrados mais antigos na carreira e (b) a promoção por merecimento, que não contempla somente os mais antigos, *podendo a escolha recair em Magistrado mais moderno*.

Os Juízes de Direito são escolhidos em lista tríplice organizada pelo respectivo Tribunal de Justiça, dentre os integrantes do primeiro quinto dos mais antigos na última entrância e cabe ao Presidente da Corte de Justiça nomear aquele que foi o mais votado.

A rigor, portanto, a escolha do Juiz de Direito a compor o Tribunal de Justiça é do próprio Pleno da Corte, não podendo o Presidente escolher o que não tenha obtido a maior votação.

Quanto aos Juízes de Direito requer a Constituição (art. 93, II, “b”) que o candidato à promoção por merecimento tenha pelo menos um biênio de exercício na entrância e integre a primeira quinta parte (20%) dos mais antigos desta; essa *mesclagem* (mistura de antiguidade e de mérito) desfigura o critério, sendo preferível que as promoções por merecimento considerem apenas a vitaliciedade do candidato, que é obtida após 2 anos de exercício (art. 22. II. “d” da LC 35/79).

A promoção dos Juízes Federais por merecimento se orienta por outros ditames constitucionais, requerendo-se só que tenha o candidato entre 30 e 65 anos de idade e no mínimo 5 anos de exercício como Juiz Federal (art. 107, *caput* e II da Carta Magna), *não se lhes aplicando, em face dessa disposição constitucional específica, a regra geral contida no art. 93, II, “b” da Constituição.*

Essa matéria já foi enfrentada mais de uma vez pelo colendo STF, sendo essa a orientação uniforme dos seus julgamentos, *mas continua, quanto a essa diretriz, a obstinada oposição de alguns poucos, mas eminentes, Magistrados de TRF’s de Juízes Federais de Primeiro Grau, estes certamente por razões menos jurídicas e menos institucionais; de fato, a antiguidade não exclui o merecimento, do mesmo modo que este independe daquela.*

Esses critérios de promoção de Juízes às Cortes de Justiça são muitas vezes questionados, sob a inspiração de motivações geralmente causuísticas: *diz-se, mas sem razão, que a promoção por merecimento tende a favorecer certos e determinados Magistrados, mas se insinua nessa alusão que esses Magistrados, os potencialmente favorecidos com a promoção por merecimento, por certo não reuniriam os requisitos de altivez, sabedoria e experiência, de que os mais antigos se julgam os únicos detentores.*

O argumento não tem procedência ou, pelo menos, não tem a relevância que lhe é atribuída: *não há garantia alguma de que os Magistrados promovidos pelo critério da antiguidade sejam os mais sábios, os mais independentes ou experientes, não sendo de todo estranho que alguns Magistrados antigos não sejam mesmo os melhores, na exata consideração dos destinatários da sua jurisdição.*

Tem magna importância, ademais, consignar que cabe ao Presidente da República nomear os Juízes Federais que vão compor os TRF's, seja pelo critério de antiguidade, seja pelo de merecimento, *contrariamente ao que se passa com a Justiça dos Estados, cuja escolha é do Pleno dos TJ's e a nomeação do Presidente da Corte.*

Também é importante analisar que, nos Tribunais de Segundo Grau, por expressa previsão constitucional (art. 94), 1/5 dos seus lugares é preenchido com membros oriundos do Ministério Público (Estadual, no caso dos TJ's ou Federal, no caso dos TRF's), com pelo menos 10 anos de carreira, e Advogados de notório saber jurídico e reputação ilibada, com pelos menos 10 anos de militância profissional.

Apesar da redação do art. 94 da Carta Magna, esses dois últimos requisitos são também exigíveis aos membros do MP que se candidatam aos Tribunais, *não sendo razoável supor que o decênio de atividades funcionais, por si só, bastasse para evidenciar o merecimento.*

A escolha e nomeação dos que, provindo do quinto constitucional (MP e OAB), vão integrar os TJ's e os TRF's, são procedidas pelo Governador do Estado (no caso dos TJ's) e pelo Presidente da República (no caso do TRF's), *sendo essa uma maneira de integrar o Chefe do Poder Executivo na formação das Cortes de Justiça, com saldo favorável à meta de harmonia entre os poderes.*

O preenchimento do *quinto constitucional*, porém, não é uma tarefa que sempre se desenvolva sem percalços, pois é frequente a eclosão de disputa sobre qual a classe (MP ou OAB) a que deve ter a preponderância inicial; a regra geral (art. 94 da Carta Magna), mencionando em primeiro lugar o MP, *parece indicar seja dessa douta instituição o direito ao preenchimento da primeira vaga do quinto.*

Entretanto, o art. 107, I da Carta Magna *menciona em primeiro lugar o membro oriundo da OAB, dando a entender que, relativamente aos TRF's, a primazia seria da nobre classe dos Advogados.*

De toda sorte, resolvida a questão sobre a primazia da preponderância inicial, os preenchimentos seguintes se farão alternadamente, ora preponderando uma, ora a outra classe.

Outra consideração que se faz relativamente ao quinto constitucional pertine à sua própria razão de ser, alvitrando alguns que se trata de instituto de indiscutível valia para o exercício da melhor justiça, por permitir a participação de membros oriundos de outras classes, que não a Magistratura

(MP e OAB), na composição dos Tribunais de Segundo Grau, *assim arejando o colegiado de julgadores e lhe trazendo a proveitosa visão de outras profissões jurídicas, comprometidas na aplicação contenciosa do Direito Positivo.*

Há, contudo, vozes em contrário, pugnando até mesmo pela *extinção do quinto constitucional*, lembrando que a função de julgar representa, antes de tudo, *uma vocação e um aprimoramento constantes, requisitos não presentes nas funções do Advogado e do Ministério Público*, vocacionados que são eles, inegavelmente, para outras nobilíssimas tarefas que, porém, acumulam experiências de todo distintas da atividade de julgar.

Por último, cabe registro relevante a respeito da idade mínima para o julgador integrar as Cortes de Justiça, sendo 30 anos nos TRF's (art. 107, *caput*, da Carta Magna), mas havendo *silêncio constitucional* quanto à exigência desse requisito etário aos Juízes de Direito, para acesso aos Tribunais de Justiça do Estados.

BIBLIOGRAFIA

BUENO, José Antonio Pimenta, (Marquês de São Vicente), *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, 1857, reed. do Ministério da Justiça, 1958.

JÚNIOR, Nelson Nery, *Teoria Geral dos Recursos*, 3a. ed., RT, 1996.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza, *O Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil*, RT, 1995.

LIMA, Alcides de Mendonça, *Introdução aos Recursos Cíveis*, 2a. ed., RT, 1976.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Recurso Extraordinário e Especial*, 3a. ed., RT, 1993.

MARQUES, José Frederico, *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*, Ed. Millenium, 2000.

MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, 9a. ed., Ed. Atlas, 2001.

POGGI, Gianfranco, *A Evolução do Estado Moderno*, tradução de Álvaro Cabral, Zahar Editores, 1981.

ROCHA, José de Albuquerque, *Estudos sobre o Poder Judiciário*, Malheiros, 1995.

SALDANHA, Nelson, *Formação da Teoria Constitucional*, Forense, 1983.

SECONDAT, Charles-Louis de, (Barão de Montesquieu), *O Espírito das Leis*, tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leônico Martins Rodrigues, EdUnB, 1982.

SOBOUL, Albert, *História da Revolução Francesa*, tradução de Hélio Pólvora, Zahar Editores, 1974.

SOU DO RECIFE (*)

Margarida de Oliveira Cantarelli

Desembargadora Federal do TRF da 5ª Região

Senhoras, Senhores,

Sinto-me extremamente honrada em receber a Medalha do Mérito José Mariano, que esta Casa — dos representantes do povo do Recife, generosamente, houve por bem outorgar-me, à unanimidade dos seus pares, acolhendo a indicação do meu dileto amigo, vereador Paulo Roberto.

Por tão expressiva homenagem para mim, quero iniciar agradecendo – de modo especial, ao professor Paulo Roberto, este educador por vocação e político como extensão do seu servir à nobre causa da Educação. Trabalhamos juntos nessa mesma seara, consolidando-se, pela comunhão de ideais e de realizações, uma grande e sincera amizade. Suas palavras calaram bem fundo no meu coração, pelas referências tão generosas quanto afetivas à minha pessoa.

Gostaria de estender os meus agradecimentos a todos os integrantes desta egrégia Câmara, com quem tive o privilégio de conviver mais de perto, durante o período em que exerci o cargo de Secretária de Educação do Recife, por escolha do ilustre homem público, ex-Governador e ex-Prefeito, Roberto Magalhães.

Relembro, com especial respeito, o dia em que aqui compareci, tão logo assumi o cargo de Secretária, para expor, debater e ouvir sugestões, acerca do Programa que então implantávamos no Recife – o Bolsa-Escola, e que tramitava nesta Casa como Projeto-de-Lei Municipal. Colhi valiosas sugestões. Muitas transformaram-se em emendas, outras tantas passaram a

(*) Discurso proferido por ocasião do recebimento da Medalha do Mérito José Mariano, em sessão solene da Câmara Municipal do Recife, em 22 de novembro de 2001.

integrar o seu regulamento. Os compromissos então assumidos foram fielmente cumpridos por ambas as partes. E assim, nascia entre nós uma convivência harmoniosa, uma colaboração efetiva, que as eventuais e pequenas diferenças políticas jamais comprometeram.

Sempre nutri por esta Casa e pelos seus ilustres e dignos integrantes a maior consideração, por enxergá-los para além da representação legal do povo do Recife, que a democracia representativa consagra como órgão legislativo municipal. Mas, sobretudo, por reconhecer, em cada um, importante papel a desempenhar, sintonizados com cada bairro, cada rua, cada localidade – que são pedaços da cidade; conhecedores dos seus problemas, das suas necessidades, das suas angústias - que são pedaços da dor da cidade - e aqui formam o grande mosaico multicolor e multiforme de todos os recifes.

Sim, todos os recifes, porque eles são muitos. Os visíveis e os invisíveis aos olhos dos passantes. Seguramente os últimos, talvez, nem sejam os maiores, mas, certamente, são os mais populosos. Estão escondidos por trás de fachadas ou de muros em largas avenidas – como a querida Comunidade N. Sra. do Pilar; ou enterrando-se na lama, nas palafitas à beira-rio, dos Coelhos, na Iputinga, na Madalena, numa miséria indigna da condição humana. Ou, ainda, encarapitados nos morros que circundam o Recife dos baixios, escorregando nas suas encostas e pedindo a Deus que não chova.

A esses recifes invisíveis procurei servir da melhor forma que pude, esforçando-me obstinadamente na direção de alguns objetivos. Os alcançados estão aí e falam por si, os que ficaram nos sonhos, desejo sinceramente que outros os concretizem. Desses recifes eu não esqueço, não só porque me sinto parte deles, mas porque eles ficaram dentro de mim.

Presidente Dilson Peixoto – com quem participei da Comissão Executiva do Bolsa-Escola, e com quem partilhei as angústias das grandes relações de alunos de famílias de renda “zero” –, alçado à Presidência desta Casa, por justo mérito, na pessoa de V. Exa. expresso o meu sincero e comovido agradecimento, extensivo a todos os vereadores, dentre os quais tenho grandes e pessoais amigos, albergados nas diferentes legendas partidárias. Deixo de nominá-los para não cometer o pior dos pecados, que é o da omissão.

Agradeço, desde já, muito sensibilizada, às autoridades, aos meus familiares, que estão sempre ao meu lado – neste ou em outro mundo onde se encontrem – e aos tantos colegas e amigos aqui presentes, que deixaram

suas ocupações para dividir comigo a alegria deste momento. A presença de cada um confirma que, dentre as melhores coisas da vida, está sem dúvida, construir e consolidar amizades.

Meus agradecimentos aos componentes do navio “Coral Novo Milênio”, regido pela querida amiga Leni Amorim, essa guerreira das artes, que nos trouxe, na beleza da música, a certeza de que os seus integrantes vivem com alegria não a terceira, mas uma bela idade.

Honra-me também este galardão pelo Patrono desta Casa, que dá o seu nome à medalha – José Mariano. José Mariano Carneiro da Cunha, pernambucano de Gameleira, foi aluno da Faculdade de Direito do Recife e, ali, bacharelou-se em 1870. Dois anos depois, fundava o Jornal “A Província,” que se tornou órgão do Partido Liberal, mantendo-se na direção até 1885, e dele fazendo uma das suas trincheiras na luta pela liberdade. Eleito deputado geral em 1878, foi reeleito para diversos mandatos. Tornou-se, no Parlamento, ao lado de Joaquim Nabuco – seu correligionário e amigo – um dos mais denodados defensores da abolição da escravatura no Brasil. Todavia, não se limitou às palavras, mas empenhou-se com ações concretas nas sociedades emancipadoras e nas abolicionistas, entre as quais o célebre Clube do Cupim, de que foi fundador e um dos membros mais atuantes, sob o pseudônimo de “Espírito Santo”. Sempre recebeu, para as suas ações, o inestimável apoio da esposa, D. Olegarina, mais um exemplo de determinação da mulher pernambucana, que chegava a receber na própria casa, no Poço da Panela, escravos fugidos. Político de tão grande popularidade, que um hino abolicionista dizia, numa estrofe:

“Os dois tribunos da Pátria
No Congresso Nacional:
Mariano a nossa glória,
Nabuco nosso phanal”.¹

Republicano, eleito deputado constituinte, em 1890, fez oposição ao marechal Floriano, participando do movimento revolucionário de 1893. Preso e recolhido à Fortaleza de Lage, no Rio de Janeiro, venceu, não obstante, as eleições federais de 1º de março de 1895, elegendo-se deputado a si e aos seus companheiros de chapa. Esteve afastado do Parlamento de 1899 até

¹Phanal – fanal: farol, lume, guia, norte.

1912, quando retornou, eleito deputado por Pernambuco, morrendo, pouco depois, no Rio de Janeiro. Seu corpo veio para o Recife, onde foi inumado².

José Mariano – defensor da liberdade humana no tempo em que a escravidão era também física, e o escravo considerado apenas uma coisa, com um preço, e não uma pessoa. Seu pensamento, trazido para os tempos de hoje, deve ser entendido, nesta Casa, como símbolo de outras liberdades que se transformaram em direitos fundamentais do ser humano: liberdade de expressão, de locomoção, de informação, de religião; direito à educação, à saúde, à vida, à paz.

Ostentar uma Medalha José Mariano é, para mim, também um compromisso com todas as liberdades; receber a Medalha José Mariano é assumir que, da trincheira de que dispuser, manter-me-ei fiel à garantia de todos esses direitos.

Sou do Recife, embora há muito viva em Olinda, transformando meu coração numa *diana do pastoril do amor* pelas duas cidades irmãs.

Sou do Recife, daqui, do mesmo Recife dos versos de Carlos Pena Filho:

“No ponto onde o mar se extingue
e as areias se levantam
cavaram seus alicerces
na surda sombra da terra
e levantaram seus muros
do frio sono das pedras.
[...]
Hoje, serena, flutua,
Metade roubada ao mar,
Metade à imaginação,
Pois é do sonho dos homens
Que uma cidade se inventa”.

Sou do Recife, a Mauritiópolis. A mesma inventada do sonho do conde João Maurício de Nassau, que a transformou, de uma povoação loca-

²Silva, Leonardo Dantas. *A Abolição em Pernambuco*. Recife: Editora Massangana, 1988. Obra apresentada e organizada por Leonardo Dantas Silva e publicada em co-edição com o Ministério da Ciência e Tecnologia – CNPq/ Comissão de Eventos Históricos. Os dados referentes a José Mariano estão nos artigos republicados e inseridos no referido livro: O Clube do Cupim, de Carneiro Vilela; O Movimento da Abolição no Nordeste, de Coriolano de Medeiros e do Catálogo da Exposição realizada no Teatro Santa Izabel, em 1939.

lizada na parte extrema do istmo, nos oito anos de sua permanência no Brasil, num novo centro urbano, na primitiva Ilha de Antônio Vaz. A nova urbe veio a receber o título de Cidade Maurícia. Descreve Leonardo Dantas que, “aos melhoramentos urbanísticos, inclusive, a construção dos palácios de Friburgo e da Boa Vista, bem como uma grande ponte ligando o atual bairro do Recife à nova cidade, além de outra ligando esta ao continente, vieram juntar-se os trabalhos dos pintores, astrônomos, médicos, naturalistas, que faziam parte da comitiva. [...] Estudos sobre a flora, a fauna, a medicina e os naturais da terra, bem como observações astronômicas e um detalhado levantamento cartográfico da região, bem dizem da importância da presença do conde João Maurício de Nassau à frente dos destinos do Brasil Holandês”.³

Permitam-me, Sr. Presidente, autoridades e amigos presentes, que quebre um tanto o formalismo que uma solenidade como esta requer, para falar de um Recife que vivi e o quero vivo, num misto de sentimento e magia.

Sou do Recife, o mesmo cantado por Capiba,

“Recife, Cidade Lendária
De pretos de engenho cheirando a bangüê ;
Recife – de velhos sobrados, compridos, escuros
Dá gosto de ver.
Recife – teus lindos jardins
Recebem a brisa que vem do alto-mar
Recife – teu céu tão bonito
Tem noite de lua, pra gente cantar.”

Sou do Recife, dos seus bairros de nomes românticos e atrativos, como “Encanta Moça”, “Boa Vista”, “Dois Irmãos”, “Rosarinho”, “Boa Viagem”, este tinha até uma “Casa Navio”, no trecho conhecido como “Corta Jaca”; dos bairros abençoados pelos seus padroeiros, São José, Santo Antônio, Santo Amaro; dos que trazem nomes de fruteiras, Jaqueira, Cajueiro, Tamarineira, Coqueiral, Mangueira, Mangabeira. Dos bairros carregados de História, Casa Amarela do Arraial do Bom Jesus e da Casa Forte, ambos

³Silva, Leonardo Dantas. *O Recife imagens da cidade sereia*. Publicação da Prefeitura do Recife, Administração Roberto Magalhães, 1997/00. P. 34.

símbolos da resistência ao invasor. O último, referência da coragem da mulher pernambucana. Ou, ainda, aqueles de nomes um tanto estranhos para os de fora, mas que nos soam tão familiarmente, como Aflitos, Afogados, Água Fria, Linha do Tiro. Quando alguém ia ao velho centro da cidade, referindo-se ao hoje encantador “Recife Antigo”, dizia “vou lá dentro do Recife”.

Sou do Recife das muitas ruas e praças que guardam seus nomes antigos e cheios de significado, como no frevo n.º 3, de Antônio Maria:

“Rua antiga da Harmonia
Da Amizade, da Saudade
E da União
São lembranças
Noite e dia”.

Ah, além dessas, quantas outras mais, como a Praça Chora Menino, ruas da Aurora e do Sol, da Glória, Pátio do Terço, Rua do Pombal, da Concórdia, Largo da Paz, Rua Imperial, sem falar nas do Imperador e da Imperatriz. Cada uma tem sua história e uma razão de ser. Embora justo o reconhecimento a pessoas beneméritas para a cidade, que esta Casa homenageia *post mortem*, dando os respectivos nomes às vias públicas, mas permanece o encanto de que a Avenida da Saudade leva ao Cemitério conhecido como de Santo Amaro, mas que, na realidade, se chama Bom Jesus da Redenção.

Sou mesmo do Recife, porque aqui também estavam as casas dos meus avós – só não moravam na Rua da União, como o de Manoel Bandeira: os paternos estavam na Rua do Sossego e a materna, na Estrada de Belém. Também, como o poeta:

“nunca pensei que ela(s) acabasse(m),
tudo lá parecia impregnado de eternidade”.

Mas, guardo de ambas, afetuosas lembranças, desde o cheiro do jasmim e das rosas dos jardins, das brincadeiras com os primos, das guloseimas, dos chás para febre, das balinhas de guaco para tosse, de um tempo só vivo na memória do coração e nos retratos esmaecidos.

Por tantas coisas boas, “Sou do Recife com orgulho e com saudade”, não por estar longe no espaço, mas “Sou do Recife com vontade de chorar” por um tempo passado – o mesmo Recife de Antônio Maria. Nasci, cresci e me criei aqui – nasci na Rua Marquês do Paraná, me criei na Rua Alfredo de Medeiros, entre Espinheiro e Encruzilhada. Estudei o curso primário, era assim que se chamava à época, perto de casa, no “Instituto Recife”, onde fui aluna de uma das maiores educadoras do seu tempo – professora Eulália Fonseca – Lalu, a quem renderei sempre as minhas homenagens.

No Colégio de São José, das Irmãs Dorotéias, onde minha tia era a Madre Oliveira, fiz o ginásio, de lá saindo para o Colégio Vera Cruz na busca do “curso clássico”, preparação ao ingresso na Faculdade de Direito. Guardo dos dois Colégios alegres recordações, tanto das colegas – muitas, amigas até hoje, como as irmãs Schuler, que Ana Maria, nesta Mesa, representa a todas –, como dos professores – religiosas e leigos, e, especialmente agradecida pela sólida formação moral e cristã ali recebida, imprimindo, desde cedo, os valores éticos que deveriam ser observados em todos os atos da minha vida.

Recordo-me do Curso Torres, indispensável a todos os que pretendiam chegar à “Casa de Tobias”, essa vizinha da frente – a Faculdade de Direito do Recife. Lembro-me do vestibular, adiado naquele ano por causa de uma greve dos estudantes, que exigiam ter representação nos órgãos colegiados: “a greve por 1/3”, como era chamada. Ao se realizar, na quinta-feira depois do Carnaval, fui fazer a prova de francês, tendo como examinadores o professor Palhares Moreira Reis, em gramática (que me examinou do vestibular ao doutorado) e o professor Gláucio Veiga, em literatura. Ao sortear o ponto, com este último, saiu o nome: George Sand. Com a sua voz tonitruante me perguntou: “homem ou mulher?” Mulher, respondi – Aurore Dupin. Escreveu, com pseudônimo masculino, na primeira metade do Século XIX, romances de amor como *Indiana*, *Valentine*, *Lélia*, onde reivindicava para as mulheres o direito à paixão e lançava reprovação dura às convenções mundanas e aos prejulgamentos sociais. Na maturidade escreveu *História da minha vida* e *Ela e ele*. Foi amante de duas figuras mundialmente conhecidas, o escritor Alfred de Musset e o compositor Frederic Chopin.

Assim, naqueles primeiros contatos, entendi logo que a mulher, para se afirmar naquele “Templo” ainda tão masculino, embora não precisasse usar pseudônimo, necessitaria de determinação obstinada para criar os seus próprios espaços.

A Faculdade de Direito do Recife, onde entrei aos dezessete anos e de onde nunca saí. Tenho orgulho de ter dela os títulos de bacharel, mestra e doutora em Direito, embora não me tenha limitado a eles, nem ao Recife, nem ao Brasil. Foi um tempo maravilhoso, de descobrimento do Direito, da Justiça, da vida. Da convivência com grandes mestres – juristas do maior nível e colegas com quem ainda conservo amizade fraterna. Vivemos os dias tumultuados do pré e pós 64, mas a Casa ultrapassou todos os percalços com a dignidade e a força que vêm do Direito e da sua própria História.

Se entrei na Escola bastante tarde para os padrões atuais, com sete anos completos, mas aos vinte e dois já dava a minha primeira aula na Faculdade de Direito da Universidade Católica, na disciplina a que me dedico até hoje, o Direito Internacional, no distante ano de 1967, como assistente do professor Marco Antônio Maciel. Desde então, sempre estivemos próximos, quer na administração pública, quer nas lides políticas. Aprendi a admirá-lo pela honestidade, simplicidade, capacidade de trabalho, amor a Pernambuco e muitas outras grandes lições, mesmo quando silente.

O magistério sempre foi, das muitas atividades a que me dediquei na vida, a mais constante. Tenho consciência de que fui e fiz muitas coisas, senão muito bem, mas da melhor forma que pude. Mas o que mais fiz foi procurar ensinar, e o que sempre fui, foi professora. Se é por servir à Educação que ora me homenageiam, tenham a certeza de que foi no magistério onde mais me realizei. Ao longo desses trinta e quatro anos completos de sala de aula, tenho procurado transmitir aos meus alunos, já na segunda, quase terceira geração, não só o que os livros trazem. Isto eles poderiam fazer por si. Mas despertá-los para os assuntos internacionais, semear entre eles o respeito aos direitos humanos, às obrigações decorrentes dos tratados e das convenções, à palavra empenhada, à autodeterminação dos povos, à prevalência da equidade sobre a iniquidade, do Direito sobre a força. Tarefa difícil, quando vivemos num tempo de estranha guerra e, como tal, em situações incompatíveis com as liberdades humanas.

Sou do Recife e fui do Recife dos tempos das grandes procissões, onde saía vestida de anjo, com uma túnica de cetim branco com bolinhas douradas na barra, asas recobertas de folhinhas de papel crepon, diadema com uma estrela na cabeça, muito apertado para não escorregar nos meus cabelos bem lisos. Meus irmãos e primos carregavam o andor do Senhor dos Passos e chegavam em casa com os ombros roxos – fazia parte do calendário religioso da família. Meu avô era da Mesa da Irmandade.

Quantas lembranças das Semanas Santas! Nas quintas-feiras, todos iam, como se dizia, “correr os Sepulcros”, cada um mais bonito, ornamentados pelas beatas e onde se faziam donativos e se trocavam moedinhas. Não se comia carne nas quartas e sextas-feiras durante toda a Quaresma, mas eram muito bons os pratos típicos da época. Embora se enfatizasse que era para fazer jejum, talvez fosse o tempo que mais e melhor se comia, tudo na base do leite de coco, até o feijão e o arroz!

E, por falar em comidas, o meu Recife sempre teve uma culinária rica. A sua doçaria é esplêndida, associando o açúcar, produto principal do Estado, ao sabor marcante das frutas tropicais. Aqui se soube acrescentar, com perfeição, à não menos deliciosa doçaria portuguesa, o coco, o milho e a mandioca, nas sobremesas que enchem os olhos e agradam aos paladares mais exigentes. Estão a comprovar o Bolo Souza Leão, o Bolo de Rolo, a Baba de Moça. Quem nunca comeu um doce em calda de goiaba, de jaca ou de mamão, feito em casa, certamente, não conhece um dos prazeres da vida.

O Recife se dava ao luxo de ter suas comidas próprias para determinadas festas do ano. O filhós, embebido em calda de açúcar, era melhor no Carnaval. Além da Quaresma, o São João sempre foi época de variadíssima e trabalhosa culinária: canjica, pamonha, bolo de milho, pé-de-moleque, manuê. No tempo em que se comprava milho verde por mão, o que, para explicar aos mais novos, quer dizer cinquenta espigas. E depois de descascá-las, debulhava-se uma a uma. A arte estava em trançar as palhas mais tenras para despejar-se o líquido fumegante que daria forma ao manjar dos manjares, que é uma pamonha cremosa.

No Natal, o pastel é doce, recheado de carne de porco moída e uma azeitona, depois de frito, passava-se no açúcar. A massa era feita em casa e aberta com o rolo próprio, caricaturado nas charges como arma feminina contra maridos trelosos. O peru comprava-se vivo, com certa antecedência para engordá-lo, era embriagado com cachaça e abatido na véspera para dar tempo de temperar e assá-lo para a ceia. Hoje, compra-se temperado e congelado não se sabe há quantos meses.

Embora seja da geração do fogão a gás e da geladeira, recordo-me da velha máquina de moer carne, dos filtros de barro, do raspador de coco e do pingüim de louça, em cima da geladeira.

Sou do Recife. Não fui do Recife do tempo das figuras da Evocação de Nelson Ferreira. Não conheci Felinto, Pedro Salgado, Guilherme, nem Phenelon. Mas fui do Recife que cantava a Evocação nº1, de belos e saudosos carnavais.

Como Gilberto Aureliano, na canção “Recife Luz”, também

“Ó eu não sei
Se descrever tanta beleza poderia
Minha cidade, no carnaval se redescobre na alegria.
É o prazer
De se envolver nestes momentos de magia
De ser feliz
Acreditando que real é a fantasia”.

Os carnavais que reviviam as marchinhas antigas – “ Se você fosse sincera, ô, Aurora”; “Ó jardineira por que estás tão triste”, “Allah-la-ô, oh que calor”. Como também os sucessos um pouco menos antigos, “tomara que chova três dias sem parar” (1951), “confete, pedacinhos coloridos de saudade” (1952), “você pensa que cachaça é água” (1953), “recordar é viver, eu ontem sonhei com você” (1954), “eu vou pra Maracangalha, eu vou” (1956), “ei, você aí, me dá um dinheiro aí” (1960), “a lua é dos namorados” (1961), “olha a cabeleira do Zézé” (1964). Ou a inesquecível, “quanto riso, ah quanta alegria, mais de mil palhaços no salão, Arlequim está chorando pelo amor da Colombina, no meio da multidão”, era o sucesso de Máscara Negra, no Carnaval do ano de 1967. Ou os do grande Nelson Ferreira, além dos muitos frevos frevendo para os passistas traçarem tesoura, as canções tão cheias do mais puro sentimento: “O dia vem raiando por detrás do mar”, “Chora palhaço, grande a tua dor”, “ Oh Linda flor da madrugada”, “Gosto de te ver cantando”. Ou os do inesquecível Capiba, “Quando é noite de lua, lá no bairro onde moro, vou pra rua cantando para alguém que tanto adoro”; “Os melhores dias da minha vida, eu passei contigo, querida”, “Manda embora essa tristeza, manda por favor”, “Quando se vai um amor, destes que a gente quer bem”, “o que é que vou dizer em casa, quando chegar quarta-feira de cinzas”, “quem vai pro farol é o bonde de Olinda”. Ou as músicas saudosas de Antônio Maria e Luís Bandeira, porque também eu muitas vezes, “voltei, Recife, foi a saudade que me trouxe pelo braço”, a vibração das de Edgar Moraes, entre tantos outros. Músicas que permaneceram no tempo porque retratam o eterno da alma humana.

Carnavais de confete e serpentina, do curso nas ruas do Centro, da Concórdia, parada obrigatória na casa do Dr. Bernardino Ramos, compadre de meu pai. Dos bailes do Clube Português e Internacional, animados pelas

Orquestras de Zacarias e de Nelson Ferreira. Quando soavam os primeiros acordes do Vassourinha, estremecia o salão. “Ah quarta-feira ingrata, chega tão depressa, só pra contrariar”, dando a volta na praça já dia claro, e terminando com aquele cheiroso cachorro quente da porta do Clube. Hoje, só em pensar, o meu colesterol estremece!

Mas, como diz o Frevo da Saudade, de Nelson Ferreira e Aldemar Paiva:

“Quem tem saudade não está sozinho,
Tem o carinho da recordação
Por isso quando estou mais isolado,
Estou bem acompanhado com você no coração”.

Sou do Recife, do tempo das compras no centro da cidade: nas ruas Nova e da Imperatriz atravessando a pé a Ponte da Boa Vista - da Sloper, da Viana Leal (a primeira escada rolante da cidade), da Etam, do Louvre, da Sapataria Clark, da Phoenix, do Magazine Caxias, da Krause, da Ótica Universal; das Livrarias Cruzeiro, Acadêmica, Impetratriz e Médico-Científica; da Casa Holanda, para os mais abastados e da Movelaria Livramento, para a classe média; do Ateliê de Dulcinha Walter, para os vestidos de grande festa e de Mme. Georgina Palha, onde se alugavam chapéus para os casamentos. Compravam-se na Casa Blumenau toalhas riscadas e lãs coloridas para bordá-las com bastidor, discos da Fábrica Mocambo, na Loja Rosenblit. Tomava-se chá na Casa Matos, sorvete no Gemba – mangaba com chocolate, era o que sempre pedia. Podia-se também beber guaraná Fratelli Vita, suas gasosas de limão e de maçã, ou, ainda, o casal “Cliper”, o guaraná e a laranja . Tirava-se retrato no “Foto Beleza”, na Camboa do Carmo, onde os irmãos Lacerda ajudavam a natureza retocando os traços das beldades.

Havia a Semana da Vitrine, com disputa e premiação. As “Lojas Paulista”, que depois vieram a se chamar “Casas Pernambucanas”, sempre ganhavam apresentando suas vitrines com lavadeiras reais, pessoas lavando roupa, em vez dos manequins inanimados.

Ao falar em moda, lembro-me quando começaram a aparecer os tecidos com fios mistos e sintéticos substituindo a seda, o linho e o algodão puros pelo nylon e assemelhados. Tinham a vantagem de não amassar e muitos nem precisavam passar a ferro. As célebres camisas “Volta ao mun-

do”, também conhecidas como “lava, mas não passa” ou os não menos usados conjuntos femininos “banlon”, tão incompatíveis com o nosso clima. A cintura feminina alterava a sua altura de acordo com os modelos das artistas, subindo com a “linha diretório”, depois que passou o filme “Desirée, o amor de Napoleão”. Quem não se recorda da estamparia “Mamãe Dolores”, personagem do interminável “Direito de Nascer”. As primeiras calças compridas, hoje tão popularizadas como “jeans”, chamavam-se “faroeste”, numa referência ao estilo “country” americano.

Sou do Recife da “Sociedade de Cultura Musical,” que promovia eventos mensais no Teatro Santa Izabel, do Teatro de Amadores e das temporadas das Companhias do Rio, de Procópio e Bibi Ferreira; da Festa da Mocidade, no Parque 13 de Maio, já em declínio; das novelas de rádio e do início da televisão Jornal do Commercio, com os Programas locais ao vivo, a “Hora do Coquetel”, de Alex e “O Mundo das Artes”, de José Maria Marques, dos quais participava, com frequência, tocando violão clássico.

Sou do Recife do tempo que cinema era apenas cine e não “salas multiplex” – matinées do São Luís, depois de soar o gongo anunciando o início da sessão, acendiam os dois jarrões coloridos e logo o leão da Metro rugia avisando que o filme ia começar. De belos filmes românticos, como “Candelabro Italiano”, com a música “Al di lá”, “Suplício de uma Saudade”, “Um fio de esperança”, “Amor na Tarde”, da música “Fascinação”, de “Sissi”, “Luzes da Ribalta”, ainda com Charles Chaplin, das comédias italianas de fino humor. Quando foi reformado o passeio e a mureta da margem do Capibaribe, na Rua da Aurora, onde era possível sentar-se agradavelmente, logo veio o apelido de “quem me quer”. Mas também havia a opção das “Matinées dos Brotinhos” do Internacional, porque, naquele tempo, jovem podia ser chamado de “brotinho”, mas, se era rebelde, pertencia à “juventude transviada”. Era tão bom lanchar um “sanduíche Bauru” no drive-in do barzinho do Dérbi.

Sou do Recife do tempo em que os remédios tinham na bula as indicações e faziam bem à saúde e não tantas contra-indicações que se convertem mais em ameaças do que em promessas de cura. Tomava-se Salofeno, usava-se Elixir Sanativo (para tudo), Água Rabelo, Xarope Bromil, “o amigo do peito”, Elixir Paregórico, Atroveran e Calcigenol para as crianças.

Sou do Recife e fui do Recife do tempo dos “troles dos feras”, os calouros aprovados no vestibular, ocasião para os protestos políticos da estudantada. Isto acabou em 1964. Lembro-me, também, dos chamados

“serenos” dos bailes e dos casamentos, quando muita gente não convidada ficava na porta dos clubes e das igrejas fazendo comentários acres sobre os que chegavam. Eram o terror das noivas, especialmente daquelas cujo casamento deveria ter acontecido alguns meses antes!

Sou do Recife das pessoas morando em casas, onde se faziam as festas, como também, saíam os enterros da família. Onde, embora se convivesse muito com vizinhos, se tinha mais privacidade. As crianças brincavam nos quintais ou nas calçadas: de pega, academia, cabra-cega, pulando corda e não em “playgrounds” cimentados. Era possível namorar no portão sem medo de ser assaltado. As visitas se anunciavam batendo palmas e não falando em interfones sob os olhares misteriosos das câmeras de segurança.

Tenho saudade da casa dos meus pais, das mesas grandes aos domingos, do terraço aberto, das fruteiras do quintal: mangueiras, sapotizeiro e o jambeiro, que transformava o chão num tapete cor-de-rosa. Daquele entra-e-sai de gente, cada um com sua história e todos bem-vindos. Tipos pitorescos, uns, pessoas carentes, muitas, era um pólo da família, dos parentes e aderentes, dos amigos e de quem chegasse.

Mas o tempo, inexoravelmente, vai levando cada um. Uns partem para construir novas famílias, outros para o seu destino final.

Também parti para constituir a minha família, no natural multiplicar-se que enche a nossa alma de alegria, de preocupações às vezes, mas dá, sem dúvida, um sentido de continuidade à nossa vida humana e afetiva.

Sou do Recife, hoje, também no Tribunal Regional Federal, onde, com muita consciência da responsabilidade, esforço-me por oferecer a prestação jurisdicional que o cidadão tem o direito de receber.

Sou do Recife, eterna enamorada do Capibaribe, o cão sem plumas de João Cabral de Melo Neto. Contemplo-o todos os dias da minha janela do Cais do Apolo. Ah, o Cais do Apolo, já não é mais o mesmo cantado por Mauro Mota.

“[...] Cais do Apolo,
empregados da Great-Western e do Telégrafo Inglês,
marinheiros do Arsenal,
operárias da Fábrica Pilar às seis da tarde. [...],
Fantasmas de pardieiros, antigos armazéns de açúcar,
Negociantes, carregadores, caixeiros de colete”.

Mudou o Cais do Apolo, sim. Já não existem a Great-Western, nem o

Telégrafo Inglês e a Fábrica não é mais “Pilar”. Mas o rio continua o mesmo. Os fantasmas dos pardieiros dividiram seu espaço com os “arranha-céus” imponentes. Mas o rio continua o mesmo! Os negociantes, carregadores e caixeiros de colete abriram espaço aos bancários, funcionários públicos e servidores da Justiça. Mas o rio continua o mesmo, a enfeitar todos os que por ali se afiliem. E é lá, do alto, no Cais do Apolo, como na música de J. Michilis, que eu também:

“Vejo o Recife prateado.
A luz da lua que surgiu;
Há um poema aos namorados
No céu, e nas águas dos rios.
Um seresteiro e um violão
Anunciando o anoitecer
Um sino ao longe a badalar
Recife inteiro vai rezar
Ave Maria ao pé do altar.
Bumba meu boi , maracatu,
Recife dos meus carnavais
[...]
És primavera dos amores
No horizonte és arrebol
Vai madrugada serena
Traz delirioso poema
Recife”, – és para mim e serás sempre,
como hoje, “manhã de Sol”.

Discurso pronunciado por: Margarida Cantarelli. Em 22 de novembro de 2001. Ocasão da entrega da “Medalha José Mariano”, Câmara Municipal do Recife.

O INSTITUTO E A ORDEM DOS ADVOGADOS BARSILEIROS

José Antônio Macedo Malta

Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco

A figura do “*scholasticus causidicus, causaram patronos*” representava o advogado nos primórdios do Direito Romano, competindo-lhe “*consulare et postulare*”.

A “*LEX CINCIAS*” (205 a.C.) integrada na “*Lex Lulia*” constituiu-se na primeira lei disciplinadora da advocacia.

Na época do Baixo Império surgiram as corporações de advogados, resultantes da *CONSTITUTIO DE POSTULANDO* de Valentiniano III, baixada no Século V.

No Ocidente, com a derrocada do Império Romano, as autoridades bárbaras, no tempo da alta Idade Média, mostraram-se opositoras dos advogados.

Com o advento das comunas, volta a prática forense, reunindo-se os “*procuratores*”, intimamente tratados por *frates*, em *scholas*.

Mais adiante, restaura-se o prestígio advocatício, passando a serem denominados de *consiliarius, sapiens e dominus doctor*.

Dentre as corporações de causídicos, destacou-se o Sacro Colégio dos Juízes e Advogados, com sede em Veneza, a quem competia fiscalizar a prática profissional dos advogados, impedindo os leigos de advogar.

Mesmo distinguidos com títulos acadêmicos ou licenças eclesiásticas, os candidatos, em Veneza e Bolonha, submetiam-se a exames.

Em Roma, os advogados se matriculavam e acatavam a supervisão colegiada.

No Brasil, exerciam a advocacia, livremente, os formados pelas Faculdades de Direito de Lisboa e de Coimbra.

Ao Intendente de Polícia Francisco Alberto Teixeira de Aragão – posteriormente, Conselheiro e Ministro do Supremo Tribunal de Justiça –, atribuiu-se a inspiração e a fundação do Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1843, sendo um dos incorporadores o Dr. Antônio Pereira Pinto.

Em seu próprio jornal, *Gazeta dos Tribunais*, o primeiro jornal judiciário editado no Brasil, aquele Intendente deu à estampa os Estatutos da Associação dos Advogados de Lisboa, em 16 de maio de 1843, oportunidade em que convocava os demais advogados para que estudassem a adaptação daquele diploma ao órgão novo, tendo sido promovida reunião na casa do Conselheiro Aragão, sita à Rua dos Barbonos, nº 66, onde depois funcionou a Casa dos Expostos e, por último, o Quartel da Polícia Militar (1928).

Por **aviso** de 07 de agosto de 1843, Sua Majestade, o Imperador, “deferiu benignamente” o requerido e mandava a Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça aprovar os Estatutos.

E a 21 de agosto de 1843, vinte e seis advogados graduados em direito elegiam o Dr. Francisco Gê Acayaba de Montezuma e o Dr. Josino do Nascimento Silva, respectivamente, Presidente e Secretário.

No Salão de Honra do Externato do Colégio Pedro II, cedido pelo Ministério do Império, presente o Ministro da Justiça, Conselheiro Honório Hermeto Carneiro Leão, em 07 de setembro de 1843, era instalado, solenemente, o *BRASILIENSIVM ADVOCATORVM INSTITVTVM*, contando, ainda, com a assistência do corpo legislativo e diplomático, além da magistratura. Na ocasião, o Presidente Montezuma dissertou tão brilhantemente a respeito da profissão de advogado, que somente foi superado pelo discurso proferido, em 08 de maio de 1911, por Ruy Barbosa, ao ser empossado como membro efetivo.

Aberta a matrícula, a partir de 22 de maio de 1844, prestaram juramento os sócios.

Duas das primeiras prerrogativas foram a concessão do uso da “veste talar de lã”, de “sede”, para os Conselheiros da Coroa e Advogados do Conselho de Estado, e a permissibilidade dos membros em tomarem assento no interior dos cancelos dos Tribunais, quando em exercício forense.

Com base no art. 13 do seu Regimento e esforços de Carvalho Moreira, criou-se uma filial na Bahia.

Em Pernambuco, houve certa reação por parte de um grupo, que pretendia um Instituto independente, porém, em 1851, surgia a filial nordestina, com efêmera existência.

Diversos foram os períodos de crise, dentre eles, de 1878 a 1880 e de 1889 a 1892.

A atuação do Instituto teve, realmente, um realce na apreciação das folhas do Código de Processo Criminal, por “deferência” concedida pelo Ministério da Justiça.

Representou o Instituto contra o abuso dos Carcereiros em dificultar aos advogados o contato com os presos do ALJUBE, medida acatada pelo Juiz, Dr. Francisco Ramiro de Assis Coelho.

Visando à moralização dos costumes e linguagem forense e, ainda, à melhoria da cultura dos “solicitadores” (atuais estagiários), organizou um curso livre de Direito Público e Administrativo, Comercial, Lei Civil e Criminal.

Em inesquecível fala, o Dr. Caetano Alberto Soares, depois, Presidente (de 1852 a 1857), abordou o tema “Melhoramento da Sorte dos Escravos no Brasil”, pregando a abolição dos escravos, idéia aceita, em 1850, por lei.

Sobre o andamento da discussão do Código Comercial, em 1844, dirigia-se à Câmara dos Deputados e, em 1845, preocupava-se com a codificação do Direito Civil.

Consultado, em 1851, pelo então Ministro da Justiça, Conselheiro Euzébio de Queiroz Coutinho Mattoso Câmara (concluinte laureado, em 1832, pela Faculdade de Direito de São Paulo), quanto à conveniência da adoção do “DIGESTO PORTUGUÊS”, de Correa Telles, como Código Civil, pronunciou-se **desaconselhando**, haja vista não se coadunar aquele com a intenção capital do projeto.

E o Projeto BEVILAQUA, em 1901, ao tempo de Campos Salles e Epitácio Pessoa, foi apreciado pelo Instituto.

De 1852 a 1861, não se libertou do simples estudo da JURISPRUDÊNCIA, caracterizando-se por uma apatia existencial e funcional, período crítico na vida da instituição.

Perdigão Malheiros (1861 a 1866), Conselheiro Nabuco de Araújo (1866 a 1873) e Saldanha Marinho (1873 a 1892) – que teve tempo de gestão maior e somente superado pelos oito anos de Montezuma –, salientaram-se por florescentes mandatos, sendo o primeiro o “precursor da Lei do Ventre Livre” e jurisconsulto notável. Em sua administração, foram analisadas a lei sobre “casamento de católicos”, “banca rota”, “sociedades de responsabilidade limitada” etc.

Partidário confesso da criação da Ordem, Nabuco de Araújo propugnou pela mesma, invocando o artigo 2º dos Estatutos, que rezava:

“O fim do Instituto é organizar a Ordem dos Advogados, em proveito geral da *sciencia* da jurisprudência”.

Para tanto, em 1948, o Instituto já recorrera à Câmara dos Deputados e, em 1865, ao Governo, por representação.

De nada adiantaram as participações, como membros do Conselho de Estado e do Ministério de Pimenta Bueno (1865), Nabuco de Araújo (1858 e 1865), José de Alencar (1868) e Souza Ramos (1870), que lutaram para a imediata criação da Ordem.

Presidido por Nabuco, deliberava o Instituto, em 21 de dezembro de 1871, por maioria, promover a responsabilidade criminal do Dr. Lopo Diniz (sócio e assíduo freqüentador daquela entidade), por haver, na qualidade de “Suplente de Juiz”, obstaculizado a defesa de estudantes processados pelo Governo, evidenciando, assim, uma das primeiras manifestações em louvor da liberdade do sagrado direito de atuação dos defensores. Agia o Instituto contra um dos seus mais aproximados membros, mas em demonstração de seus elevados propósitos.

Durante a presidência de Nabuco (1872), aprova-se, em atendimento a consulta formulada pelo Governo Imperial, o parecer relativo à reforma do Regimento de Custas.

Na fase republicana, Bulhões de Carvalho (1906), entusiasmado com o sucesso do Congresso Jurídico Americano, pretende a adesão do Governo, contando com a ajuda de Inglez de Souza, Barão de Loreto e Eugênio de Barros, todos do Instituto e, ainda, com Celso Bayne, na Câmara dos Deputados. Não era o Instituto que aderiria ao Governo, mas este que aderiria àquele.

Em 1926, Armando Vidal, como relator e com a colaboração de Esmeraldino Bandeira, este, pernambucano, Canuto de Figueiredo e João Marques, tentou a revisão do projeto. Armando Vidal, mais precisamente em 1927, fora o “biógrafo” do Instituto, quando das comemorações do centenário dos Cursos Jurídicos no Brasil.

A atuação de Alfredo Pinto, Ministro da Justiça, não conseguiu quebrar a resistência e oposição do Senado quanto ao projeto aprovado pelo Instituto em 1915 e relatado pelo mesmo.

Quase se extingue o Instituto com o advento da República, desde que Saldanha Marinho ficou atarefado pela sua missão de, na qualidade de mem-

bro da Comissão, redigir a Constituição e a Constituinte, ausentando-se Silva Costa. De 1889 a 1892, o Órgão esteve inerte.

No jubileu do cinquentenário, em 07 de setembro de 1894, sob a presidência de Machado Portella, Lima Drummond proferiu vibrante alocução, enquanto Sá Vianna procedeu à leitura de sua festejada Memória Histórica, publicada pela Imprensa Nacional. Paralelamente se organizou uma Exposição Jurídica, com a participação de trabalhos jurídicos de autores chilenos, espanhóis, uruguaios, portugueses e de brasileiros como o paulista João Monteiro, da Faculdade de Direito de São Paulo, e os do Recife, Clóvis Bevilacqua, João Vieira e Soriano Neto. Como demonstração de apreço ao Presidente Machado Portella, o Governo o nomeava para integrar as festividades quinquagenárias. Criou-se um prêmio – Medalha de Ouro – destinado a quem escrevesse sobre o tema “Do Domínio da União e dos Estados, segundo a Constituição Federal do Brasil”. O vencedor foi Machado Portella. Apesar de ter sido concorrente único, foi consagrado por uma Comissão de quatorze membros, dentre eles, Lafayette, Bulhões de Carvalho e Rui Barbosa. Reativou-se a publicação da Revista, tendo-se destacado, na oportunidade, um trabalho sobre patrimônio municipal.

Durante o ano de 1894, discutiram-se questões como “Liberdade Profissional face à nova Constituição”, “Valor Jurídico do Telegrama”, “Propriedade Literária dos Estrangeiros”, “Reforma do Regulamento de Custas”, “Organização da Assistência Judiciária”, convertida, esta, em Decreto de 1897, cuja modificação ensejou tese, em 1917, do Instituto, considerado “o pai da assistência judiciária brasileira”.

Para constituição e ampliação da Biblioteca do Instituto, em 1895, o então Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, Aquino de Castro, promoveu sua abertura ao público. O Ministério da Justiça cedeu 517 volumes para formar o acervo da Biblioteca e ainda pediu às Faculdades de Direito de São Paulo e do Recife que remetessem, com direito a permuta, coleções de suas Revistas Acadêmicas, teses e dissertações.

Com o embate de choques políticos em 1895, o funcionamento do Instituto foi tumultuado. Incluiu-se, em seu regimento, o artigo 68, alterando o artigo 22, que preconizava o “alheamento político”. Aurelino Leal, quando das comemorações do aniversário do Instituto, em 07 de setembro de 1915, proferiu brilhante discurso em que se referia ao “hiato que sofrera a vida jurídica do país” e a circunstância de que decorriam cinco anos da última sessão comemorativa solene daquela entidade.

Em 1897, publicou-se no *Jornal do Commercio* – segundo jornal brasileiro, depois do pernambucano *Diário de Pernambuco*, do Recife – e, posteriormente, em volume –, o parecer sobre a reforma do Código Penal então vigente.

Fato pitoresco na história do Instituto ocorreu quando da inauguração da estátua de Teixeira de Freitas, na Praça Ferreira Vianna, em 1904 (hoje, Praça Floriano). É que a Prefeitura pretendia colocar na mesma praça uma estátua de Marechal Floriano Peixoto, o alagoano cognominado “Marechal de Ferro”. Registrou-se forte oposição dos membros do Instituto. O Presidente Carlos de Carvalho resolveu o impasse, proclamando que a estátua de Teixeira de Freitas simbolizaria o direito e a de Floriano Peixoto, a violência contra o direito, quando a posteridade indagasse sobre quem eram aqueles vultos. Sob a presidência de Ruy Barbosa (1914 a 1917), em 1916, no Teatro Municipal, Clóvis Bevilacqua falou sobre o centenário de Teixeira de Freitas e sua obra.

O pernambucano e depois Interventor de Pernambuco, Professor Sérgio Loreto, lente da Faculdade de Direito do Recife, emitiu, em 1902, inúmeros pareceres sobre crimes funcionais, Pronúncia *ex officio* de Nulidades em Processo Civil e Individualização da Pena.

Desde 1921, encontrava-se no Senado Federal, sem andamento, o Projeto Loreto, criando a Ordem dos Advogados.

A Revista, que não se editava desde 1888, reapareceu em 1906, passando a ser publicada em fascículos mensais a partir de 1893. Sofreu interrupções editoriais em 1894 e 1908. Converteu-se em Boletim em 1917. A partir de 1925 a publicação foi dirigida pelo Dr. Sá Freire.

O Instituto contribuiu para o projeto sobre o divórcio, em 1907 e do Código Penal Militar, em 1916. No período de 1908 a 1912, promoveu uma série de conferências e palestras, a cargo, inclusive de Clóvis Bevilacqua. De 1918 em diante, admitiu alguns sócios honorários de alguns países sul-americanos, entre os quais, Bolívia, Argentina e Peru.

Já em 1899, Comissão do Instituto opinava quanto à possibilidade de admissão, como estagiária, da Dra. Myrthes de Campos, idéia combatida, na imprensa (*Jornal do Commercio*, do Rio), por Carvalho Mourão. Na mesma época, a Dra. Maria Coelho da Silva impetrava *habeas corpus* para poder advogar, tendo-lhe sido denegada a pretensão.

No dia 1º de janeiro de 1917, foi realizada sessão solene para assinalar a entrada em vigor do Código Civil.

Nesse mesmo ano instituiu-se o Conselho da Ordem, composto de todos os Presidentes e Vice-Presidentes que houvessem exercido mandato ou estivessem em exercício.

Lauréis, prêmios e outorgas de sócios honorários revelam a existência da Medalha de Ouro Carlos de Carvalho, em 1918; o Prêmio Visconde de Cayru, em 1894; e, em 1915, o Prêmio Xavier da Silveira e o Ruy Barbosa.

São eleitos como Presidentes Honorários Rui Barbosa, Silva Castro e Clóvis Bevilacqua (antes, Conselheiro), F. A. Aragão, Montezuma, Nabuco de Araújo, Perdigão Malheiros, Caetano Alberto Soares, Luiz Álvares de Azevedo Macedo, Saldanha Marinho. Frise-se que a OAB Federal escolheu e elegeu o Dr. José Neves para tal honraria.

Após a renúncia de Alfredo Bernardes, com profícuo biênio, em 1922, Carvalho Mourão votou interessante moção alusiva à intervenção, digo, “Intervenção federal nos Estados pela falta de pagamento à magistratura”, conforme boletim na Gazeta dos Tribunais, de 07 de novembro de 1921, problema já suscitado naquele tempo.

Em 1922, lançou-se, sob a direção de Levi Carneiro, o livro do Centenário da Independência.

Com a morte de Rui Barbosa, em 1923, erigiu-se a estátua em sua homenagem, criou-se o prêmio com o seu nome para monografias e se colocou o seu retrato na Sala das Sessões, onde se acha a poltrona de trabalho do grande jurista baiano.

Merece referência o acervo que constitui a Casa de Rui Barbosa, na Rua São Clemente, no Rio de Janeiro, e as suas reedições e pesquisas.

Pretendeu-se, em 1922, a implantação da Federação dos Advogados Brasileiros, gerando a Confederação Geral dos Advogados Americanos, o que não se concretizou.

O Centenário da Fundação dos Cursos Jurídicos, em 1927, motivou um ciclo de conferências coordenado pelo Presidente Rodrigo Octavio, com a participação de Motinho Dória (tema: Magistrados e Advogados), Honório Silgueiras e Clóvis Bevilacqua.

Em comemoração ao cinquentenário da morte de Ruy Barbosa, a OAB-PE, em 1973, com saudação do Conselheiro Fernando Coelho, recebia o Senador e biógrafo de Rui, Paulo Brossard, que, em brilhante conferência, mencionou um episódio interessante: “o jovem bacharel, que estudara em Recife e se formara em São Paulo, obtinha licença do emprego que ocupava

na Santa Casa da Bahia, para, na Corte, tentar a advocacia, constando que sobre ele teria comentado o Conselheiro Zacarais: “...o senhor é mais pequeno de que seu pai”.

Torquato de Castro, ilustre civilista pernambucano, com incursões em processo civil, inscrito sob o número 30 na Ordem dos Advogados do Brasil, ao ensejo de seu 45º ano, proferiu conferência abordando o tema “O Advogado e a Projeção Histórica do Direito Moderno”, que iniciou com citação de Antônio Vicente do Nascimento Feitosa, recifense, um dos pernambucanos célebres, segundo Pereira da Costa, “tão rico de talento como seus pais pobres de fortuna”.

O historiador e historiógrafo Amaro Quintas, com representação do saudoso advogado e figura humana notável, Moacir César Baracho, então Presidente da OAB-PE (1975) – que incluiu em seu programa de candidato o propósito de fazer escrever uma História da Ordem, por exigência da memória jurídica –, abordou, aquele professor, a figura de Antônio Vicente do Nascimento Feitosa, do que há registro na Revista, em separata, anos XIX-XX.

Quando Presidente da Seccional de Pernambuco, Dorany Sampaio confiou ao conceituado professor universitário, pesquisador e advogado Nelson Saldanha a tarefa de escrever uma história da Ordem, ainda que breve. O propósito era fazer um registro comentado dos acontecimentos do período de constituição até seu cinquentenário, em 1982. Concomitantemente, entregou-se ao emérito advogado nordestino Seabra Fagundes a tarefa de proferir conferência sobre a data na Sala das Sessões do Tribunal de Justiça de Pernambuco, honrosamente cedida para esse fim pelo seu então Presidente, Desembargador Gabriel Lucena Cavalcanti.

Em festa e de parabéns, portanto, os que fazem a OAB e seus hoje milhares de associados. Integrei os quadros dessa instituição ainda como solicitador (hoje, estagiário) e, depois, advogado, condição que preservei até meu ingresso no Ministério Público e da qual somente me liberei em 1963, quando ingressei na Magistratura. De 1975 até 1981, nas gestões de Joaquim Corrêa de Carvalho Jr., Moacir C. Baracho, Octavio Lobo e Dorany Sampaio, participei da comissão examinadora do Curso de Estágios, havendo ministrado aulas práticas de Processo Civil aos estagiários de Olin-da. Sempre me distinguiu o relacionamento cordial com os dirigentes da OAB e os advogados em geral. Quem sabe, um dia, ao aposentar-me, voltarei a integrar seu quadro de associados.

A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA COMO ALTERNATIVA CONSTITUCIONAL AO PRESIDENCIALISMO E AO PARLAMENTARISMO

Professor Paulo Bonavides

Titular de Direito Constitucional da UFC

O desencontro trágico entre o Poder e o Povo – disse com estas palavras Tristão de Atahyde, o pensador católico mais profundo do Século XX no Brasil – é a chaga que até hoje entorpece a nossa marcha para o futuro.

Todavia, não disse ele quando essa chaga se abriu no corpo político e social da Nação. Foi omissos, mas é possível suprir-lhe a omissão com dizer que a ferida sangrou pela vez primeira quando D. Pedro, depois de proclamar a Independência e coroar-se Imperador, dissolveu *manu militari*, na quartelada de 12 de novembro de 1823, a heróica Constituinte dos Andradas.

O divórcio entre o Povo e a Nação, visto à luz do confronto da soberania com a globalização, que lhe estorva a validade, ou da Constituição com o neoliberalismo, que lhe transgride e abjura os princípios, será, ao começo deste Seminário, o tema das subseqüentes reflexões, vazadas em derredor de um antagonismo de vida e morte com que se sela o destino e o futuro das instituições pátrias.

Perseguida dos globalizadores e alienada pelos neoliberais, a soberania acha seu derradeiro homízio nas esferas teóricas da democracia participativa, de que tanto nos vamos ocupar também em considerações posteriores, que contemplam uma alternativa de solução institucional para o problema da crise constituinte, a qual, desde as nascentes do Império, assolou o governo parlamentar e desde o advento da República tem envolvido o presidencialismo.

Em verdade, a globalização produziu já efeitos tão devastadores em nosso País, que é indeclinável restituir ao povo a soberania de que este, pela

ata do contrato social, é depositário. O povo é a nação na identidade inviolável de seus valores, é a cidadania, infensa às abdições do poder, o corpo moral da sociedade refratária ao suborno; o povo é por igual a memória e a alma de nossos antepassados, dizendo a esta geração que não depõe as armas, que vá ao derradeiro sacrifício, que não aceite a capitulação das elites reacionárias, que resista ao crime de lesa-pátria e traição.

As formas representativas, por obra da depravação que ora mina o sistema governativo vigente, tanto no campo executivo como legislativo e quicá judicial, perderam de todo a legitimidade. Conseqüência: sua legalidade se desmorona, sua autoridade se aniquila, seus poderes se desmancham, sua ética se decompõe.

Não há como restaurá-la. Faltando legitimidade não se governa nem se legisla, salvo por vias excepcionais. As medidas provisórias, da maneira como se fazem no Brasil, propagam a lei de exceção.

De maneira contumaz lesam elas a Constituição, ofendem o princípio da legitimidade, desfazem a confiança do povo no Congresso que não as extingue.

Urge outra vez fazer legítima a lei, repolitizada pela legitimidade; tal repolitização todavia unicamente ocorre, a esta altura da crise nas instituições do Estado brasileiro, mediante recurso à introdução eficaz dos mecanismos plebiscitários da democracia participativa de primeiro grau, que é a democracia direta ou semi-direta.

O dilema é este: ficar com a Constituição, pôr termo às medidas provisórias, expandir e alargar o emprego dos mecanismos de consulta popular – primeiro, na órbita dos municípios, depois no teto da federação – fazer na práxis todos os órgãos de governo sujeitos a limites constitucionais de responsabilidade; porfiar e romper enfim com a indiferença, a resignação, o conformismo diante do “status quo” de denominação que mantém o Executivo como a máquina de um poder hostil à nação, em virtude da clandestinidade com que gera atos normativos cada vez mais imprevisíveis e ruinosos à segurança jurídica e aos fundamentos convélicos do Estado de Direito.

Ou admitir, na outra ponta do dilema, a passividade, o retraimento muçulmano da cidadania, a desagregação do sistema, a negação da democracia, o fim do regime, a queda da Carta Magna; em suma, a nação toda feita cúmplice do golpe de Estado institucional cuja natureza vamos abreviadamente descrever.

Com efeito, conforme assinalamos inumeráveis vezes, presenciamos um golpe de Estado frio, silencioso, oblíquo e dissimulado, que, ao conservar as aparências da legalidade, em rigor já desmantelou as bases do governo popular, já arruinou os princípios cardeais do ordenamento jurídico, já alienou com a desnacionalização toda a estrutura empresarial da economia do País; e tudo leva a cabo sem que os governados, o povo, as classes adormecidas, os grupos de cidadania despertem do sono da servidão ou percebam o alcance e extensão do desastre iminente e irreparável.

O substantivo da democracia é portanto a participação. Quem diz democracia diz, do mesmo passo, máxima presença do povo no governo, porque sem participação popular democracia é quimera, é utopia, é ilusão, é retórica, é promessa sem arrimo na realidade, sem raiz na história, sem sentido na doutrina, sem conteúdo nas leis.

Todavia, a fórmula pode parecer, e o é, em verdade, pleonástica; mas pleonasma que rejuvenesce o conceito, e lhe imprime energia e sedução e imanência e força. Isto em escala tão elevada que a sobredita dicção se faz mais fascinante vocábulo das letras políticas contemporâneas.

Explica-se talvez o carisma léxico dessa locução porque nela se define, ou pelo menos se percebe, em seu teor de materialização axiológica, a universalidade, já do cidadão titular da ação política, já dos direitos ali postos sem exclusão. E isto num volume que certamente os abrange em cada uma das suas dimensões proclamadas, desde o advento dos direitos da liberdade.

Sobem portanto tais direitos à instância mais alta e mais recente desde que a democracia se fez direito da quarta geração. Só assim a democracia pode ser compendiada numa esfera tanto objetiva como subjetiva, em virtude de sua índole soberana, igualitária, superlativa, e, ao mesmo passo, distributiva, tendo por sujeito ou titular o gênero humano.

Com respeito à soberania, Rousseau conhecia apenas dois entes – o cidadão e o povo – mas nós bem podemos acrescentar ao binômio do teorista de Genebra, a terceira pessoa, o terceiro ser, a terceira categoria, que é a comunidade universal, a humanidade, vista pelo prisma de legitimização, como titular do grau qualitativo supremo, traduzido na chamada vontade geral, conceito-chave com que dilucidar a teoria democrática extraída da obra daquele insigne filósofo.

A crítica às formas representativas geradas pelo direito positivo das primeiras Constituições, põe a nu o declínio e o aviltamento posterior da lei

em sua conexão com o bem comum, com o interesse social, com os valores da justiça, com as exigências da igualdade.

De último, a legalidade já não é o princípio dos princípios, qual fora ao tempo da sociedade do Estado liberal, nos ordenamentos juscivilistas do Século XIX; já não fundamenta o Estado de direito com a força das primeiras épocas constitucionais, já não esteia a ordem jurídica concreta com a mesma energia, a mesma confiança do passado.

Na contextura deste regime que nos leva ao caos e arrisca a independência nacional pelas vias oblíquas da globalização, a legalidade não é princípio, é regra; regra das medidas provisórias, fruto do livre alvedrio do governante “legibus solutus”, que solapa e dissolve com sua ditadura de fachada constitucional os fundamentos da ordem jurídica.

A Constituição, para esse governo, já não se cifra na Carta Magna, já não protege nem respeita direitos fundamentais; é prosa e almanaque e folhetim, adorno de retórica, desprovido de eficácia e que não produz efeitos normativos na medida desejável, porque, desde muito, a bússola jurídica da autoridade usurpadora tem sido a medida provisória, e não o texto constitucional.

O Direito Constitucional da legalidade representa assim neste sistema a norma daquelas medidas; onde pois a lei, a soberania, a vontade do povo, a palavra consagrada de seus legítimos mandatários?

Faz-se mister, por conseguinte, restaurar com a práxis e a teoria o Direito Constitucional da legitimidade. Urge restabelecer pois o princípio, a crença, o valor, o dogma, e a certeza da ordem assentada sobre os alicerces de um direito superior banhado nas inspirações de justiça e na intangibilidade dos direitos fundamentais.

Ordem que não tolera as exceções do regime discricionário nem se compadece com as expansões vexatórias de um Executivo afeiçoado a estender sem limites sua presença intrusa e invasora, que subtrai competência aos demais Poderes, sobretudo ao Poder que legisla; ordem, enfim, de quem concebeu um projeto de concentração de poder e fez a fusão de todos os elementos destrutivos da autoridade e da Constituição, em ominosa centralização de faculdades e atribuições, não raro exercitadas contra a soberania e contra o interesse nacional.

A legitimidade assim espezinhada, sufocada, esvaziada, abatida e desfeita, por ondas de arbítrio e infração dos cânones constitucionais, faz despontar a sombra de uma Carta Magna já perdida e rasgada. Da obra do

constituente de 1988, se prosseguirem as inconstitucionalidades deste Governo, breve hão de restar tão somente os farrapos do texto que era a dignidade da nova “pólis”, e a garantia do Estado democrático de Direito.

Violentada pelos órgãos governativos das classes reacionárias e dominantes, habituadas a desrespeitar nos atos dissolventes da moralidade administrativa os supremos interesses do povo, da nação e da cidadania, a Carta do constituinte da redemocratização de 1988, posto que enxovalhada, maltratada e vilipendiada pelos agressores e transgressores, ficará, ainda assim, por monumento de fé nos destinos democráticos, federativos e republicanos desta Nação.

Se a Constituição é utopia, nós somos utopistas, se a liberdade é sonho ou quimera, nós somos sonhadores, se o Direito é falácia, nós somos palradores ingênuos, se a verdade é demagogia, nós somos demagogos, se a justiça é devaneio, nós somos insensatos, se o contrato social é ficção e engodo, nós somos seus derradeiros abencerrages, se a separação de poderes é arcaísmo e velharia, nós somos os guardas desse museu.

Mas uma certeza está ao nosso lado e é esta: tais epítetos partem sempre dos desafetos da democracia, dos membros da reação, dos usufrutuários do poder, dos desfrutadores de privilégios, dos aliados de corruptos, dos delinquentes do erário e da república, de todos aqueles que se empenham, com determinação e ânimo maligno, em submeter o País e seu povo ao colonato, depois de entregá-lo à infâmia da sujeição externa.

Encobrem e escusam os seus crimes de corrupção com aquele véu de linguagem, com aquela cerração de palavras ambíguas, aquela neblina vocabular adrede condensada, sem mais objetivo senão envolver em descrédito e chacota a autoridade dos que lhes apontam os erros, os vícios, as concussões, os atentados à Lei Magna.

A democracia participativa desloca o eixo do poder no exercício da soberania, dos corpos representativos para as correntes da cidadania, e estas, sendo o próprio povo, exprimem desde as instâncias supremas, de forma direta e imediata, sua vontade, com tomar assim as decisões governativas e institucionais de teor mais elevado, as quais não podem nem devem ficar sujeitas à intermediação nem a livre alvedrio das autoridades representativas que legislam ou das magistraturas executivas que governam.

Privadas já do título de legitimidade doutras épocas políticas, em que sua vontade imperava incólume e absoluta nos quadros do regime, o estamento representativo da classe dominante sente a queda de seu poder e a

perda de sua autoridade em termos de identificação com os fundamentos democráticos da soberania.

O desafio que a Constituição de 1988 ora nos faz é o de saber se é possível levar a cabo com os mecanismos disponíveis e os preceitos fundamentais da Carta Magna uma reforma de profundidade nas instituições que não parta, nem quebrante, nem faça perecer a ordem constitucional estabelecida.

Afigura-se-nos positiva a resposta, sem embargo do voto de quantos entendem o contrário, de quantos acham que a crise é maior que a Constituição e que esta não dispõe de meios e remédios com que debelá-la.

E por terem tal entendimento buscam variantes e alternativas quais a da convocação de uma assembleia constituinte exclusiva. Assim, por exemplo, o ex-Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Reginaldo Oscar de Castro, o qual ressaltou, contudo, que era posição ou sugestão exclusivamente sua e não do prestigioso órgão a que presidia.

Nem poderia deixar de ser doutra maneira, porquanto, no dia em que o colégio nacional de advogados arvorar essa bandeira de inconstitucionalidade, perdidas e sepultadas ficarão quase oito décadas de sólida tradição, construída com vagar, bravura, dignidade, coerência e determinação e permeada de memoráveis batalhas e grandes momentos cívicos em defesa da ordem constitucional e da inviolabilidade do Estado de Direito.

Batalhas em que a instituição arrostou sempre a malevolência e a surda hostilidade dos regimes de exceção. Nomeadamente, aqueles instalados em 1937, 1964 e 1967, por via de golpes de Estado sobre golpes, desferidos no assalto às liberdades públicas e à democracia.

Que desastre, pois, não seria ver instituição tão admirada, tão querida, tão digna, tão idônea, tão festejada, patrocinar, com a chancela de seus juristas, o golpe de força de uma Emenda violadora da letra e do espírito do parágrafo 2º do art. 60 da Constituição, qual aquela que viesse convocar e plebiscitar uma constituinte nos termos da proposta formulada pelo abalizado conselheiro da OAB.

Não haveria nos fastos das derradeiras épocas constitucionais, mais grave atentado do Congresso Nacional à guarda e conservação do regime. Que o golpe seja da responsabilidade de quem desconstitucionaliza o País, de quem nunca se abraçou com a causa da Constituição. Da OAB, jamais!

A democracia participativa, sendo a um tempo resposta e solução, se levanta a esta altura no horizonte político da república sobre os destroços do regime representativo, regime minado por cerca de cinco mil emendas provisórias que já determinaram o fim de sua legitimidade e a ruína das instituições.

O executivo no Brasil não é governo, é ditadura; governo fora se houvesse uma composição harmônica dos Três Poderes, com exercício da autoridade e a regência da Nação sob a égide do Estado de Direito.

Mas não é esta a fisionomia política do regime. Não é este o ambiente onde se preservam e se protegem as liberdades, os foros da cidadania, os bens da moral e da cultura, os valores materiais e espirituais de organização da autoridade.

Sem a ética dos órgãos de governo, não há poder, nem Estado, nem Sociedade que se legitimem ou se regenerem.

Mas tudo pode acontecer do quadro desta crise. A desagregação moral dos quadros representativos nos conduz à necessidade de estabelecer, de imediato, pelas vias constitucionais, a democracia participativa, de todo exequível, nos termos do parágrafo único do art. 1º da Carta Magna, combinado com o art. 14 da mesma Carta.

Se fizer isso, a República federativa decretará faticamente o fim do presidencialismo em sua substância, sem removê-lo na forma, ao mesmo passo que, fazendo o povo-legislador, constituir-se-á um centro de legitimidade e reforço às competências normais do Legislativo e do Executivo. De tal sorte que o parlamentarismo, impossível de introduzir sem quebrantar a Constituição, ficará de todo ultrapassado por uma forma mais verídica, mais legítima, mais eficaz de governo democrático, que é o governo da democracia participativa, qual a temos preconizado por melhor saída para o País em meio à catástrofe que se avizinha.

Por esse caminho, a Nação dará um salto qualitativo sobre o parlamentarismo, o qual, tornamos a insistir e assinalar, depois do funesto plebiscito da Emenda n.º 2, de 25 de agosto de 1992, celebrado por antecipação em 21 de abril de 1993 (ver art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que previa outra data: 7 de setembro de 1993), jamais poderá ter renovada, constitucionalmente, outra possibilidade, além daquela já exaurida com a execução do disposto no referido art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

A adoção do parlamentarismo teria que passar portanto sobre o cadáver da Lei Magna. Mas a democracia participativa, conforme buscamos demonstrar, se levanta como fórmula constitucional capacitada a solver no Brasil a crise das instituições e da legitimidade. Resta unicamente adotá-la.

Daqui passamos a outro tema que se nos afigura de extrema importância em se tratando de averiguar a superioridade do modelo participativo ora preconizado. É aquele que diz com a força legitimamente dessa democracia, e a conveniência política e social de repolitizar o princípio da legitimidade.

Com efeito, partimos desta assertiva: a despolitização da legitimidade constitui fenômeno político que culminou com a globalização da sociedade burguesa.

Na esteira dialética das contradições históricas do capitalismo, emergiu, com a globalização, um novo fenômeno, ou seja, uma nova contradição: ao capitalismo da sociedade de classes, de restrito âmbito, sucede, em esfera mais larga, o capitalismo da sociedade de nações, umas opressoras, outras oprimidas; sociedade onde a luta de libertação nacional entra a ser do mesmo passo uma luta de libertação universal, a qual, espontânea e irreprimível, estala por toda parte em escala globalizada.

Seattle e Porto Alegre são símbolos recentes da resistência e rebelião internacional dos povos, em busca dos direitos de terceira geração. Sem tais direitos, a democracia jamais se concretizará, muito menos a paz eterna do filósofo da liberdade, que foi, na Alemanha, Emanuel Kant, nem tampouco vingará o país constitucional, republicano e federativo dos sonhos de Rui Barbosa, ao lavrar, de próprio punho, o projeto da primeira Constituição pós-monárquica.

Despolitizar a legitimidade significa portanto matricular o País na escola neoliberal dos globalizadores, com aceitação passiva dos cânones da recolonização.

Ao contrário, *repolitizar* a legitimidade equivale a restaurá-la, ou seja, desmembrá-la dessa legalidade onde ela na essência já não existe porque o povo perdeu a crença e a confiança na república das medidas provisórias e na lei dos corpos representativos, cada vez mais em desarmonia com a sua vontade, suas aspirações e seus interesses existenciais.

Em razão disso, intenta-se fundar uma nova legitimidade que só é possível com a repolitização do seu conceito, de todo exequível, se inserirmos a democracia participativa na moldura do regime, da maneira concreta mais ampla, porquanto ao direito constitucional positivo ela já pertence.

Falta-lhe, tão somente aplicação, concretude, realidade e hegemonia de poder diante das formas decadentes e corruptas da organização representativa de governo, ainda preponderantes, até que se lhes quebre o pulso de ferro de seu domínio oligárquico, tão responsável das mazelas institucionais do sistema.

No torvelinho da crise nacional, restaurar a legitimidade passa pelo recurso às modalidades participativas mais intensas e soberanas de democracia, a fim de fazer estáveis as instituições do país constitucional e prevenir a dissolução de seus valores.

É de admitir – e reiteramos outra vez esse juízo largamente exposto noutra lugar e noutros ensaios – que, enquanto não houver, por ponto de partida de tão magna mudança, a revolução municipalista das técnicas plebiscitárias, base da legitimidade do poder comunitário, a democracia participativa dificilmente logrará diminuir o peso, o alcance e a preponderância do binômio legislativo-executivo, como expressões representativas de poder na linha concretista de execução da soberania popular.

O povo, grande titular constitucional da soberania, enfeixa, no exercício direto de sua autoridade, a parcela mais considerável do poder legítimo com que fazer a lei e decidir sobre as questões fundamentais de governo. Padece todavia os bloqueios representativos e congressuais da classe dominante, que assim fere o espírito da Constituição e se arreda, pela natureza mesma desse comportamento usurpatório e confiscatório, das posições democráticas e legítimas, subtraídas ao povo.

O município, ente político e autônomo da comunhão federativa, é o espaço constitucional mais adequado, em termos de observação e experiência, ao emprego das técnicas plebiscitárias da democracia participativa.

Não podem, por conseguinte, Estados e Municípios, ficar indefinidamente arredados de uma presença direta, imediata e genuinamente democrática, na elaboração de suas leis e decisões de governo. A cláusula do art. 1º da Constituição – que desdobrou em duas vias de exercício a soberania popular: a via representativa e a via direta – estava sendo tolhida em seus efeitos jurídicos por uma reserva de lei que se eternizava no tempo e que, sendo de grau inferior, possuía, porém, o condão de sobrepor-se a um princípio constitucional, subvertendo a hierarquia do ordenamento jurídico.

Duas interpretações corriam paralelas e antagônicas diante do mencionado art. 14 da Constituição: uma de natureza formal, outra de natureza material.

A primeira servia ao *status quo*, era ideológica, movia-se na direção conservadora, retardava o avanço da Constituição e tendia a premir a fidelidade às suas linhas mestras, ao seu espírito, à sua evolução.

Já a segunda, que professamos com profunda e inabalável convicção, varria da esfera constitucional a distorção programática, por devolver ao povo a soberania explicitada no ato constituinte, e cristalizar, no discurso normativo da Lei Maior, o princípio da legitimidade.

Dessa hermenêutica emerge a soberania que ontem, após a promulgação da Carta, ficou, de um lado, pendente da reserva de lei e, doutro, tolhida pelo verbo programático, a saber, por duas razões, que já não devem prevalecer, enquanto critérios interpretativos.

A primeira razão decorre de omissão demasiadamente prolongada no preenchimento da mencionada reserva; a segunda razão, porque já não há normas programáticas, mas normas *principais*, na Constituição.

Colidia o procedimento omissivo, portanto, com o art. 1º da Lei Maior, o artigo-chave de toda a Constituição, da qual o art. 14, embora tributário, é também mecanismo não menos essencial, parte diretiva e vital, porquanto contém o dispositivo cuja privação faz a democracia semidireta, como a instituiu o legislador primário, não funcionar – e o não-funcionamento da democracia, assim paralisada por obra de uma dilação, tendia a perpetuar, incompleto, e de maneira inaceitável, o esquema traçado pelo constituinte de 1988, ao estabelecer um modelo de organização democrática desmembrado em dois segmentos: o representativo e o direto, e, ao mesmo passo, ocasionava uma grave fratura da ordem constitucional, cujas repercussões cumulativas afetavam, de todo, os fundamentos da legitimidade do sistema.

Disso se seguia a inconstitucionalidade tantas vezes por nós argüida, sem dúvida a mais repugnante e atroz das inconstitucionalidades materiais, aquela que despedaça e destrói o princípio da soberania popular, reduzido, por inteiro, a uma versão representativa falseada. Estávamos, assim, diante desse triste paradoxo: um pedaço da Constituição se cumpria, o outro, não.

A compreensão normativa da aplicabilidade imediata do art. 14, isto é, dos meios instrumentais de natureza plebiscitária, flui irretorquível da nova linha hermenêutica, de sua argumentação persuasiva sobre a juridicidade das Constituições em toda a plenitude.

Amparados normativamente no princípio da soberania popular e nos cânones da Nova Hermenêutica, os intérpretes constitucionais já não se podem furtar ao imperativo de fulminar de inconstitucionalidade o descum-

primimento da intermediação legislativa prevista na reserva legal daquele artigo.

Descumprimento que se arrastou por cerca de dez anos, paralisando, como se disse, a concretização da face direita da democracia.

Rompia-se, assim, no tempo, com esse desvio, de maneira insuportável e materialmente inconstitucional, a confiança do povo na juridicidade da Constituição, ao mesmo passo que se solapavam as bases populares de legitimação do ordenamento.

Já não cabem tais bases nos quadros exclusivos de um regime congressional-representativo, qual tem sido o nosso desde a proclamação da República: regime manifestamente esclerosado, em extremo paroxismo, vivendo uma época de agonia e descrédito, e do qual o povo, sem o corretivo plebiscitário do art. 14, se arreda, com grave risco institucional.

Tudo isso faz estremecer os alicerces democráticos do Estado constitucional, porquanto em jogo se achava, na interpretação daquele artigo, o princípio mesmo da soberania popular.

Com efeito, elevado ao supremo grau de normatividade, este princípio constitucional delegou ao povo, com a iniciativa, o plebiscito e o referendo, técnicas plebiscitárias de soberania, cujo emprego não podia ser procrastinado ilimitadamente, debaixo da escusa inadmissível de uma reserva de lei.

Na visão interpretativa ora proporcionada, tolher e invalidar aquele princípio equivale a mutilar a democracia em sua expressão mais lógica e ao mesmo passo mais veraz e legítima: a democracia qual Rousseau preconizava, desatada da intermediação representativa, por entender que assim guardava ela inteira e máxima fidelidade à natureza do contrato social e à intangibilidade de suas bases.

Significativamente, a parte direta da democracia, que o constituinte de 1988 introduziu, sob reserva de lei, em nosso ordenamento, a inércia do legislador congressional, durante dez anos, lhe embaraçou a concretização, por obra de um comportamento omissivo, transgressor do mais alto princípio da Constituição.

Todavia, com o advento da Lei 9.709, de 18 de novembro de 1998 – a chamada Lei Almino Afonso – já não há, *prima facie*, como argüir a inconstitucionalidade por omissão do legislador no que toca à reserva legal do art. 14 da Constituição Federal, pertinente ao emprego das técnicas plebiscitárias.

Do ponto de vista formal, resguardou-se a legalidade. Mas, do ponto de vista material, o problema subsiste, porquanto a fragilidade e insuficiência dos conteúdos participativos da lei em tela certificam manifesta ofensa ao princípio da legitimidade, tendo-se em vista que o legislador sufocou e invalidou o desígnio constituinte de fazer do povo, no exercício da democracia direta, a peça chave do regime, qual se infere da interpretação da letra e do princípio lógico que move o parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal. Como faz falta, pois, entre nós, um controle material de constitucionalidade, à luz da Nova Hermenêutica!

A Lei 9.709 é mais um atestado da incúria do Congresso em fazer efetiva a vontade constitucional, com respeito ao exercício da soberania popular na sua dimensão mais legítima. Um escandaloso bloqueio, como se vê, de quem legisla de costas para o povo!

A democracia participativa oferece a virtude de ser um modelo que ultrapassa, de uma parte, a malignidade autocrática do presidencialismo, doutra, a instabilidade anárquica do parlamentarismo. Possui assim dose bastante de autoridade legítima com que pôr termo às crises institucionais que flagelam a república federativa desde a sua fundação.

A instituição concreta e eficaz da democracia direta na esfera municipal representa, por sem dúvida, louvável passo no sentido de remir, pois, a república, regenerar os costumes políticos, fazer ética a pública administração, e tornar o cidadão titular efetivo de uma parcela da soberania, como doutrinava Rousseau. Mas, no entendimento do filósofo, cidadão-povo e não cidadão-súdito, a saber, aquele que se aliena na vontade representativa, por via da qual a vontade das elites, em substituição da vontade popular, descaracteriza e, não raro, anula a legitimidade democrática dos governos republicanos.

Em suma, só a democracia participativa previne a dissolução da legitimidade pela legalidade. Dissolução que tem sido obra e exercício de governos e governantes, afeiçoados ao arbítrio e ao uso de instrumentos fáceis de manipulação do poder, sempre apartados do bem comum, sempre aferrados aos meios abusivos de técnicas legislativas de exceção, mais e mais espúrias, como o decreto-lei das ditaduras e as medidas provisórias dos falsos governos constitucionais.

Técnicas todas elas corruptoras do ordenamento legítimo, fatais à conservação republicana e federativa do sistema, lesivas ao espírito democrático, constitucional e participativo da cidadania.

Vejamos, a seguir, os liames que prendem o Direito Constitucional da democracia participativa à versão contemporânea do Estado constitucional dos direitos fundamentais de quatro gerações que a doutrina já reconheceu e proclamou.

Com efeito, no constitucionalismo da democracia participativa, os mandamentos subjetivos em matéria de direitos fundamentais são aqueles cuja legitimidade se apoia sobre valores que estabelecem como que uma relação direta entre o cidadão, que impetra os bens da liberdade a que faz jus, e o Estado, que os garante, a foro de guardião da segurança jurídica, em nome do Estado de Direito.

Tocante aos mandamentos objetivos, pertinentes a esses direitos fundamentais, a relação postulativa é distinta, intermediada pelo interesse da Sociedade, em razão de justiça social e não de justiça individual; da igualdade e não propriamente da liberdade.

Introduzir, portanto, com extrema freqüência e máxima intensidade os sufrágios plebiscitários na esfera municipal, onde se acham, conforme tantas vezes já assinalamos, as células dos corpos autônomos das federações, é, no caso brasileiro, fortalecer o constitucionalismo da Carta de 1988. De bom aviso e em boa hora, incorporou esse constitucionalismo, formalmente, as organizações municipais no organismo da federação, como aliás devera ter feito também com a Região, mediante o estabelecimento de instâncias regionais de poder autônomo.

Mas, ao fazer, como fez, a constitucionalização administrativa das regiões, já deu um primeiro e largo passo naquela direção, ficando ao constituinte de segundo grau, quando cuidar oportuno, completar a obra parcialmente encetada em ordem a instituir finalmente a autonomia política dos ordenamentos regionais; esta poderá ser introduzida na composição federativa do País, sem nenhuma ofensa ao parágrafo 4º do art. 60 da Constituição.

A objetividade constitucional dos direitos fundamentais reside assim na dimensão ou extensão capacitativa das prestações do Estado em todos os sentidos e deriva por igual de necessidades sócio-culturais e axiológicas de justiça, em busca do bem comum, e dirigidas à concretização, no plano existencial, de interesses inter-subjetivos de natureza econômica, social e política e que correspondem aos chamados direitos humanos (ou fundamentais, caso se positivem) da segunda, da terceira e da quarta gerações.

Tais direitos apresentam-se na escala evolutiva de suas aspirações em direção da positividade, primeiro, como direitos sociais, a seguir, como direito dos povos ao desenvolvimento nacional e à conservação da respectiva identidade e, de último, como direito do cidadão, enquanto membro dessa grande família universal que é o gênero humano; direito à democracia participativa, essa forma política de governo indubitavelmente superior ao presidencialismo e ao parlamentarismo, dos quais é o supremo corretivo.

Tal superioridade deriva da averiguação de que a democracia participativa, por sua natureza mesma, pelo menos com referência ao governo presidencial, irmão siamês das autocracias dissimuladas, exclui versões autoritárias de exercício do poder e, do mesmo passo, afiança o mútuo respeito às posições de consciência, sem as quais não se faz concreto nem autodeterminativo o princípio da dignidade da pessoa humana, porquanto deixa de ser tal ao perder as condições de sua dimensão objetiva de direito fundamental.

Em verdade, não se completa, não se concretiza, não mantém a sociedade justa nem o Estado social de Direito, fora do prisma dos direitos fundamentais, ou seja, quando lhes falece essa dimensão em que a Sociedade se interpõe entre o indivíduo e o Estado, com o desígnio de conservação da legitimidade do pacto social e, no mesmo tempo, impõe a este o reconhecimento e a realização daquele princípio fundamental da dignidade, que é a essência e a substância do direito positivo das Constituições em sua projeção de universalidade e valor.

Devemos até acrescentar que a base moral da globalização democrática, aquela que o silêncio neoliberal, em sua linguagem omissiva de valores, tacitamente recusa, hostiliza e veta, será sempre a dignidade da pessoa humana, princípio cardeal com que se traduz a essencialidade objetiva e axiológica dos direitos fundamentais.

Com efeito, a dimensão *principal* desses direitos fez a hermenêutica verdadeiramente ingressar nas Constituições e dar aos estatutos *magnum* concretude e normatividade de que não raro careciam.

A privação de positividade constitucional daqueles direitos aconteceu em grande parte até metade do Século XX. Postos em declarações simbólicas e programáticas eram anexados a Constituições que por sua vez tinham mais a aparência de documentos políticos do que de textos jurídicos no rigor da expressão.

Sem o respeito à Constituição, sem o acatamento aos direitos fundamentais, sem a fé nas instituições, não há Direito justo, não há legitimidade, não há ordem constitucional digna desse nome.

E no caso da América Latina, designadamente do Brasil, se não termos a democracia participativa nas estruturas políticas da sociedade, por alternativa ao presidencialismo da corrupção, da ditadura, do golpe de Estado, da guerra civil e da intervenção federal (se a natureza do sistema admiti-la), nunca as repúblicas deste hemisfério se emanciparão, nunca suas instituições serão verdadeiramente livres.

Que se observa de mais grave nos países deste continente desde as recrudescências da globalização capitalista, supostamente irremediável e irreversível?

Com certeza, uma segunda guerra fria, em curso, ferida porém em situação desvantajosa entre os fortes e os fracos, entre os grandes e os pequenos, entre os ricos e os pobres, entre os opulentos e os miseráveis.

Quem são os fortes e quem são os fracos?

Na linha ascendente da força, as potências hegemônicas do Ocidente que ditam ao mundo com o Consenso de Washington, o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial, os termos da *pax* americana.

Na linha cadente de fraqueza, os países da periferia, a saber, do Terceiro Mundo, cujos povos forcejam por resistir às pressões de vassalagem deflagradas pelo capital globalizador da recolonização sob a égide doutrinária e ideológica do neoliberalismo.

Traçado o corte e o perfil desse contraste e feita a análise e ponderação a essa realidade que entristece, qual a resposta, qual a solução, qual o remédio dos usufrutuários da unipolaridade?

Simplemente não a possuem e nos mandam aprender, como cautério à rebeldia, a lição destas supostas verdades: que a ideologia pereceu, a dialética caiu em descrédito, a história perdeu sentido, a crítica social se fez impostura de vencidos, a revolução não é argumento de progresso, a civilização não se guia por idéias mas por razões econômicas, movidas pela força dos mercados e, de último, que a unipolaridade, a globalização e o neoliberalismo vieram para ficar por serem o mais alto degrau da evolução, do desenvolvimento e da sociedade.

No semblante turvo da globalização vêem-se estampadas assim as trevas de sua eternidade, conforme inculcam os arautos do “status quo”.

Alguns substantivos todavia hão de ganhar essa segunda guerra fria do capital com o trabalho: pátria e nacionalidade, soberania e justiça, democracia e liberdade.

Não temos dúvida, senhores, de que o capitalismo é a indústria da morte. Se não fabricar o escudo das armas anti-mísseis da guerra nuclear, sua economia, mergulhada na recessão, soçobrará.

Cultivando a inimizade dos povos, transgredindo o direito internacional, intervindo em todos os continentes como patrulheiros da nova ordem hegemônica e fomentando outra vez a corrida armamentista, os globalizadores semeiam a desgraça e a catástrofe.

O capitalismo da globalização tolhe o desenvolvimento dos povos ao concluir os direitos fundamentais da terceira geração: é crime contra a humanidade.

Eis pois a que nos conduz a política de supremacia global desenvolvida por neoliberais e globalizadores, que substituem o antigo sonho cristão e feudal da monarquia universal pelo projeto contemporâneo e absolutista da ditadura mundial do capital e do mercado.

Da globalização, poder-se-á agora dizer que seu argumento de poder, sua lógica de terror, seu culto da unipolaridade, seu perfil de soberba e arrogância, espargem pessimismo, lassidão e esmorecimento entre as nações da periferia.

Mas não há impérios que não hajam passado. O da globalização será o derradeiro a passar, porém não temos dúvida de que há-de passar. E o sol da democracia logo derramará seus raios sobre todos os povos, iluminando o caminho da igualdade, da justiça e da liberdade, que será o nosso caminho.

A alternativa de poder aos países do hemisfério sul, flagelados pelo golpe de Estado das ditaduras e, de último, pela incontinência das autocracias constitucionais, nunca foi a democracia, como querem inculcar os políticos da Casa Branca e os diplomatas da segunda guerra fria, mas a farsa representativa das classes dominantes; estas no âmbito interno pauperizam o povo, no âmbito externo lhe confiscam a soberania, e o fazem, como no caso do Brasil, com a privatização desnacionalizadora das riquezas do País.

Só a democracia participativa é verdadeiramente apta a libertar povos e nações enquanto método de governo legítimo que é. Do mesmo passo, por não servir aos desígnios da globalização e paralisar o plano recolonizador da servidão perpétua, essa democracia se viu e se vê embargada entre nós pelos senhores feudais do estamento político que escora o sistema.

A inépcia ministerial, a corrupção generalizada nos órgãos da pública administração, a desmoralização do Senado Federal nos escândalos da fraude eletrônica e o envolvimento de seu Presidente nas investigações dos ilícitos da SUDAM, deixaram o princípio da moralidade administrativa, que é princípio constitucional, deveras abalado neste País, onde a opinião pública impetra a indeclinável instalação de uma comissão parlamentar de inquérito para investigar e apurar atos de corrupção na esfera dos três Poderes da República.

Desde muito, ao longo do segundo mandato presidencial, o Palácio do Planalto abdicou o título de sede de governo e casa de um dos ramos da soberania nacional para se transformar numa Secretaria de Segurança Pública mal administrada, onde funciona também um legislativo clandestino, que usurpa, com o abuso e a inconstitucionalidade de medidas provisórias, desfalcadas dos requisitos de urgência e relevância, a competência legiferante do Congresso.

A este triste estado se acha, pois, reduzida a chamada democracia representativa das elites brasileiras, que é antítese do consenso, da representação, da legitimidade constitucional. E justamente porque essa falsa democracia não governa com o povo, governa contra a sociedade, contra a república e contra a federação.

A democracia representativa do regime a ser instaurado nos quadros da ordem constitucional vigente, implica uma reforma de tetra dimensionalidade da Carta Magna, que postula primeiro a instituição do *referendum* como requisito à promulgação das emendas constitucionais pelo Congresso Nacional; segundo, a manifestação plebiscitária de adoção ou rejeição das políticas de governo, nos seus atos de alcance institucional e de supremo interesse da nação, postos assim debaixo da fiscalização decisória do poder popular de derradeira instância, terceiro, a criação de um tribunal constitucional, extra-executivo, extra-legislativo e extra-judicial, erigido ao grau de quarto poder consoante a linha político-filosófica de Constant, a saber, uma espécie aperfeiçoada de Poder Moderador, ou, na acepção do pensador, um poder judiciário dos demais poderes, capacitado a solver conflitos constitucionais que venham porventura a envolver os três ramos clássicos da soberania e a proteção dos direitos fundamentais e, de último, a correção constitucional do controle – doravante democratizado e não oligarquizado, como agora acontece, que a mídia exercita sobre a sociedade e a formação da cognominada opinião pública, na mais escandalosa fraude e perversão à

natureza e ao espírito das instituições democráticas e de seus instrumentos de comunicação.

Não vejo mais remédio senão este com que nos arredamos do caminho conducente àquilo que o nosso saudoso e inexcedível Rui Barbosa tomava por comparação, ao definir a real face do País diante da infeliz conjuntura de seu tempo.

Com efeito, narrava o insigne baiano do alto de sua cátedra cívica e de sua tribuna de publicista e advogado:

“Havia em França, por meados do Século XIX, uma região alagadiça, que senão transitava senão com pernas de pau, de mais de metro de altura. O Brasil moral de hoje está como esses charcos insalubres, como esses lodçais pestilentos: só se pode atravessar de andas e correndo, para não enterrar no lodo as pernas até aos joelhos”. (Rui, *A Crise Moral*, Organização Simões, Rio, 1932, pág. 102)

Vamos tirar os pés desse pantanal da corrupção, vamos extrair o tumor maligno do presidencialismo de mentira e fancaria, vamos, por fim, fazer o País caminhar pela estrada real da regeneração da vida pública nas mais altas esferas do poder.

Só assim, mediante a fórmula da democracia participativa, é que alcançaremos esse objetivo.

Da Constituição fechada das classes representativas e de sua hegemonia poder-se-á dessa maneira passar, sem quebrantamento da Lei Maior, a uma Constituição aberta do povo governante e de sua soberania. Presidentes da República e Congressistas servirão ao povo e não o povo a eles; a cidadania restaurar-se-á com a democracia participativa ao mesmo passo que o presidencialismo, impossibilitado de introduzir-se pela via constitucional da Carta vigente, terão sido ambos excedidos no seu potencial político de legitimidade, por razões axiológicas, que farão as vigas da soberania popular amparar com mais firmeza o edifício da democracia participativa.

A nação democrática que queremos é esta, jamais aquela, cujos governantes estremecem e arrastam os seus revólveres quando ouvem falar em comissões parlamentares de inquérito.

Aliás, não arrastam revólveres nem desferem golpes de Estado; abrem, sim, as burras do erário, e, com a fazenda do contribuinte, despejam as verbas do orçamento na voracidade clientelista e corruptora com que se habituaram a frear as investigações parlamentares dos grandes escândalos que afligem a República, desonram o Poder Executivo, invalidam o presidencialismo e cercam de ruínas éticas o palácio de quem governa a Nação.

Tornemos, pois, a Rui, mestre incomparável das grandes verdades políticas e constitucionais do regime, e ele nos traçará com aguda perspicuidade o perfil da grave crise existencial que ora atravessa o País.

Suas palavras lapidares ministram o remédio com que curar esse corpo enfermo que é agora a república federativa do Brasil.

Disse ele: “Quer-se curar a crise econômica, a crise financeira, a crise administrativa, e se descarta a verdadeira crise: a crise do caráter, da consciência e do pudor, a crise moral, social, humana. Esta não se alcançará sanear, senão saneando o ambiente, ozonando a atmosfera, isto é, acabando com os governos da força e da incapacidade, que, pelo seu princípio mesmo, pela necessidade ingênita à sua natureza, têm de ser, inevitavelmente, governos de injustiça, mentira e corrupção.”

Falou Rui e nós lhe completamos o pensamento acrescentando:

Governos como os que aí estão, ao apagarem as luzes da eletricidade racionada, já decapitaram primeiro a soberania nacional e espargiram por todo o País as trevas da incompetência, da desídia, do dissídio com a legitimidade, com a ordem moral, com a verdade, com a civilização, com a justiça, com a dignidade da pessoa humana.

Vergonhoso presidencialismo ainda insepulto, e que só a democracia participativa tem pá, ferramenta e braço com que enterrar!

Muito obrigado.

A UNIÃO EUROPEIA E A “EUROPEIZAÇÃO” DO DIREITO CONSTITUCIONAL DOS ESTADOS MEMBROS

Professor Doutor Sérvulo Correia

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

1. No título deste despretensioso trabalho, o termo “europeização” surge rodeado de aspas. Os actuais Estados-Membros da União Europeia são europeus por força da geografia e da História. As culturas dos seus povos são pois manifestações de cultura europeia. E esta asserção aplica-se naturalmente aos Direitos nacionais, que são formas de cultura situadas no espaço e no tempo. Falar de “europeização” de Direitos Constitucionais que já são europeus seria pois um contrasenso se o termo não aparecesse aqui com uma conotação institucional. Trata-se com efeito de analisar o fenómeno da relativa homogeneização da essência substantiva dos Direitos Constitucionais tendo em atenção que este se processa em conexão com a existência e a actuação da União Europeia, uma entidade supranacional. Com a brevidade que a circunstância impõe, cabe delimitar as áreas da estrutura constitucional sobre as quais tal aproximação tem sobretudo incidido, as razões de ser e os rumos deste processo evolutivo e o provável sentido da sua progressão no futuro.

2. Para atalhar caminho, desde já observo que a área constitucional a que irei dedicar as minhas considerações é a área material ou substantiva, constituída pelos direitos fundamentais e por princípios valorativos com eles conexos. É certo que esse não é o único sector das constituições dos Estados-Membros relevante para efeito da participação na União Europeia. Nesses outros domínios, avultam as passagens em que as leis fundamentais estatuem sobre requisitos e momentos declaradamente respeitantes à vivência do Estado e dos seus cidadãos no seio da União. São sobretudo aqueles

preceitos em que se estrutura o modo de interpenetração do Direito da União e do direito Estadual e em que se densificam os direitos políticos próprios da cidadania da União. Forçosamente que, sobre tópicos como estes, os Direitos Constitucionais dos Estados-Membros albergam preceitos semelhantes, quer eles figurem na Constituição em sentido formal, quer em outros textos de eficácia normativa superior à da lei comum.

Mas aquilo de que pretendo ocupar-me não são esses preceitos constitucionais sobre o sistema de fontes de direito ou sobre a capacidade eleitoral. Em função das limitações de tempo, parece-me mais interessante convocar apenas a vossa atenção sobre a progressiva formação no espaço da União Europeia daquilo que me atreverei a chamar de "rede de sistemas de direitos e princípios fundamentais". A aproximação dos conteúdos destas áreas nos vários Direitos nacionais não teve, até agora, como causa dominante o funcionamento das Comunidades Europeias e, mais recentemente, da União Europeia. Dir-se-á que se trata de um fenómeno em boa medida espontâneo, que sempre teria ocorrido ainda que na ausência do quadro institucional proporcionado pela União, até porque ele também ocorre em outros Estados alheios a esse enquadramento. A verdade, porém, é que, neste momento, se encontra desencadeado no espaço comunitário um processo interactivo em termos que se me afiguram irreversíveis. Assim acontece porquanto - conforme pouco a pouco foi intuindo a jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu e hoje proclama o Tratado da União Europeia - das tradições constitucionais comuns aos Estados Membros se desprendem princípios gerais de direito comunitário. Da visão conjugada dos Direitos constitucionais dos Estados-Membros resulta pois um corpo de princípios com valor material constitucional - muitos deles portadores de direitos fundamentais - a que a União Europeia reconheceu encontrar-se também ela vinculada.

Convém a este propósito lembrar que, nos termos do artigo 6º, nº1, do Tratado da União Europeia, esta "assenta nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais, bem como do Estado de direito, princípios que são comuns aos Estados-Membros". Por seu turno, o nº2 do mesmo artigo proclama que a União respeitará os direitos fundamentais tal como, designadamente, resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário.

Não se pode, porém, mais pensar hoje em dia que nos encontramos em face de um processo de sentido único, em que os Direitos Constitucionais nacionais figuram apenas como emissores de impulsos axiológicos e o Direito Comunitário como simples receptor. A verdade é que, primeiramente de novo graças à jurisprudência do Tribunal do Luxemburgo, depois, através da entrada em vigor dos artigos 6º e, sobretudo, 7º do Tratado da União Europeia e, mais recentemente, com a aprovação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, se gerou um sistema interactivo. A pouco e pouco, a União Europeia passa a influir também nos níveis nacionais de protecção fundamental da pessoa.

3. Como disse já, a aproximação dos Direitos Constitucionais dos Estados Membros da União Europeia - sobretudo no que toca a princípios substantivos e aos direitos fundamentais - não é apenas nem, pelo menos por agora, principalmente uma consequência da respectiva participação nesta organização supranacional. Esse fenómeno tem tido duas fontes primárias, ambas de perfil acentuadamente jurisprudencial: referimo-nos, por um lado, à jurisprudência sobre direitos fundamentais dos tribunais dos Estados-Membros e pelo outro à do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, um tribunal sito em Estrasburgo, instituído por convenção internacional no seio de uma organização regional - o Conselho da Europa - que tem existência separada e composição distinta da da União Europeia.

Subjacente a estas amplas construções jurisprudenciais e ao sentido convergente que as tem animado merece ser assinalado o fenómeno de um consenso social transfronteiriço sobre valores comuns que os órgãos de produção jurídica e a doutrina transformam em formulações normativas ou dogmáticas.

4. Neste princípio do Século XXI, não pode falar-se em *Direito Constitucional Europeu* no sentido de um Direito da estrutura, dos fins e das funções de um Estado soberano que tivesse por território a Europa ocidental e central: esse Estado não existe. A União Europeia não tem natureza estadual, estando longe de findo o debate entre os que desejariam vê-la evoluir para um modelo *a se*, mas com semelhanças com o do Estado federal, e os que a essa ideia se opõem tenazmente. O futuro ditará o resultado, porventura não em termos de uma súbita decisão constituinte mas nos de uma paulatina evolução imposta pela força das coisas. Mas é já patente a

existência, na Europa da União Europeia de um *Direito Constitucional Comum* assente em princípios jurídicos transnacionais correspondentes a linhas amplamente maioritárias das opiniões públicas e das doutrinas juspublicistas.

Trata-se, no plano axiológico, de *standards* europeus. O consenso reinante a propósito destes explica que tenham vindo a servir como fins em relação aos quais se verificam desenvolvimentos jurídicos paralelos aquém e além fronteiras. Os laços que articulam essa dinâmica explicam-se em primeiro lugar pelo facto de ela ter como ponto de partida uma cultura jurídica comum centrada no valor do Estado de Direito.

5. Como se referiu já, as judicaturas nacionais - em particular as dos tribunais constitucionais - e a do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, têm exercido uma acção determinante na densificação de princípios estruturantes, como o do Estado de Direito, o princípio democrático, o princípio do Estado Social, os princípios da igualdade, tutela da confiança, proporcionalidade e, em especial, do corpo de direitos fundamentais. Mas essa actuação e os seus frutos têm, por assim dizer, circulado em vasos comunicantes entre os Direitos nacionais graças ao contributo da doutrina juspublicista. Häberle escreve a esse propósito sobre uma "europeização das jurisdições constitucionais nacionais" no âmbito de um caldo de cultura que se poderá denominar *ius publicum aeropaeum*. O Direito comparado transformou-se efectivamente em "quinto-elemento de interpretação" das normas constitucionais, a par dos clássicos elementos literal, sistemático, histórico e teleológico a que Savigny deu assento dogmático.

Foi a doutrina a guiar o Tribunal de Justiça Europeu para, através de uma série de decisões proferidas nos anos setenta, se pronunciar no sentido da recepção pelo Direito Comunitário, sob a natureza de princípios gerais de direito, das "tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros" (acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*, de 1970). Essas "tradições constitucionais comuns" são afinal os sistemas de valores e princípios estruturantes das constituições dos Estados Membros tal como as doutrinas nacionais os trabalharam em termos de notável convergência.

Os autores que se debruçaram sobre o papel do contributo doutrinário nesta evolução sublinham a "homogeneidade principológica das estruturas constitucionais" que permitem falar de um "Direito Constitucional Europeu Comum", e também a "homogeneidade das escolhas valorativas" que

constitui "patrimônio comum dos povos europeus" e denota a existência de "um pensamento constitucional comum na Europa". Häberle sintetiza nos seguintes parâmetros a essência dessa comunidade de valores e princípios detectada a partir do duplo labor das doutrinas nacionais e da doutrina comparatista: dignidade da pessoa, democracia pluralista, direitos e liberdades fundamentais, Estado de direito (incluindo a juridicidade e a proporcionalidade), justiça social, autonomia local, regionalismo ou federalismo, subsidiariedade, tolerância e proteção das minorias (Cfr. *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, in *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 30.08.1991, p. 261, 266).

6. Antes de tornar à experiência europeia - que é aquela sobre a qual desejavam os ilustres organizadores desta Conferência que me pronunciasse - não quero deixar de sublinhar que nem o fenômeno da aproximação dos planos valorativos das constituições se circunscreve ao espaço da União Europeia nem a sociedade aberta de intérpretes da Constituição ali assenta exclusivamente seus arraiais.

Antes de deixar o espaço europeu para atravessar o Atlântico, cumpre lembrar esse outro fenômeno - prenunciador do alargamento da União Europeia - que é o regresso de países da Europa Oriental e da Europa báltica ao *ius publicum europeum* através da sua reconversão em Estados constitucionais e da adesão à Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

É, porém, óbvio que o fenômeno se não circunscreve apenas ao Velho Continente. A Europa do Estado de Direito (e, infelizmente, ainda nem toda assim pode ser qualificada) é apenas um dos pilares de um arco ou círculo constitucional euro-atlântico de que o Brasil constitui parte eminente. O emprego do Direito comparado na concretização da tarefa interpretativa das Constituições estende-se naturalmente às Ordens jurídicas que participam na mesma herança cultural euroatlântica de concepção do Estado constitucional. Algumas doutrinas da Europa continental de sistema romano-germânico, a começar pela alemã, despertaram desde há alguns anos para as virtualidades de utilização dos dados doutrinários e jurisprudenciais do constitucionalismo norte-americano. Sem querer disputar a bondade de tal inflexão metodológica, sublinharei pelo meu lado que, mais ainda do que os elos sentimentais, as afinidades dos sistemas jurídicos ditam para a Europa não - anglo-saxónica a atribuição de prioridade à recolha de contributos de doutrinas e jurisprudências como a brasileira.

No Brasil, não são com efeito difíceis de encontrar as consonâncias com o pensamento e as vivências constitucionais na área da União Europeia.

Assim, quando, por exemplo, Paulo Bonavides teoriza sobre a incorporação dos princípios na ordem jurídica constitucional, onde logram valoração normativa suprema e se convertem em sede de legitimidade, ele deixa registado o paralelismo entre o pensamento constitucionalista brasileiro e a orientação filosófica e científica dos constitucionalistas europeus, hoje quase sempre ligados à teoria material da Constituição.

É, por seu turno, Manuel Gonçalves Ferreira Filho quem sublinha a proximidade de conteúdo entre todas as declarações de direitos na democracia de opção liberal, salientando ao mesmo tempo o carácter abrangente e extenso da Declaração contida na Constituição brasileira de 1988.

Também é certo que certos autores brasileiros objectam, chamando a atenção para o carácter dualista da sociedade no seu país, o qual atenuaria a eficácia da Constituição visto que esta se apoiaria num consenso menos consistente e que não seria tão generalizada a identificação da opinião com os direitos fundamentais proclamados. Reporto-me ao interessante livro de Marcelo Neves, editado em Berlim, em 1992, sob o título *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne*. Parece-me no entanto que, num país como o Brasil, o mais relevante é que o Estado constitucional se encontra estruturado e que os tribunais aplicam a Constituição. Ainda que noutra medida, aliás diferente consoante distintos níveis de desenvolvimento económico e social dos Estados-Membros, também na Europa dos Quinze existem margens de exclusão social em cujo âmbito as listas constitucionais de direitos fundamentais tendem a perder em normativismo aquilo que ganham em puro nominalismo. Em qualquer dos casos, o essencial é a existência de políticas que, tomando os direitos fundamentais como elementos estruturantes da ordem jurídica, os não confinem a uma função de defesa contra actos de autoridade lesivos dos aspectos essenciais da esfera jurídica individual. Por outras palavras, importa que, metódica e persistentemente, os direitos fundamentais sejam assumidos como fins a concretizar através das leis e das políticas administrativas.

Em suma, quanto a este ponto, a ideia a reter é, segundo creio, a de que um país com um sistema normativo e uma praxis jurídica como os do Brasil integra necessariamente a comunidade dos Estados constitucionais no âmbito da qual as trocas de informação e de análise jusconstitucional materializam um pensamento jurídico amplamente comum.

7. Retornemos no entanto agora ao quadro da União Europeia. Daqui até ao fim da presente intervenção, o nosso propósito será o de aprofundar a análise da medida em que a União carece, para lograr uma interpenetração sem sobressaltos entre o seu Direito supranacional e os Direitos dos Estados-Membros, de uma certa homogeneização dos Direitos Constitucionais materiais destes últimos. Note-se que, quando nos reportamos ao Direito Constitucional material, temos também presentes princípios nucleares, como os princípios do Estado de direito, o princípio democrático e o princípio do Estado social, mas que os desenvolvimentos institucionais analisados têm tido sobretudo como objecto imediato os direitos fundamentais. Veremos em seguida que a homogeneização verificada na área dos direitos fundamentais das ordens jurídicas nacionais conduziu dialeticamente ao começo de uma actividade de formulação normativa pela União Europeia. E observaremos por fim como essa normação vem levantar novos problemas de articulação entre o Direito supranacional e os direitos nacionais.

8. A natureza e os objectivos da União Europeia pressupõem que as ordens jurídicas dos seus Estados-Membros, mesmo ao nível hierárquico mais elevado, ou seja, o das respectivas constituições, não levantem impedimentos à aplicação uniforme do Direito Comunitário. Sem essa complacência dos Direitos nacionais em face do Direito da União - originário e derivado - não seria possível a concretização de tarefas como a de um mercado interno caracterizado pela abolição dos obstáculos à livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais. Mas enquanto é indubitável que os Estados-Membros aceitaram a subordinação da eficácia das suas leis ao Direito Comunitário, não é líquido que hajam reconhecido o valor supraconstitucional desse Direito. Na doutrina constitucionalista portuguesa, por exemplo, é francamente minoritário o sector que defende a supremacia do Direito comunitário sobre a Constituição. Daqui resulta que, nos sistemas nacionais em que os tribunais podem recusar a aplicação de normas inconstitucionais - como é, por exemplo, o caso dos ordenamentos jurídicos alemão, italiano, espanhol ou português - não se encontra excluída à partida a declaração jurisdicional de inconstitucionalidade, a título incidental, de normas do Direito Comunitário em vias de serem aplicadas por autoridades nacionais. No entanto, se, do ponto de vista nacional, este tipo de fiscalização de constitucionalidade representa um factor de coerência do sistema jurídico, a verdade é que ele também constitui um grave perigo para

a uniformidade de aplicação do Direito comunitário no espaço da União Europeia. E esta uniformidade constitui um requisito infraestrutural da unidade do mercado comum.

Nos primeiros anos do seu funcionamento, o Tribunal de Justiça Europeu manifestou-se estranhamente insensível a esta problemática. Nessa fase, os valores substantivos pelos quais o Tribunal se orientou foram praticamente apenas os da liberdade de mercado e da concorrência servidos, a nível do instrumentário jurídico, pela exigência da aplicabilidade directa e do primado do Direito comunitário. O desinteresse do Tribunal de Justiça pela fiscalização dos actos do Direito derivado comunitário sob a perspectiva dos direitos fundamentais conduziu por fim a embates com alguns tribunais constitucionais que, num ou noutro caso, declararam, para efeito da sua não aplicação, a inconstitucionalidade de normas comunitárias em virtude da sua incompatibilidade com direitos figurando no catálogo nacional dos direitos fundamentais.

Assistiu-se então a um repensar do problema. Os resultados práticos da viragem jurisprudencial do Tribunal do Luxemburgo reflectem no fundo a ideia de que - como escreve o constitucionalista português Jorge Miranda, "não é preciso destruir a função da Constituição para aceitar um princípio de cooperação entre ordens jurídicas". Por outras palavras, como não dispunha de um sistema de direitos fundamentais definido no seio das instituições comunitárias nem poderia construí-lo instantaneamente pela via das suas pronúncias jurisdicionais, o Tribunal de Justiça passou a procurar na vivência dos Estados-Membros uma súpula coerente de princípios e instrumentos metodológicos na área dos direitos fundamentais. Aconteceu com efeito que, a partir da década de setenta o Tribunal de Justiça firmou através de sucessivas decisões uma nova jurisprudência pela qual passou a reconhecer os direitos fundamentais presentes nas constituições dos Estados-Membros como princípios gerais de direito assentes num património jurídico comum, ou seja, nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros.

9. Com o recurso pelo Tribunal de Justiça ao património comum dos Estados-Membros na área dos direitos fundamentais, as então Comunidades Europeias obtiveram duas vantagens: por um lado, foi introduzido no sistema jurídico comunitário um corpo de princípios e regras fundamentais merecedoras de consenso dos Estados-Membros; simultaneamente,

evitaram-se conflitos entre a jurisprudência comunitária e as jurisprudências nacionais, visto serem estas últimas em grande medida as produtoras do novo plasma injectado no corpo jurídico comunitário.

Dizemos "em grande medida" porque, para além dos grandes desenvolvimentos jurisprudenciais a nível nacional, houve dois outros factores de grande relevo para a crescente definição de um *Direito Constitucional comum europeu*: foram eles a evolução na redacção de textos constitucionais e, por outro lado, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

A base valorativa dos sistemas constitucionais nacionais ganhou uma outra expressão com a entrada em vigor das novas Constituições grega, portuguesa e espanhola, na década de setenta, da Constituição holandesa de 1983 e da Constituição belga de 1994. Seguindo o modelo que despontara com a Constituição italiana de 1947 e a Lei Fundamental alemã de 1949, estas Constituições desenvolvem em termos novos os elementos materiais do Estado de Direito. Embora em graus distintos, conferem, dentro do sistema constitucional, prioridade aos direitos fundamentais, enquadram-nos em princípios gerais, estendem-lhes o elenco, definem-lhes o conteúdo e fixam-lhes as garantias. Nalguns casos, como o português, não se trata de um só momento inovatório fixado no tempo mas de sucessivos aprofundamentos através de leis de revisão constitucional.

Um terceiro factor que - a par dos textos constitucionais da segunda metade do Século XX e da sua construção jurisprudencial - se veio conjugar na formação do acervo constitucional comum dos povos que hoje integram a União Europeia foi a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Trata-se de uma Convenção internacional, hoje acrescentada por um número considerável de protocolos, aprovada em 1950 no quadro do Conselho da Europa, uma organização internacional sediada em Estrasburgo e separada e distinta da União Europeia. Nos termos desta Convenção, foi instituído o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que julga queixas, designadamente formuladas por cidadãos dos Estados que nela são parte, contra a violação de direitos fundamentais consignados na Convenção. Hoje em dia este tratado internacional vale sobretudo nos termos em que a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem o aprofundou e enriqueceu.

Em suma pois, o Tribunal de Justiça da União Europeia, muitas vezes referido como Tribunal do Luxemburgo, - que não deverá ser confundido

com o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, situado em Estrasburgo e institucionalmente inserido no Conselho da Europa - passou a socorrer-se de um património axiológico e dogmático de dupla fonte nacional e internacional para distilar a partir dele princípios gerais de direito comunitário em matéria de direitos e princípios fundamentais: de um lado os Direitos nacionais dos Estados-Membros, tal como configurados pelos respectivos poderes constituintes e judiciários, de outro lado, o Direito Internacional Europeu dos Direitos do Homem. Este último, centrado na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, abarca por igual os Estados-Membros da União Europeia visto que todos são partes na Convenção Europeia dos Direitos do Homem a par de outros Estados que são Membros do Conselho da Europa mas por enquanto não integram a União Europeia.

Pode entender-se pois que esta primeira fase da caminhada da União Europeia (então simplesmente as Comunidades Europeias) no sentido da inclusão dos direitos fundamentais no seu ordenamento jurídico culminou com a cristalização de uma linha jurisprudencial do Tribunal de Justiça. O Tribunal passou a operar uma recepção material do património comum europeu dos direitos fundamentais tal como existente à época, ou seja, nos anos setenta e oitenta do século passado.

Em síntese, foram recebidas e incorporadas na ordem jurídica comunitária, como princípios gerais de direito, as normas constitucionais nacionais tal como aplicadas pelas respectivas jurisdições e teorizadas pelas respectivas doutrinas, consolidadas em tradições constitucionais comuns. Estas tradições têm também como um dos seus elementos originários as convenções internacionais sobre a matéria vinculativas para os Estados-Membros, em particular a Convenção Europeia dos Direitos do Homem tal como construída pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

10. Esta orientação jurisprudencial do Tribunal de Justiça Europeu ganhou depois forma de regra escrita, como tantas vezes sucede também nos Direitos nacionais. Com efeito, o Tratado da União Europeia - aprovado em 1992, em Maastricht, e reformulado em 1997, em Amsterdão - vincula hoje expressamente a União a respeitar enquanto princípios gerais do direito comunitário os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros.

Dera-se, pois, um salto qualitativo importante relativamente à fase inicial de *agnosticismo valorativo* do Tribunal do Luxemburgo.

Mas em breve se começou, não obstante isso, a questionar se esta era uma resposta adequada e suficiente às necessidades de enquadramento da ordem jurídica comunitária por um sistema de direitos fundamentais. O principal argumento invocado a favor de um novo passo em frente foi o de não ser aceitável que se atribua aos direitos fundamentais reconhecidos na ordem jurídica comunitária o simples papel de limite ao exercício de poderes meramente guiados pela finalidade do funcionamento de um mercado interno sem peias nem discriminações. Pelo contrário - sustentou-se - a União Europeia só gozará de legitimidade plena quando assumir os direitos fundamentais como figuras centrais da sua ordem jurídica. Para além do mercado interno e das respectivas técnicas jurídicas instrumentais, a União Europeia deveria portanto assumir os direitos fundamentais como uma *raison d'être* primária, visível e incontestável sobretudo a partir do momento em que se passa a reconhecer uma cidadania da União e em que esta assume também componentes de política externa e de segurança comum, cooperação policial e cooperação judiciária em matéria penal.

Tendo sido posta de lado - pelo menos por agora - a hipótese da adesão da União Europeia, como sujeito de direito internacional, à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o Conselho de Ministros acabou por determinar a elaboração de uma *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*.

A aprovação deste texto pelo Conselho Europeu, reunido em Nice, em Dezembro de 2000 anuncia a passagem a um novo estádio das relações entre o Direito Comunitário e os Direitos Constitucionais dos Estados Membros.

11. O modo de aprovação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a natureza que formalmente lhe é atribuída atestam as dificuldades que acompanham um passo que muitos consideram ir no sentido da constitucionalização da União Europeia.

Na sua síntese mais pura, a Constituição do Estado de Direito é uma equação entre as derivadas de três valores nucleares: direitos fundamentais, democracia e separação de poderes. A união estrutura-se já sobre uma fórmula de separação de poderes, mais complexa do que a dos próprios Estados federais na medida em que tem de acomodar soberanias nacionais que

se partilham mas não alienam. O princípio democrático tem igualmente a sua condensação orgânica, embora haja novos caminhos por trilhar no sentido do alargamento dos poderes do Parlamento Europeu e no da institucionalização da participação dos parlamentos nacionais. O pilar dos direitos fundamentais ganha agora base autónoma. Uma autonomia que se assume um tanto a medo, visto ser o próprio preâmbulo da Carta que cautelosamente a considera como mera *reafirmação* das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros e reconhece a contribuição da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem para a definição do seu conteúdo.

Existe pois a preocupação de sublinhar um sentido de continuidade e o decidido enraizamento da Carta no humus de uma cultura constitucional comum. Ainda assim, temos agora um texto novo que, depois de devidamente afinado pela experiência aplicativa, figurará, mais tarde ou mais cedo, no Tratado da União. Nesse dia, o Tratado ter-se-á aproximado decisivamente do modelo constitucional.

Tudo isto explica que, num momento em que mal se inicia um debate assumido pelos governos sobre o futuro da União Europeia, não se tenha querido organizar a formulação de um poder constituinte de uma entidade que, por agora, não tem existência jurídica e que alguns desejariam que nunca a viesse a ter: *o povo da União Europeia*. E também não se convocaram os povos dos Estados-Membros a exercer conjuntamente esse poder. Mas, ao mesmo tempo, quis-se dar à Carta uma origem não puramente institucional, convocando para a sua elaboração uma *convenção* em que se misturaram as legitimidades dos parlamentos nacionais, do parlamento europeu e dos governos dos Estados-Membros.

Por outro lado, os preceitos da Carta não têm de momento valor formal injuntivo. No plano da forma, ela é, como soe dizer-se, *soft law*. A nenhum observador avisado poderão no entanto restar dúvidas de que ela irá ser aplicada pelo Tribunal de Justiça e pelos tribunais nacionais em sede de fiscalização de actos de aplicação do Direito comunitário pelos órgãos nacionais. Se a Carta ainda não se impõe por si própria, ela será invocada como prova material dos princípios gerais de direito comunitário que brotam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros.

A Carta vai formular portanto desde já os *standards* mínimos de protecção dos direitos fundamentais dos Estados-Membros, prevalecendo sobre os Direitos destes quando, ocasional e pontualmente, oferecerem níveis

inferiores de protecção de certo direito fundamental. Nessas situações excepcionais, será também difícil que os efeitos de tais normas não extravasem do âmbito das relações regidas pelo Direito comunitário para as de mero direito interno. É um efeito que os ingleses já detectaram e a que chamam de *spill-over* no tocante a garantias processuais que o Direito comunitário impõe e o Direito britânico não contemplava.

O momento mais crítico poderá chegar no dia em que, ao invés de tais situações, um nível mais acentuado de protecção pelo Direito Constitucional nacional pudesse ser considerado dispensável pelo Tribunal de Justiça Europeu em face de um regime comunitário menos favorável mas expressivo da média dos níveis nacionais. Seria uma situação em que o princípio da subsidiariedade da protecção comunitária dos direitos fundamentais relativamente à protecção nacional entraria em conflito com princípios como o da não discriminação e da igualdade de aplicação das normas comunitárias.

No dia em que isso vier a suceder - não ainda por certo amanhã - teremos, no plano dos direitos fundamentais - mais uma vez em aberto a questão de saber se a União Europeia evolui no sentido do modelo clássico do Estado federal ou se a soberania dos Estados nações que a compõem irá ser preservada pelo menos por mais uma ou duas gerações.

DIREITO INTELECTUAL, EXCLUSIVO E LIBERDADE

Professor Doutor J. Oliveira Ascensão
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

SUMÁRIO: 1 - A ocupação dos espaços livres por direitos de exclusivo. 2 - A perda da sensibilização pelo interesse público. 3 - Direito intelectuais exclusivos na Constituição. 4 - A patente como exclusivo comercial. 5 - A propriedade da marca de prestígio ou de alto renome. 6 - O cerceamento da liberdade. 7 - A transformação do saber em mercadoria. 8 - A propriedade da informação. 9 - Função social e limitações dos direitos exclusivos. 10 - A globalização. 11 - Conclusão.

1. A OCUPAÇÃO DOS ESPAÇOS LIVRES POR DIREITOS DE EXCLUSIVO

A complexidade da sociedade técnica implica o recurso crescente a uma estruturação em categorias abstractas: os seres ideais sobrepõem-se cada vez mais aos seres reais. Isso explica também o empolamento da categoria dos direitos intelectuais.

O objecto ou ponto de referência destes são bens imateriais ou coisas incorpóreas – obras literárias ou artísticas, invenções, marcas e assim por diante.

A categoria está em plena expansão. Assim, os bens informáticos, de génese recente, logo foram acolhidos como objecto de direitos intelectuais. Em muitas outras zonas se produziu este crescimento, como nos direitos dos artistas, dos produtores de fonogramas e de outras entidades – os chamados direitos conexos ao direito de autor.

Os direitos intelectuais são essencialmente direitos de exclusivo ou de monopólio¹. Reservam aos titulares a exclusividade na exploração, ao abrigo da concorrência. São frequentemente qualificados como direitos de propriedade, particularmente nas modalidades de propriedade literária ou artística e propriedade industrial. Mas a qualificação nasceu no final do séc. XVIII e continua a existir com clara função ideológica, para cobrir a nudez crua do monopólio sob o manto venerável da propriedade.

A expansão do âmbito dos direitos intelectuais é acompanhada por um reforço constante dos poderes assegurados aos titulares. Um dos aspectos mais salientes está na incessante redução dos limites² dos direitos intelectuais. Isto é preocupante, porque através dos limites se dá entrada nestes domínios a objectivos de ordem geral, nomeadamente aos que traduzem interesses comuns. Quando não são abolidos, os limites são frequentemente transformados em direitos de remuneração: a utilização não está dependente de autorização, mas o beneficiário fica em contrapartida vinculado a remunerar o titular pela utilização que fizer. Assim acontece em larga medida por força da recente directriz da Comunidade Europeia sobre os direitos de autor e conexos na sociedade da informação³. Em qualquer caso, o que era livre deixa de o ser: é mais um domínio que passa a ser apropriado.

Esta evolução tem-se processado no desconhecimento quase total do interesse público. Nos Estados Unidos da América, porque o lugar prioritário que ocupam nas indústrias de *copyright* explica que se procure uma protecção sempre acrescida para as suas exportações. Na Europa, porque a integração é económica, é um mercado comum: os mercadores querem sempre aumentar os seus proventos e a cultura ou o interesse público reduzem-se a uma espécie de fundo musical para os discursos oficiais.

Mas isto vai tendo consequências que, por serem paulatinas, não deixam de ser extremamente preocupantes. O espaço de liberdade é constantemente cerceado.

De facto, o cidadão comum defronta-se crescentemente com o arame farpado. Há cada dia mais zonas cuja entrada está proibida ou reservada. Com isso, o diálogo social perde fluidez. A nossa liberdade passa a ser uma

¹ Acessoriamente, acrescem ao exclusivo – e também com ocorrência crescente – direitos de remuneração, como os atribuídos em consequência da reprografia e da cópia privada.

² Também chamados restrições ou excepções. Seja o caso do direito de citação.

³ Directriz n.º 01/29/CE, de 22 de Maio.

liberdade condicionada: o que fazemos ou podemos depende cada vez menos da nossa espontaneidade e cada vez mais daqueles que se asseguraram posições de privilégio no espaço social.

A Internet veio potenciar estes perigos.

Por um lado, acena-se com uma *sociedade da informação*, em que um manancial de novas potencialidade é aberto para todos. Exalta-se o protagonismo do homem comum que, graças à interactividade possibilitada pelas auto-estradas da comunicação, se tornaria um dialogante universal, e não somente um receptor passivo de mensagens.

Mas por outro lado, verificamos que a Internet, que apareceria como um espaço de liberdade, está já apropriada. Cada vez mais é um espaço de constrição.

A Internet surgiu, curiosamente, como um sistema fechado de comunicações militares, nos Estados Unidos. Foi generalizada a instituições científicas, e apresentada como uma rede de diálogo e intercâmbio desinteressados. Foi depois universalizada como uma via de comunicação, que desvendaria os seus segredos a todo o mundo e poria todos em contacto com todos.

Mas, com maior rapidez ainda, foi apropriada como um veículo comercial. Hoje, a grande massa dos problemas que traz estão ligados ao comércio electrónico. Com isto, toda a visão que da Internet se fazia muda necessariamente de rosto.

A apropriação da informação foi-se fazendo através de numerosas escalões.

Em primeiro lugar, os bens informáticos básicos foram reduzidos a objecto de direitos exclusivos.

E mais ainda: foram protegidos mediante a outorga de um direito de autor. Ou seja: mediante a atribuição do direito intelectual exclusivo mais poderoso que a ordem jurídica oferece. Um direito que se estende a uns absurdos 70 anos após a morte do autor, recaindo sobre realidades meramente técnicas que estão muito longe de atingirem, mesmo nas manifestações mais arqueológicas, sequer 70 anos de vida!

Estão nestas condições:

- as topografias dos produtos semicondutores
- os programas de computador
- as bases de dados⁴.

⁴ Há variações de caso para caso, nomeadamente em relação às topografias dos produtos semicondutores, que não lograram ter na Europa uma cobertura total em termos perfeitos de direito de autor. Noutros casos vai-se mais longe: a lei inglesa protege por *copyright* as obras produzidas por computador, que não têm evidentemente a marca pessoal que é a base do direito de autor.

Mas a apropriação jurídica da rede vai-se fazendo por muitas outras vias. O esquema geral consiste em considerar todas as utilizações em rede reservadas e cobertas já pelos tratados internacionais sobre direito de autor vigentes. A colocação da obra em rede seria objecto do direito de comunicação pública; o seu chamamento ao visor do utente implicaria o exercício do direito de reprodução, entendido em termos de abranger as meras transmissões tecnológicas; a produção de exemplares no terminal do utente estaria já coberta pelo direito de distribuição.

A apropriação vai sempre avançando mais. Pretende-se que o mero estabelecimento de um hipernexo (*hyperlink*) para sítio alheio está sujeito à autorização do titular desse sítio. Paralelamente, regula-se cada vez mais o comércio electrónico.

No domínio da “propriedade industrial” assiste-se a uma evolução paralela.

Basta atentar em dois fenómenos que se processam no domínio das marcas e patentes.

A *marca* é um sinal distintivo de uma série de produtos ou serviços, perante os restantes. É dominada pelo princípio da especialidade: não dá a apropriação do sinal, mas apenas a reserva do uso nos produtos ou serviços a que se aplica.

Porém, em relação às marcas chamadas de prestígio ou de grande renome pretende-se hoje um monopólio absoluto, que reservaria de todo o uso da marca. O direito à marca torna-se então um direito por si, independentemente da função distintiva: direito que permite lucros espantosos na sua comercialização e representa por vezes o mais importante activo de uma grande empresa.

A *patente* é um exclusivo de exploração industrial, outorgado em contrapartida de uma exploração efectiva da marca.

Mas pretende-se transformá-la hoje num exclusivo comercial: a patente estaria sendo explorada desde que fossem comercializados os produtos que resultam da sua aplicação – mesmo que por importação. Isto significa que o país que outorga a patente estaria, sem receber nenhuma contrapartida, a reservar um mercado a uma empresa estrangeira que não contribuiria para o seu desenvolvimento.

2. A PERDA DA SENSIBILIZAÇÃO PELO INTERESSE PÚBLICO

Esta evolução deve levar-nos a reconsiderar o fundamento da outorga de exclusivos.

No início do séc. XIX, quando esta matéria tomou a sua feição actual, mantiveram-se os privilégios outorgados no antigo regime, aos autores nomeadamente, mas agora justificados por serem uma propriedade.

Não obstante, a consciência do *interesse público* associado à outorga do exclusivo era muito nítida. O exclusivo era atentatório da liberdade económica. Deveria por isso ser limitado e temporário. Só se prolongaria o lapso suficiente para permitir recompensar o contributo social trazido e estimular o aparecimento de novas criações⁵.

Paradoxalmente, este sentido do interesse público perdeu-se quase totalmente no século XX, que se pretendeu a idade do social. Os exclusivos empolam-se e multiplicam-se, cada vez mais justificados por meros interesses privados. O espaço de liberdade sofre uma perigosa restrição.

De facto, os debates a que hoje se assiste são menos os que opõem o interesse público e os interesses privados e mais os que *opõem entre si os vários interesses privados* no seu apetite de protecção. São os que opõem os autores aos produtores de fonogramas ou aos radiodifusores, os que opõem os provedores de serviços na Internet aos titulares de direitos sobre os conteúdos, e assim por diante. E como a história ensina, os acordos entre os grandes fazem-se à custa dos pequenos. Os direitos exclusivos incharam cada vez mais, à custa do *interesse do público*, que viu agravada mais e mais a sua condição; e à custa do *interesse público*, que o neoliberalismo imperante só envergonhadamente permite referir.

A situação só conheceu um solavanco nestes últimos anos, com a formação de *correntes libertárias* no seio da Internet. Curiosamente, tudo se passa no âmbito norte-americano.

A Internet nascera como espaço de liberdade. A actividade científica, nomeadamente, afeiçoara-se a essa livre comunicação.

O trânsito brusco da Internet para uma espécie de gigantesco centro comercial, em que por natureza tudo é venal, se por um lado teve os seus defensores – e como não, quando as próprias empresas de informática surgiam entre as empresas com maiores lucros do mundo? – por outro lado suscitou reacções. Apareceu uma corrente libertária, que pretendeu que a Internet fosse um “espaço livre de direito”. No caso, que não ficasse submetida aos exclusivos que quadriculavam a vida fora da rede.

⁵ Esta justificação engloba o direito de autor e as patentes, mas não os sinais distintivos, como as marcas.

As pretensões anti-legalistas podem ter muitos significados, que não podemos analisar aqui. Se se afasta a lei, as empresas da Internet passam a ter livre curso. O seu domínio consolida-se com os próprios instrumentos técnicos que condicionam a utilização da rede. O que pode significar que há uma transferência de domínio, apenas. O domínio legal é substituído pelo domínio das estruturas técnicas – o *code*, de que fala Lessig.

Mas há também um entendimento, não apenas anti-legalista mas libertário, que se tornou muito nítido na polémica em torno do Napster; mas é também actuante noutros domínios menos conhecidos, como o que levou à rejeição do chamado direito *sui generis* sobre as bases de dados. Há pois um movimento vivo, que terá necessariamente derrotas mas teve também vitórias.

E sobretudo, para o que nos interessa, obrigou a reposicionar o significado e fundamento dos direitos exclusivos.

3. DIREITO INTELECTUAIS EXCLUSIVOS NA CONSTITUIÇÃO

Tomamos como ponto de partida uma colocação constitucional da matéria. Aos ilustres constitucionalistas presentes pedimos que não tomem a atitude como atrevimento, mas como reconhecimento de que a base constitucional deve ser procurada em todos os sectores da ordem jurídica.

As referências da Constituição brasileira a esta matéria não são muitas.

Começemos pelas mais gerais, ligadas à liberdade de expressão. Temos nomeadamente o art. 5 IV, sobre a *livre manifestação do pensamento*, e o art. 5 IX, sobre a *livre expressão* da actividade intelectual e de comunicação.

A *liberdade de expressão* ocupa uma posição muito importante na construção jurídica norte-americana. Nomeadamente, à 1.ª emenda se recorre frequentemente contra os entraves postos ao diálogo intelectual.

O sentido das regras constitucionais brasileiras é claramente o de estabelecer liberdades, e não de estabelecer exclusivos. O princípio é o da liberdade – incluindo, o que é muito importante, a liberdade de comunicação. Se o que se institui é uma liberdade, são as restrições que terão de ser justificadas. Quaisquer concessões da lei ordinária não poderão ser levados até ao ponto de pôr em causa o princípio da liberdade.

Com este pano de fundo, vejamos quais os preceitos que prevêm a existência de exclusivos.

São sobretudo os incisos XXVII e XXIX do art. 5.

O inciso XXVII assegura aos autores o direito exclusivo de utilização, publicação e reprodução das suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

A lei maior assegura pois aos autores um exclusivo:

– hereditável

– temporário.

Qual o *conteúdo* desse exclusivo?

Tem sido observada a pouca precisão técnica do enunciado constitucional de faculdades. Não só *utilização* é termo por demais genérico, como *publicação* e *reprodução* se sobrepõem em grande parte.

O núcleo estará na referência à *utilização*. Mas não teria sentido que a lei estivesse garantindo a utilização privada. Direito à utilização privada todos temos. O que está em causa é a *utilização pública*, que fica condicionada à autorização do autor.

A razão da reserva ao autor da utilização pública encontra-se sobretudo na garantia a este de um **exclusivo do aproveitamento económico** da obra. A lei vê o modo de remuneração da prestação criativa do autor na reserva para estes dos proventos que a obra produzir, enquanto o direito durar.

Há assim na base desta previsão uma preocupação patrimonial. Preocupação que se prolongará no inciso XXVIII *a* – protecção das participações individuais em *obras colectivas* – e no inciso XXVIII *b* – *direito de fiscalização* do aproveitamento económico das obras.

Directamente, não estão previstos os *direitos pessoais* (ou “*moris*”) *de autor*. A sua tutela constitucional basear-se-á predominantemente em razões de defesa da personalidade, que não poderão deixar de ser tidas em conta pela força supra-constitucional do princípio da tutela da dignidade humana.

Também não se afirma em geral a garantia dos chamados direitos conexos. Mas os artistas intérpretes ou executantes beneficiam de uma referência reflexa no inciso XXVIII *a*, que protege a reprodução da imagem e da voz humanas; e sobretudo da previsão do inciso XXVIII *b*, que atribui aos intérpretes o direito de fiscalização do aproveitamento económico das obras de que participarem, o que implica que lhes sejam atribuídos direitos.

No que respeita aos *direitos industriais*, há que distinguir fundamentalmente duas categorias:

- as inovações industriais, como as invenções
- os sinais distintivos do comércio, como as marcas ⁶.

São todos abrangidos pelo art. 5 XXIX da Constituição, que refere um “privilégio temporário”, “tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e económico do país”.

Há aqui um evidente acentuar do interesse social. Esses direitos são conferidos na medida em que há interesse do país na sua concessão. E são expressamente apresentados como temporários ⁷. Manifesta-se visivelmente uma preocupação pelo interesse público, muito mais expressa que no respeitante ao direito de autor e direitos conexos.

Há ainda outro preceito particularmente importante para este efeito.

Referimo-nos ao art. 5 XXIII – “a propriedade atenderá a sua *função social*”.

Em si, representa um limite do direito de propriedade. Impõe a esta um limite funcional intrínseco: o desempenho duma função social.

Não é uma afirmação isolada. Assim, o art. 170 III proclama como princípio da ordem económica a “função social da propriedade”. E em muitos outros lugares afirma a Constituição esta função social ⁸.

Para que se não limite tudo a uma declaração oca, o princípio terá de se prolongar nos regimes positivos.

Isto implica que a propriedade privada, que está indelevelmente ligada ao desempenho duma função *pessoal*, terá de ser conciliada na sua existência e exercício com a função *social* que também desempenha.

A função social refere-se à *propriedade*. A importância que isso tem para os direitos de exclusivo será adiante precisada.

4. A PATENTE COMO EXCLUSIVO COMERCIAL

Perante este panorama, os fenómenos que atrás apontámos abrem perspectivas inquietantes. Pois não encontramos para eles cobertura, constitucional ou outra.

⁶ Outras figuras, como a *concorrência desleal*, que a estas têm sido associados, não têm relevância neste domínio: as regras que lhes respeitam tutelam interesses, mas não atribuem direitos exclusivos.

⁷ Em relação às *marcas* e outros sinais distintivos, haverá que entender este acento sem prejuízo da susceptibilidade de renovação do exclusivo, que pode levar economicamente a uma perpetuidade.

⁸ Vejam-se nomeadamente os arts. 156 § 1.º, 182 § 2.º, 184, 185 § 1.º e 186

Começamos pelo que respeita à patente e à pretensão que o dever de explorar a patente se satisfaz com a importação dos produtos que sejam resultado daquela invenção⁹.

Mas a ser assim, a patente perde toda a justificação.

A patente sempre foi entendida como um exclusivo industrial. O exclusivo é outorgado ao inventor em contrapartida da exploração industrial que este deverá realizar, contribuindo assim para o abastecimento público e o progresso económico do país.

A Convenção da União de Paris, no seu art. 5-A 1), determina que a introdução no país pelo titular da patente de objectos fabricados noutro país da União não implicará a caducidade da patente. Mas isso não contraria a obrigação de exploração: a introdução dos objectos só é tolerada se cumulativa com a exploração industrial, e não quando substitutiva desta.

Recentemente, porém, surgiu a pretensão de admitir que a exigência de exploração se satisfaria com a *mera importação dos objectos resultantes do processo patenteado*. Com isto se transformaria a patente num mero exclusivo comercial. Alguém fabricaria onde entendessee, mas asseguraria pela patente um exclusivo para todo o mundo.

Pretendeu-se justificar tal pretensão com fundamento no art. 27/1 do Acordo ADPIC ou TRIPS, anexo ao Tratado que criou a Organização Mundial do Comércio. Segundo este, que respeita ao objecto patenteável, seria excluída a discriminação quanto “ao facto de os produtos serem importados ou produzidos localmente”. Daqui se inferiria que estaria no alvedrio do titular da patente importar esses produtos ou produzi-los localmente.

Em consequência, o art. 68 da Lei n.º 9279/96, de 14 de Maio (Lei da Propriedade Industrial), que estabelece em tal caso uma licença obrigatória, estaria em contradição com o ADPIC.

Por detrás disto estão os Estados Unidos da América, que se movem internacionalmente para obter, no foro favorável da O.M.C., uma condenação do Brasil.

Na realidade, a interpretação que se faz do art. 27/1 ADPIC é errónea.

Desde logo, porque o trecho invocando se encontra no art. 27, que respeita ao *objecto* patenteável, e não no art. 28, que regula o *conteúdo* do

⁹ Cfr. *supra* n.º 1.

direito. Se semelhante alteração radical do regime e natureza da patente viesse disfarçada num artigo sobre o objecto da patente haveria pelo menos má fé – o que nunca é de presumir num instrumento internacional.

A explicação do trecho invocado é muito diferente. Deve procurar-se na própria natureza do ADPIC, como acordo comercial; ao contrário da Convenção de Paris, que é uma convenção industrial.

A Convenção de Paris estabelece a obrigação de explorar. Admite ainda que haja uma importação complementar dos produtos objecto da patente, mas não se preocupa com fixar o regime respectivo, porque não é uma convenção comercial.

Pelo contrário, esse é o objecto específico do ADPIC. Não toca na obrigação de explorar, no seu verdadeiro sentido de obrigação de produzir. Determina que os produtos validamente importados não podem ser discriminados na comercialização em relação aos produzidos internamente. Porque bem poderia acontecer que a importação complementar não tivesse nenhuma incidência sobre o regime da patente, mas os produtos importados fossem depois discriminados na sua comercialização.

Sendo assim claro o entendimento daquele trecho, a interpretação contrária é artificial e inadmissível.

No ponto de vista constitucional, que é o que prevalentemente nos interessa, semelhante interpretação fere a Constituição brasileira.

O art. 5 XXIX é categórico ao estabelecer que o privilégio de utilização será concedido “tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e económico do país”.

Nenhum interesse social haveria em dar um monopólio comercial, tornando o Brasil um vazadouro de produtos industriais alheios, sem deixar sequer o recurso aos interessados de importá-los dos lugares onde o preço fosse mais favorável.

E por outro lado, o exclusivo é constitucionalmente concedido tendo em vista “o desenvolvimento tecnológico e económico do País”. Uma patente que conduzisse a tais consequências nada beneficiaria, muito pelo contrário, semelhante desenvolvimento.

Esta pretensão é pois inconstitucional. Há que tirar daí as consequências devidas.

5. A PROPRIEDADE DA MARCA DE PRESTÍGIO OU DE ALTO RENOME

Como dissemos, pretendeu-se que a marca de prestígio, ou célebre, ou de alto renome, seria protegida mesmo que não respeitasse a produtos

ou serviços idênticos ou semelhantes. Com isto se afirmaria uma propriedade dessa marca.

A marca célebre, no entendimento dominante na Alemanha, seria aquela que fosse conhecida por 80% da população.

Entendamo-nos antes de mais sobre o que significa a “propriedade da marca”.

O próprio art. 5 XXIX da Constituição fala em propriedade da marca. Mas fá-lo inadequadamente, porque não há na verdade propriedade nenhuma. Basta pensar no princípio da *especialidade* da marca. Se o titular da marca só a pode usar em certos produtos ou serviços, e não em todos; e se tem de coexistir assim eventualmente com titulares da mesma marca, desde que com referência a produtos ou serviços diferentes ou dissemelhantes; isso significa cabalmente que não tem nenhuma propriedade da marca. Ora a lei vincula pelo regime que estabelece, e não pelas qualificações a que recorre.

Mas justificar-se-á que, em relação às marcas célebres, se reconheça uma verdadeira propriedade?

Mesmo então pensamos que a qualificação estaria errada e que não há verdadeiramente propriedade. Mas a questão não é de qualificação, mas de juízo sobre a valia de tal disciplina.

E não tem, a nosso ver, valia nenhuma.

A marca tem na sua base um interesse público: o de dar informação ao público em geral, permitindo-lhes distinguir uns produtos ou serviços de outros e evitando que seja induzido em erro. O interesse privado dos titulares só surge protegido num segundo plano, enquanto serve aquela finalidade de interesse geral.

Mas estender o exclusivo outorgado pela marca a todos os produtos ou serviços, independentemente de serem ou não explorados (marcados) pelo titular da marca de prestígio, é engrossar o monopólio, sem contrapartida em nenhum interesse social. Dá arbitrariamente ao titular um locupletamento casual, quando o interesse público levaria justamente em sentido contrário: limitar os espaços de restrição da liberdade.

No direito brasileiro não se fala em marca célebre ou de prestígio, mas em *marca de alto renome*. O art. 125 LDI dispõe: “À marca registada no Brasil considerada de alto renome será assegurada protecção especial, em todos os ramos de actividade”.

Não é nosso propósito entrar na exegese deste preceito, que traz muitas dificuldades. Para além da interpretação do próprio âmbito da categoria, há que saber o que significa a “protecção especial”, que a lei deixa completamente por explicar.

Mas acrescenta-se: “em todos os ramos de actividade”. Uma das interpretações possíveis da expressão seria que se assegurava protecção, independentemente da satisfação do princípio da especialidade.

Semelhante orientação não satisfaria as exigências da Constituição. Traria um exclusivo, portanto uma restrição da liberdade, que beneficia fortemente as marcas mais poderosas, sem nenhuma contrapartida no interesse social. Esta protecção arbitrária dos mais poderosos seria de todo contrária à visão constitucional ¹⁰.

6. O CERCEAMENTO DA LIBERDADE

Não pode deixar de nos inquietar a corrosão do espaço de liberdade a que assistimos.

Manifestações muito variadas são redutíveis a este denominador comum. O espaço de liberdade tornou-se extremamente apetecível, porque é nele que se podem estabelecer os exclusivos. O espaço de liberdade comunitária fica assim crescentemente reduzido.

De facto, à nossa volta cada vez mais zonas que eram livres se tornaram reservadas. Tudo aquilo que é susceptível de dar dinheiro é cobiçado. As zonas abertas são rodeadas de arame farpado.

Este fenómeno, sempre muito grave, atinge o extremo quando se toca a *liberdade de informação*.

Vivemos hoje um paradoxo. Estamos na sociedade da informação. Nunca foi tão grande a quantidade da informação e o seu significado social. E todavia, nunca a liberdade da informação foi tão ameaçada!

A criação das grandes redes mundiais da informação, se trouxe possibilidades gigantescas de acumulação e difusão da informação, trouxe também grandes riscos para esta.

¹⁰ Acessoriamente, observemos que o art. 16/3 do ADPIC em nada suporta a orientação que criticamos. Este preceito veio estender a aplicação do art. 6 *bis* da Convenção de Paris a produtos (ou serviços) que não sejam idênticos ou semelhantes àqueles para que uma marca foi registada, quando a utilização dessa marca para esses produtos ou serviços indicar a existência de uma relação com o titular da marca registada, e puder prejudicar este. Há uma extensão do âmbito tradicional do princípio da especialidade, mas que nada tem que ver com a protecção absoluta, ao próprio sinal em si, que se pretende atribuir à marca de prestígio.

Desde logo, pela própria *concentração das empresas* de informação. Esta é visível e do domínio público, em todos os sectores. Mas apresenta-se como uma fatalidade no que respeita aos provedores de serviços em rede e particularmente, para o que nos interessa, aos provedores de conteúdos.

De facto, as grandes empresas que disputarão amanhã as preferências dos internautas, além de gigantescas, terão de ser universais – apresentar conteúdos que satisfaçam toda a procura da clientela, para a poderem fidelizar. Só dois ou três colossais conglomerados o poderão fazer. Os restantes terão de se limitar a públicos regionais, ou contentar-se com nichos de mercado. Mas é bem claro que, quando toda a informação é decantada por dois ou três gigantes, apenas, a liberdade de informação está em risco.

Muitas outras ameaças pesam porém sobre a informação, na sociedade da informação nascente.

Uma delas, e bem significativa, encontra-se na *limitação dos próprios instrumentos de busca*.

A Internet disponibiliza, teoricamente para todos, uma quantidade fantástica de informação. Mas o internauta só poderá aportar a essa informação através dos instrumentos ou motores de busca.

Acontece porém que os instrumentos de busca apenas permitem aceder a uma percentagem diminuta do manancial de informação disponível. O resto está perdido – ou está disponível apenas para aqueles que têm um conhecimento privado. O universo da informação estreita-se assim grandemente, por falta de capacidade de a recuperar.

A questão agrava-se, e muito, perante as distorções dos próprios *instrumentos de recuperação da informação*.

Eles podem ser estruturados de maneira a conduzir preferentemente para certos conteúdos, e não para outros.

E podem os próprios sítios ser preparados, através de descritores ou *metatags*, de modo a *atraírem os navegantes* na rede, por vezes sem que eles se dêem conta de que o que lhes é mostrado não é afinal aquilo que procuravam.

Para além disso, podem os próprios navegadores ou instrumentos de busca ser programados de maneira a reunir informações sobre as buscas realizadas pelos utentes, e com base nelas traçar um perfil desse utente ¹¹,

¹¹ É o que se passa com os chamados *cookies*, que apresentam a característica espantosa de serem armazenados no próprio terminal do utilizador.

que permita *apresentar material já seleccionado* de acordo com as preferências demonstradas. O que significa que o internauta julga que está a determinar a escolha, e afinal é determinado: é a máquina quem toma o papel determinante no material que é apresentado.

Daqui resulta que a rede está já longe de ser aquele campo de informação livre que aparentemente está à disposição do internauta.

7. A TRANSFORMAÇÃO DO SABER EM MERCADORIA

Vale a pena reflectirmos um pouco sobre o significado da liberdade de informação.

Vamos partir do texto constitucional: o art. 5 XIV, que assegura a todos o acesso à informação.

Este trecho precisa de ser interpretado, porque são muitos os sentidos que podem gravitar em torno da referência ao direito ou liberdade de acesso à informação.

A Constituição Portuguesa distingue os direitos de informar, de se informar e de ser informado.

De facto, uma interpretação restritiva do direito à informação traria perigos. Facilmente se confundiria com um direito a consumir informação. Os internautas seriam reduzidos a consumidores, pelo que todas as suas pretensões seriam satisfeitas desde que a informação estivesse disponível para consumo.

Mas com isto, os aspectos mais nobres e significativos do direito à informação ficariam perdidos.

Há que estar atento à variação de significado da informação na sociedade contemporânea. A informação é cada vez menos saber, e cada vez mais um produto.

É cada vez menos saber, com o seu carácter individualizado. É cada vez mais objecto, como realidade que se separa daquele que sabe.

Diz-se que na sociedade da informação a informação se transforma em novo *factor de produção*, a acrescer aos classicamente enumerados.

Sem entrarmos em divagações económicas, diremos que o que parece claro é que a informação se transformou em *mercadoria*. Ela é apropriada e transaccionada. O domínio das fontes da informação dá poder. E esse poder é possivelmente hoje o mais forte de todos os factores de denominação, substituindo mesmo o terror atómico, que se revelou ineficaz por força do seu carácter excessivo e reversível.

Mas o direito à informação não pode ser separado do direito à informação verdadeira.

Isso está praticamente ausente da envolvente sociedade da informação.

A informação mede-se em termos de *quantidade e utilidade*. Isso é próprio duma mercadoria. A *verdade* da informação é uma realidade cada vez mais afastada, como metafísica. Desde logo porque se perdeu ou se recusa ostensivamente todo e qualquer critério de verdade.

Assim, o que se desenvolve é a informação *útil*. Dir-se-á que a utilidade da informação é ditada pelo mercado. Seguramente que será ditada antes de mais pelas forças que estão por detrás do mercado.

Mas com isto, o direito fundamental perdeu quase todo o significado. Reduziu-se a uma garantia de acesso às fontes da informação que quase não tem sentido para o cidadão comum. E à colocação do público em geral na posição de *consumidor da “verdade” que lhe é fornecida*.

8. A propriedade da informação

O que se passa no domínio das bases de dados é particularmente inquietante.

A informação é livre. É um princípio fundamental. Desde que a adquirir licitamente, posso utilizá-la como desejar.

Mas também esta zona de liberdade é alvo das maiores cobiças. De vários modos, procura-se obter a propriedade da informação.

O modo mais significativo, e mais preocupante, está na admissão do chamado direito *sui generis* sobre as bases de dados.

A Comunidade Europeia criou, além do direito de autor sobre as bases de dados originais, o chamado direito *sui generis* do produtor da base.

Este é um direito cujo objecto é o próprio conteúdo da informação da base. O produtor passaria a poder opor-se a actos de *extracção ou reutilização* do conteúdo da base, desde que esta tivesse exigido um investimento considerável, no ponto de vista quantitativo ou qualitativo.

Neste caso, é a própria informação que passa a ser apropriada. E, através de uma série de afirmações ambíguas, põem-se em causa liberdades fundamentais e a fluidez do diálogo social.

Entendamo-nos bem sobre o que está em debate. Todos concordam que seria inadmissível que, tendo alguém organizado uma base de dados, os

concorrentes a fossem comercializar livremente – em muito melhores condições de preço até, por não terem que amortizar nenhum investimento. Mas para evitar isso basta a *concorrência desleal*, porque o acto seria tipicamente parasitário. Não é necessário criar um direito exclusivo para este efeito.

Suponhamos porém que um pesquisador, baseando-se em dados que recolheu das bases existentes, o torna como fundamento de uma dissertação, que publica. *Reutilizou*, sem dúvida, esses dados. Significa isto que a sua actividade deixou de ser livre, e que terá de coligir as inúmeras autorizações necessárias, para que o livro possa ser dado a público?

É evidente que, deste modo, se criam os maiores impecilhos à pesquisa universitária e científica e ao diálogo social em geral. A informação passou a ser apropriada; passa a ser um produto venal como qualquer outro. A rede de arame farpado adensa-se, atingindo agora o que deveria ser o valor fundamental da sociedade da informação. A sociedade da informação revela-se afinal como a sociedade da privatização da informação.

Semelhante evolução seria gravemente atentatória da Constituição.

O art. 5 XIV assegura a todos o acesso à informação. Mais uma vez, as declarações constitucionais não podem ser esvaziadas. O acesso à informação é assegurado a todos: não apenas aos profissionais da informação.

O acesso à informação pode implicar onerosidade. Compreende-se que quem organiza uma base de dados seja remunerado, para compensar os gastos e trabalho que isso implica. Mas satisfeitas as condições de acesso, a utilização da informação obtida é livre. Nenhum sentido teria a garantia do acesso à informação se esta, como informação, não pudesse ser utilizada.

O que é excluído é apenas a concorrência desleal. É excluída a comercialização daqueles mesmos dados, como forma de *misappropriation* – como utilização parasitária daqueles mesmos dados como objecto de negócios. Mas não é excluída, é pelo contrário garantida, a sua utilização como informação, como base do próprio trabalho. Ainda que esse trabalho se traduza em resultados que sejam comercializados por sua vez.

Estes princípios defrontam um limite geral, que é óbvio: o limite da má fé. É evidente que se a obra, apresentada como própria, for apenas o pretexto para comercializar os dados alheios, há fraude, e essa concorrência disfarçada não pode ser tolerada.

Fora disso, porém, o grande princípio da liberdade de informação impera. A transformação da informação em pura mercadoria viola os princípios constitucionais.

9. FUNÇÃO SOCIAL E LIMITAÇÕES DOS DIREITOS EXCLUSIVOS

Tudo o que dissemos até agora respeita à justificação e configuração dos direitos exclusivos, por si.

Mas há ainda outro aspecto em que o exclusivo é muito relevante, do ponto de vista constitucional.

Um exclusivo, onde se admitir, não representa nunca um absoluto. *Não há aliás direitos absolutos*, pura e simplesmente. Todo o direito, exclusivo ou não, tem de admitir limites.

É esta a consequência directa do princípio da função social. Porque tem uma *função social*, o direito exclusivo está sujeito a limites, que compatibilizam o exercício pelo titular com o interesse social.

Fala a Constituição repetidamente, como vimos, em função social da *propriedade*. Já deixámos entender que em rigor os direitos exclusivos não são propriedade, são uma categoria diferente de direitos. Mas bastaria a referência frequente à propriedade intelectual para que os exclusivos estivessem abrangidos também nestas previsões.

Há porém outra razão mais forte que nos impele neste sentido. É que propriedade, no sentido constitucional, não é apenas um direito real entre outros. Não é sequer o conjunto dos direitos reais. Quando se fala em propriedade na Constituição abrangem-se *todos os direitos patrimoniais privados*. São estes que se justificam, que se asseguram, que se limitam.

Os direitos intelectuais *exclusivos* são sem dúvida direitos patrimoniais privados. A eventual presença de faculdades pessoais não lhes retira essa característica. Aliás, vimos já que na Constituição o aspecto pessoal é praticamente omitido. Mesmo na lei ordinária as faculdades pessoais estão claramente deprimidas, em confronto com as patrimoniais.

Os direitos exclusivos têm pois limites; e não podem deixar de os ter, por força do princípio constitucional da função social da propriedade. Os direitos exclusivos, que são criados tendo em vista um interesse social, não podem na sua existência ignorar a função social que os justifica.

Assiste-se porém, também neste domínio, a uma evolução anómala.

Já dissemos que se desencadeou uma ofensiva geral contra os limites dos direitos exclusivos. Ou então, transformam-se esses limites em direitos de remuneração, o que significa do mesmo modo pôr termo a uma zona de liberdade.

Invocam-se argumentos absurdos, desde logo a própria qualificação como *propriedade* que tornaria tais direitos absolutos – quando justamente

sobre a propriedade recai expressamente o princípio constitucional da função social.

Por maioria de razão, os direitos de exclusivo, que representam em si indesejáveis monopólios, não podem deixar de estar sujeitos a limites que os reconduzem ao interesse social.

Mas também neste domínio a Comunidade Europeia chegou a um máximo.

Na recente directriz sobre aspectos do direito autoral na sociedade da informação¹² estabeleceu-se uma tipicidade ou *numerus clausus* dos limites. Faz-se uma lista, que os Estados-membros estão impedidos de ultrapassar.

É muito grave, enquanto revela falta de sensibilidade social, e por outro lado mata toda a possível evolução do direito de autor. Este deixa de se poder adaptar à evolução das circunstâncias; sendo certo que essa adaptação só é possível justamente pelo uso equilibrado dos limites.

Com isto se criou uma *fractura grave entre o sistema norte-americano e o europeu*. Na América do Norte prevalece o princípio do *fair use* – aceitam-se práticas limitadoras, desde que conformes com esta cláusula geral. Na Europa, pelo contrário, acaba de dar-se ao direito de autor uma rigidez total. Temos assim consagrada uma orientação monopolista extrema, que despreza as finalidades sociais.

É muito de desejar que essa orientação não se comunique a outros lugares. Não temos dúvidas em afirmar que no Brasil uma restrição drástica dos limites dos direitos de exclusivo, nomeadamente no que respeita ao uso privado, contrariaria o princípio constitucional da função social.

10. A GLOBALIZAÇÃO

Mas não devemos concluir que tudo isto é afinal o resultado da globalização?

Por todo o lado aparece hoje esta palavra mágica a justificar tudo o que acontece. O mundo marcha para uma unificação em que se apagam as posições particulares. Por isso, os interesses nacionais deverão dobrar-se em nome de uma racionalidade técnica.

¹² Directriz n.º 01/29, de 22 de Maio.

Já aqui ouvimos falar desta globalização, que implicaria uma restrição das soberanias.

Mas é necessário pensar. Que o mundo se aproxime, em marcha para uma convivência global, não é nada de novo.

Tem uma origem bem precisa: os descobrimentos portugueses, que trouxeram ao convívio todos os povos da terra.

A partir daí, a globalização tem sempre progredido. Muitas vezes pacífica e espontaneamente. Outras vezes pela força: lembremos a canhoneira britânica que impôs no séc. XIX a abertura dos portos do Japão ao comércio ocidental.

Hoje dão-se novos passos neste sentido. Pacíficos ou não. Recorrendo a novos métodos, como a pressão económico-financeira exercida pela Organização Mundial do Comércio ou pelo Fundo Monetário Internacional.

É muito importante o que se passa no domínio das comunicações. As privatizações, a rede aberta, asseguram que a informação, elemento estratégico, circule igualmente por todo o lado.

Mas a globalização é a chave e justificação de tudo o que acontece? Só o seria se admitíssemos um novo determinismo, com um novo percurso inexorável da história.

Há que distinguir a realidade da aproximação dos povos, a necessidade de coordenação para a solução de problemas comuns, da realidade bem diferente consistente na dominação pelas grandes potências no sentido que lhes interessa.

A globalização não é um movimento de sentido único e pré-determinado. Como todas as realidades técnicas, apresenta alternativas. O modo de a realizar é objecto de opção humana.

Poderá ser feita pelo império dos mais poderosos, absorvendo sucessivamente zonas livres e fazendo entre si pactos transitórios à custa dos restantes. Nesse caso, a invocação do interesse público seria despropositada, porque só estaria em causa o interesse dos conglomerados (com que os interesses das grandes potências praticamente se confundem).

Mas há um outro modo de fazer a globalização. É estabelecer, em vez de relações de subordinação, relações de harmonização e coordenação. Nesse caso, os princípios da liberdade podem ser salvaguardados. Não há nada que justifique a incessante ampliação dos exclusivos, que representam parte dos laços de subordinação que as grandes potências tecem.

Neste sentido, a globalização é um pretexto. Não há nenhuma exigência objectiva que imponha o incessante crescimento dos exclusivos.

11. CONCLUSÃO

Não podemos prolongar esta análise.

Os vários domínios visitados revelam-nos que os direitos exclusivos estão umbilicalmente ligados a um interesse social que se destinam a servir.

Há por isso uma prioridade da liberdade. São os exclusivos que devem ser justificados, e só são admissíveis quando assentem num interesse social.

Os exclusivos integram-se assim na categoria das restrições indispensáveis para remunerar contributos socialmente úteis.

O ideal constitucional não é por isso a sociedade dos monopólios, em que tudo se torna reservado e venal

é a sociedade da liberdade, em que ao diálogo social se oponha o menor número possível de entraves, e em que, quando os haja, esses entraves traduzam o interesse público, e não a supremacia de interesses privados.

Perguntaram-me porém:

O sonho de termos um mundo em que não haja subordinação pelas grandes potências é irrealizável?

É.

Não há sociedade definitivamente apaziguada. Não há mundo em que os mais poderosos não abusem.

A “paz perpétua” de Kant, como justamente foi observado, é um lema que quadra muito bem nos cemitérios. Nada tem que ver com o mundo real.

A formulação de metas utópicas tem um efeito perverso: é distrair-nos das batalhas reais que devemos travar, num mundo em que a desordem e a injustiça estarão sempre presentes. Um objectivo irreal torna a nossa actuação ociosa e mesmo contraproducente.

Mas isto não significa que sejamos pessimistas.

Não há desordem definitivamente instalada. O tempo destrói por si as situações aparentemente mais sólidas. Lembremo-nos da repartição do mundo em duas grandes potências, que parecia já constitutiva da nossa existência: esboroou-se quase de um dia para o outro.

Também as formas de dominação existentes não se imporão sempre. Porque o espírito prevalecerá sobre a matéria. As próprias estruturas viciosas de poder gerarão os anticorpos que as hão-de destruir. E acima de tudo está o Espírito, que paira incessantemente sobre as águas, que sopra onde quer e não há auto-estrada da informação ou direito exclusivo que o consigam canalizar.

A PRODUÇÃO DE PROVAS E O PODER CRIADOR DO JUIZ NO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL (*)

Élio Wanderley de Siqueira Filho

Juiz Federal da 7ª Vara da SJ/PE

INTRODUÇÃO

Em primeiro lugar, revela-se fundamental compreender que a instituição dos juizados especiais federais faz parte de um conjunto de providências que visam ao aprimoramento da prestação jurisdicional, tanto no que pertine a sua eficiência, como no que diz respeito à eficácia, na busca de uma Justiça de resultados, em sintonia com os anseios da comunidade a que é dirigida a atividade jurisdicional.

Neste contexto, não se pode olvidar a reforma do Código de Processo Civil, aliás, ainda em curso, que vem, de forma pontual, adequando as normas de regência a tais anseios. Apenas será possível avaliar melhor se está sendo bem sucedida neste desiderato, com o passar do tempo, confrontando-se o quadro vivenciado nos órgãos do Poder Judiciário do país, na atualidade, com aquele verificado no futuro, a curto, médio e longo prazos.

Do mesmo modo, também os juizados especiais federais, concebidos na esteira do relativo sucesso dos juizados especiais em funcionamento, no âmbito da Justiça Estadual, devem ser compreendidos como um importante avanço da legislação pátria, em que pese os já públicos e notórios equívocos e o esdrúxulo fato da lei não criar, especificamente, as unidades jurisdicionais e sequer prever a criação de cargos de magistrados e servidores, ainda que em um quantitativo enxuto, mas suficiente para atender às demandas que acorrerão aos referidos órgãos, me parecendo que os responsáveis pela

(*) Palestra proferida em Seminário promovido pelo TRF da 5ª Região, nos dias 03 e 04/11/2001.

elaboração do projeto, no âmbito do próprio Poder Judiciário e dos Poderes Legislativo e Executivo, desconhecem por completo o reduzido quadro de servidores e magistrados da Justiça Federal ou, o que não é menos absurdo, apostam no fracasso, para levar ao descrédito a instituição.

Talvez partam da premissa, claramente equivocada, de que os juizados representarão uma redução do acervo das Varas, quando se constatou no âmbito da Justiça Estadual, que as causas aforadas decorriam da demanda reprimida em função das dificuldades no acesso ao Judiciário e na obtenção de um pronunciamento efetivo, com a celeridade reclamada nos tempos modernos. No atual contexto social, onde cada vez mais as pessoas adquirem consciência de suas prerrogativas, certamente, a dita redução será compensada com o incremento de outras ações, não abrangidas pelos juizados, inclusive porque as Varas, à medida em que forem sendo apreciadas e arquivadas as ações de pequena representação econômica já em curso, se dedicarão ao encaminhamento das demais, o que resgatará, até certo ponto, a crença no Poder Judiciário, ao qual acorrerão os que se reputam preteridos em seus legítimos interesses.

Feitos estes esclarecimentos preliminares, trato de analisar as questões que considero relevantes, iniciando com o exame dos princípios que norteiam os juizados e interpretando os aspectos alusivos às provas, tal como disciplinadas na proposta produzida em Seminário promovido em Recife e regidas, afinal, pela Lei que instituiu os juizados especiais federais.

PRINCÍPIOS E FINALIDADES

Devem ser destacados os princípios que norteiam o sistema dos juizados especiais em geral, aplicáveis também aos federais, recentemente instituídos e em fase de instalação. Estes princípios podem ser extraídos dos critérios explicitados no artigo 2º, da própria Lei nº 9.099/95, que se reporta à oralidade, à simplicidade, à informalidade, à economia processual e à celeridade. Tal dispositivo lembra, ainda, a importância da busca da solução que traduza o consenso entre os litigantes, conduzindo, efetivamente, à paz social, evitando-se, deste modo, a decisão simplesmente imposta em decorrência da autoridade emanada do exercício da função judicante, havendo, daí, a alusão à conciliação e à transação.

A solução que, de fato, permita, através de concessões mútuas, a satisfação dos interesses das partes, sem dúvida, deve ser uma meta a ser

perseguida, seja ela fruto da livre negociação entre os litigantes, seja a mesma produto de uma intervenção efetiva do aparelho estatal, por seus agentes, aí compreendidos de modo especial o conciliador e o próprio juiz, em face do novo contexto da legislação processual, após a reforma, ou, ainda, através de mecanismos alternativos, como o sistema de mediação e arbitragem.

É oportuno assinalar que o juizado especial federal está inserido em uma nova concepção do processo, a reclamar a rejeição de certos dogmas, dos formalismos, do instrumento como um fim em si mesmo. Assim, diante do propósito de repelir regras que somente afastam o jurisdicionado do Judiciário e dificultam o curso das demandas, foram eleitos os referidos princípios, elencados como critérios na legislação específica.

Ao se reportar à oralidade, não se pode olvidar a concentração de atos, tão característica do procedimento dos juzados especiais e, em particular, dos federais, onde não há a cultura, tão arraigada nos procedimentos em geral, das idas e vindas do processo, sempre com prazos que, por mais exíguos que sejam, irão proporcionar, aliados ao excessivo número de demandas em tramitação nos Juízos e Tribunais pátrios, a eternização dos feitos. Destarte, a sessão de conciliação e a audiência de instrução e julgamento, a serem, se a pauta o permitir, implementadas na mesma data, abrangerão as manifestações dos litigantes e, conseqüentemente, as suas pretensões, os vícios suscitados, a decisão a respeito dos mesmos, a produção de provas orais, o contraditório pleno, os debates e o próprio julgamento.

Há, também, a visível preocupação com a simplicidade, evitando os rituais, no que pertine à intervenção das partes, de seus advogados, aos esclarecimentos, às indagações, aos quesitos e às respectivas respostas, assumindo o julgador um papel ativo na condução dos trabalhos e na coleta de elementos que possibilitem uma mais adequada apreciação da causa. Deve-se atentar para a comunicação com as partes, para a instrução implementada sem o apego excessivo a determinados paradigmas procedimentais, com a definição rigorosa de etapas de proposição, admissão e produção. Registre-se que o público alvo dos juzados, em função do próprio valor das demandas, é representado, exatamente, via de regra, pelas camadas mais carentes da comunidade, que, por conseqüência, têm menos acesso ao conhecimento, para as quais a inacessibilidade à Justiça ainda é um mito.

A informalidade está caracterizada pela possibilidade de plena intervenção das partes e do juiz, sem amarras a determinados arcabouços for-

mais, em consonância com a oralidade, não se reclamando a apresentação de pleitos mediante a elaboração de peças escritas, rebuscadas, por vezes tão confusas e complexas que não se permitem extrair a sua real finalidade. Há que se admitir a livre intervenção das partes, sem que se esteja atrelado a um determinado seqüenciamento, nem a imprescindibilidade da intermediação do juiz e dos advogados, na produção das provas.

A economia processual não pode ser dissociada da necessidade, que já salientei, de expurgar a sucessão de atos e, via de consequência, de prazos, tão inerente à concepção tradicional dos procedimentos, necessidade esta que enseja a máxima concentração de pronunciamentos em audiência, perante o juiz, devendo ser destacado, também, o próprio sistema recursal dos juizados, a reclamar a forma retida, quanto às decisões interlocutórias, e a existência de órgãos específicos, aptos a apreciar os recursos interpostos, distintos daqueles a quem incumbe a análise dos recursos interpostos nos feitos sujeitos aos demais procedimentos.

Finalmente, em coerência com os demais princípios, a celeridade, questão que, sem sombra de dúvida, representa a preocupação de todos os que militam nos foros do Brasil, tanto com referência ao processo de conhecimento, como no que concerne ao processo de execução, devendo ser lembrado que, ao contrário do que propagam alguns, a proliferação de decisões concessivas de liminares e antecipações de tutela é provocada, exatamente, pela impotência do Poder Judiciário, em razão de uma série de problemas, grande parte dos quais causados por agentes alheios a sua estrutura, inclusive com relação à legislação vigente, em oferecer a prestação jurisdicional rápida e efetiva. Registro, não se deve esquecer, os privilégios processuais, como o duplo grau de jurisdição obrigatório e os prazos em dobro ou em quádruplo, e o famigerado precatório, agora em 10 (dez) “*suaves*” prestações anuais.

PROPOSTA ORIGINÁRIA DE ANTEPROJETO

Em evento promovido pelo Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, pelo CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL e pelo Egrégio TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO, em Recife, nos dias 25 e 26 de novembro de 1999, foi designada uma Comissão, constituída pelos Juízes Federais AGAPITO MACHADO (CE), FRANCISCO BARROS DIAS (RN), FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI

(PE), GERMANA DE OLIVEIRA MORAES (CE), IVAN LIRA DE CARVALHO (RN), JOÃO BOSCO MEDEIROS DE SOUSA (PB), JOSÉ MANUEL ZEFERINO GALVÃO DE MELO (PE), MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT (PE), PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA (AL), ROGÉRIO DE MENESES FIALHO MOREIRA (PB), UBIRATAN DO COUTO MAURÍCIO (PE), VLADIMIR SOUZA CARVALHO (SE) e WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR (RN), que foi encarregada de elaborar uma proposta, para o Anteprojeto da Lei dos Juizados Especiais Federais.

Tal Comissão, composta de experientes magistrados, apresentou um trabalho de excelente qualidade, o que foi reconhecido em todo o país, inclusive por parte da ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL - AJUFE. Porém, infelizmente, não prevaleceu. À guisa de ilustração, transcrevo os artigos 28, 29, 30, 31, “*caput*” e §§ 1º e 2º, 32 e 33, da dita proposta, que versam, justamente, sobre as provas, no que pertine ao Processo Civil:

“Artigo 28 - Na audiência de instrução e julgamento, serão produzidas todas as provas e, em seguida, proferida a sentença, salvo se o juiz não se considerar habilitado, caso em que será prolatada em cinco dias.

Artigo 29 - Serão decididos de plano todos os incidentes que possam interferir no regular prosseguimento da audiência, não sendo admitida sua suspensão, salvo se necessária à produção de prova indispensável.

Artigo 30 - Todos os meios lícitos de prova, ainda que não especificados em lei, são hábeis para demonstrar os fatos.

Artigo 31 - As testemunhas, até o máximo de três por cada parte, comparecerão à audiência de instrução e julgamento, conduzidas por quem as tenha arrolado, podendo, mediante justificativa, ser requerida sua intimação.

§ 1º - O requerimento para a intimação das testemunhas será apresentado à Secretaria, no mínimo, cinco dias antes da audiência.

§ 2º - Não comparecendo a testemunha intimada, o juiz poderá determinar sua imediata condução.

Artigo 32 - Quando a prova do fato exigir, o juiz poderá inquirir técnicos de sua confiança, permitida às partes a apresentação de parecer.

Artigo 33 - De todo o ocorrido na audiência será lavrado termo, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo o resumo dos fatos essenciais.”

Quanto ao Processo Penal, a matéria foi tratada nos artigos 45, “caput”, §§ 1º e 4º, e 46, “caput”, §§ 1º e 2º, “in verbis”:

“Artigo 45 - Oferecida a queixa ou denúncia, que conterà a identificação do acusado, a descrição sucinta dos fatos e sua classificação, será designada a audiência de instrução e julgamento, que se realizará dentro de quinze dias.

§ 1º - Da denúncia ou queixa constará o rol de testemunhas e as outras provas que as partes pretendam produzir.

...

§ 4º - As testemunhas, até o máximo de três para cada parte, comparecerão à audiência de instrução e julgamento conduzidas por quem as tenha arrolado, podendo, mediante justificativa, ser requerida sua intimação.

Artigo 46 – Aberta a audiência, o juiz tentará a transação entre as partes e, não sendo obtida, dará a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa, ouvindo a vítima, as testemunhas e o acusado, produzindo-se, a seguir, a colheita das demais provas.

§ 1º - Concluída a instrução, o juiz facultará às partes a apresentação de alegações orais, pelo prazo de dez minutos.

§ 2º - De todo o ocorrido na audiência será lavrado termo, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo o resumo dos fatos essenciais”.

PROCESSO CIVIL – PODER CRIADOR DO JUIZ NO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL

É oportuno salientar que os juizados especiais em geral representam uma ruptura com as tradições e, até mesmo, com determinados princípios tão arraigados no Processo Civil pátrio. O princípio da iniciativa da parte, que reclama do magistrado uma postura naturalmente inerte, frente ao processo, resta, no meu entender, praticamente, suprimido no procedimento dos feitos submetidos aos juizados especiais. Axiomas, explicitados em nor-

mas escritas ou não, como aqueles que estabelecem que “*o que não está nos autos não está no mundo*”, “*a prova do fato constitutivo do direito incumbe ao autor*”, “*a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor incumbe ao réu*”, perdem a sua razão de ser.

Eventos como este, além de fomentarem a discussão acerca das dificuldades que permearão a implementação das atividades atribuídas aos juizados federais, são importantes à medida em que chamam a atenção para a necessidade de definir o perfil do julgador responsável pelo juizado. Há que ser ousado, não impregnado destes dogmas há tanto tempo exaltados na doutrina e na jurisprudência. Deve assumir um papel proativo no encaminhamento dos feitos, buscando a verdade real, e não, se contentando com a verdade formal, como, via de regra, ocorre com os magistrados, em geral, no comando de outras espécies de unidades jurisdicionais.

Aliás, caso se medite melhor, esta postura proativa também deve ser incorporada ao julgador responsável por uma Vara. A extinção dos feitos, sem julgamento do mérito, não atende, em absoluto, o objetivo de suprimir ou evitar os litígios. A causa, via de regra, se reproduzirá, atravancando, ainda mais, os órgãos jurisdicionais. Lembre-se, também, a precariedade da assistência judiciária prestada na Justiça Federal, como de resto, no Poder Judiciário como um todo, o que, muitas vezes, conduz à inviabilização de uma pretensão que, a rigor, tinha plenas condições de prosperar, em função da deficiência dos profissionais e dos meios disponibilizados, entre outras causas. Só recentemente foi aberto concurso para a Defensoria Pública Federal e, ainda assim, havendo a previsão de um quadro de servidores reduzidíssimo, totalmente incompatível com as necessidades dos jurisdicionados. Nas Defensorias Públicas Estaduais, mormente aqui no Nordeste, a realidade não é diferente.

O poder criador do juiz, quanto às provas, importa na premissa de que o mesmo pode e deve, de ofício, buscar todos os elementos necessários à formação de sua convicção acerca dos aspectos suscitados nos autos e das suas implicações, ainda que não explicitadas pelas partes. Em vários trechos da Lei de regência e, também, da Lei nº 9.099/95, percebe-se tal propósito. É preciso entender, por outro lado, que o julgador não deve se contentar com os meios de prova explicitamente previstos no Código de Processo Civil. Pode recorrer a outros, desde que, obviamente, não sejam ilícitos. Além do mais, mesmo que ele se valer daqueles meios já contemplados na legislação de regência, pode, a meu sentir, amoldá-los à realidade do caso concreto, não se atendo a determinados padrões formais.

O artigo 37, da Lei nº 9.099/95, preceitua que “*a instrução poderá ser dirigida por juiz leigo, sob a supervisão de juiz togado*”. Não há dispositivo similar na Lei nº 10.259/2001. Seria aplicável tal regra aos Juizados Especiais Federais? DEMÓCRITO RAMOS REINALDO FILHO¹ comenta que “*o juiz leigo, a exemplo do conciliador, é mero auxiliar da Justiça. Pratica atos que são sempre e obrigatoriamente ratificados pelo Juiz togado, daí porque não exerce propriamente a jurisdição. A autoridade estatal de suas decisões advém do ato de homologação praticado pelo juiz*”. Como a Lei dos Juizados Federais não criou, como já afirmei, nenhum cargo, até mesmo com relação aos juízes togados, fica evidente a possibilidade de, em tese, ser utilizada a figura do juiz leigo.

Se o magistrado não pode permanecer na inércia, devendo desempenhar um papel ativo, na colheita de provas, também lhe incumbe zelar pela celeridade processual. Daí a alusão do artigo 34, da Lei nº 9.099/95, aplicável supletivamente aos Juizados Especiais Federais, à faculdade do juiz limitar ou excluir as provas tidas como excessivas, impertinentes ou protelatórias. Este dispositivo, de modo consentâneo com os objetivos das referidas unidades jurisdicionais, prescreve que “*todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, ainda que não requeridas previamente*”. Nota-se, nitidamente, a flexibilidade inerente ao procedimento em debate, onde, já no curso da própria instrução, se pode vislumbrar a imprescindibilidade de determinado meio de prova e a sua produção é perfeitamente viável, mesmo que nenhum dos litigantes a tenha pleiteado, quando do primeiro pronunciamento nos autos.

Diante desta nova postura, impende se reportar a alguns aspectos específicos dos meios de prova tradicionais, trazendo nuances a prevalecerem nos juizados especiais federais, mais precisamente, com relação às testemunhas, à perícia e aos documentos.

PROVA PERICIAL

Deve-se advertir para a diferenciação no tratamento dispensado às provas periciais, no sistema dos juizados especiais estaduais, com relação às regras preconizadas para os federais. A Lei nº 9.099/95 prevê que o perito

¹ FILHO, Demócrito Ramos Reinaldo. JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS – Comentários à Lei 9099, de 26/09/1995. Recife: Bagaço, 1996, p. 247.

não precisa, necessariamente, elaborar um laudo escrito, limitando-se a responder, em audiência, os questionamentos formulados pelo magistrado e pelas partes, prestando depoimento como se fora uma testemunha, ao estipular, no seu artigo 35, que, “quando a prova do fato exigir, o juiz poderá inquirir técnicos de sua confiança, permitida às partes a apresentação de parecer técnico”. Tal alternativa, aliás, já havia sido permitida pelo Código de Processo Civil, no que concerne ao procedimento ordinário, mais precisamente, pelo § 2º, do seu artigo 421, introduzido pela Lei nº 8.455/92. A Lei nº 10.259/2001 se reporta à apresentação do laudo, a ser acostado no prazo de até 05 (cinco) dias antes da audiência. Seria possível a adoção da prova técnica nos moldes simplificados, acima enunciados ? Diante dos princípios que regem o funcionamento dos juizados, entendo que não há incompatibilidade entre as normas aqui discutidas.

Fiel ao propósito de evitar as idas e vindas dos autos, entre os litigantes e a Secretaria do órgão jurisdicional, a importar em demora na condução do feito, por mais exíguos que os prazos estipulados sejam, não se exige a intimação das partes sobre a juntada do laudo. É evidente que os litigantes podem ter acesso aos autos, na Secretaria, para, se for o caso, por ocasião da audiência, buscar algum esclarecimento. Como não há prazo para pronunciamento, nem pedido de esclarecimentos, penso que o perito deverá, necessariamente, comparecer à audiência de instrução e julgamento, sendo, de antemão, cientificado com tal finalidade, oportunidade em que serão sanadas eventuais dúvidas, levantadas pelo magistrado ou pelas partes.

Outro aspecto a ser abordado é atinente à imprescindibilidade do apoio da Contadoria, sendo recomendável que exista uma estrutura específica, para atendimento aos juizados, diante do acúmulo de feitos no órgão que presta serviços às Varas Federais. Esta Contadoria teria o papel de avaliar a própria pertinência do emprego do procedimento em questão, aferindo qual o valor da causa, para verificar se é inferior ao montante previsto na lei de regência, e proporcionaria ao Juízo a identificação do “*quantum debeatur*”, à medida em que o Juizado Especial reclama a edição de sentenças líquidas, razão pela qual tais informações são indispensáveis.

É aconselhável a elaboração de convênios com Universidades Federais e outras entidades públicas, para que se possa disponibilizar um cadastro de peritos aptos a laborar nas causas em tramitação nos juizados. Seria conveniente o treinamento de tais profissionais, para que sejam cientificados do propósito de seu trabalho. Os ditos profissionais assumiriam o com-

promisso de desempenhar as aludidas atribuições. Na atualidade, às vezes, uma série de embaraços surge quando da necessidade de proceder à produção de prova pericial. Convém afastá-los, desde logo, no que tange aos juizados especiais.

Assinalo que, a princípio, o público-alvo de tais unidades será representado pelos segurados da Previdência Social, já que existe, mesmo, a intenção, em alguns Tribunais Regionais Federais, na especialização dos Juizados na referida área, considerando que, de fato, a esmagadora maioria das causas de pequena dimensão econômica diz respeito a tal segmento de jurisdicionados. A atuação do perito, em grande parte destas demandas, é extremamente valiosa, dela não podendo abdicar o julgador, seja para analisar se o demandante é portador de enfermidade, se esta gera incapacidade temporária ou definitiva ou quais as condições em que o autor trabalhava ou trabalha, seja para análise de questões concernentes às atividades tidas como especiais, pois insalubres ou perigosas, entre outras situações.

No intuito de agilizar a implementação da prova ora apreciada, prescreve o § 1º, do artigo 12, da Lei nº 10.259/2001, que *“os honorários do técnico serão antecipados à conta de verba orçamentária do respectivo Tribunal e, quando vencida na causa a entidade pública, seu valor será incluído na ordem de pagamento a ser feita em favor do Tribunal”*. Resta aguardar para verificar como isto será, de fato, implementado. Cuida-se, a princípio, de um avanço, à medida em que o Juízo não dependerá do depósito da verba em tela por parte do litigante interessado na prova, o que, no procedimento ordinário, resulta no julgamento do feito, independentemente da realização da perícia, com prejuízo à obtenção da verdade material, ou na paralisação do curso da demanda, por um longo lapso temporal, se o juiz reputar imprescindível a implementação da aludida prova.

Defende FELIPPE BORRING ROCHA² que, *“provavelmente, deverá prevalecer o entendimento de que o autor que agir com má-fé deva suportar tais despesas, da mesma forma que o vencido em segundo grau (art. 55 da Lei 9.099)”*, embora não haja, como se percebe claramente, previsão expressa na norma acerca de tal situação.

É interessante destacar que há uma regra específica para as ações previdenciárias e relativas à assistência social, tendo estipulado o § 2º, do

² ROCHA, Felipe Borring. NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE OS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS CÍVEIS. www.jus.com.br

citado dispositivo, que “*serão as partes intimadas para, em dez dias, apresentar quesitos e indicar assistentes*”. Logo, quanto às aludidas demandas, existe um prazo próprio para a formulação das indagações e a apresentação dos profissionais que prestarão às partes, se for o caso, assessoramento técnico. Isto deve ser ponderado quando da designação da audiência, pois deverá ser observado um lapso temporal suficiente para o decurso do dito prazo, a elaboração do laudo propriamente dito e a sua apresentação com 05 (cinco) dias de antecedência.

PROVA TESTEMUNHAL

Não há nenhum dispositivo, versando, especificamente, sobre a prova testemunhal. Na espécie, em função do disposto no artigo 1º, da Lei nº 10.259/2001, deve ser aplicada a Lei nº 9.099/95, que, em seu artigo 34, “*caput*”, estabelece que “*as testemunhas, até o máximo de três para cada parte, comparecerão à audiência, independentemente de intimação, ou mediante esta, se assim for requerido*”. Complementa o § 1º, do indigitado dispositivo, que “*o requerimento para intimação das testemunhas será apresentado à Secretaria no mínimo cinco dias antes da audiência de instrução e julgamento*”.

Ora, a partir da interpretação sistêmica dos dispositivos legais retrotranscritos, percebe-se que não existe a exigência da prévia apresentação do rol, para fins de ciência à parte contrária, para eventual contradita. O litigante adverso, no caso das testemunhas que comparecerem independentemente de intimação, apenas terá conhecimento acerca de sua identidade por ocasião da própria audiência, oportunidade em que deverá, evidentemente, suscitar, se for o caso, os óbices à oitiva das mesmas. Saliente-se que o apontado § 1º reclama a formulação do pedido de intimação das testemunhas, admitido como alternativa no “*caput*” do dispositivo aqui comentado, com antecedência de 05 (cinco) dias, pelo menos, tão-somente pela necessidade da Secretaria do Juizado providenciar a dita intimação, e não, para conhecimento da outra parte.

Reza o § 2º do artigo ora examinado que, “*não comparecendo a testemunha intimada, o juiz poderá determinar sua imediata condução, valendo-se, se necessário, do concurso da força pública*”. A condução da testemunha que falta à audiência, injustificadamente, é contemplada nas regras que regem o procedimento ordinário. No entanto, aqui, há a alusão à

testemunha intimada, já que, neste caso, ela foi especificamente convocada pela autoridade judicial para colaborar com a elucidação da verdade dos fatos, e não, pura e simplesmente, convidada por um dos litigantes a dizer o que sabe.

Considerando o fato de que a interiorização da Justiça Federal na 5ª Região ainda é bastante tímida e o baixo poder aquisitivo dos segurados da Previdência Social e da maioria dos demais destinatários dos Juizados Especiais (caso não houver especialização), uma dificuldade a ser levada em conta consiste no fato de grande parte dos jurisdicionados e das testemunhas que poderão contribuir para a adequada compreensão dos fatos residir em cidades distantes das capitais e das demais cidades que acolherão os Juizados Especiais Federais, sendo dispendioso e, até, inviável o seu deslocamento. Seria plausível a instituição de um mecanismo que permitisse ao Judiciário chegar até eles, mediante possíveis Juizados Itinerantes, a depender da análise do custo/benefício e da movimentação processual de cada região.

Na intenção de evitar perda de tempo, a Lei nº 9.099/95 consigna que *“a prova oral não será reduzida a escrito, devendo a sentença referir, no essencial, os informes trazidos nos depoimentos”*. Feriria, fatalmente, os princípios destacados no início deste trabalho o registro integral dos depoimentos das partes, das testemunhas, do perito e dos assistentes técnicos por ocasião da audiência. É conveniente a adoção de mecanismos como a taquigrafia, a estenotipia, a gravação em fitas magnéticas, para dirimir eventuais dúvidas. Mas a lavratura de termo, por escrito, contendo tudo o que foi afirmado em audiência, é desnecessária, tomando, como é público e notório, grande parte do tempo do magistrado, dos serventuários, das partes e de seus advogados.

PROVA DOCUMENTAL

Segundo o artigo 11, da Lei nº 10.259/2001, *“a entidade pública ré deverá fornecer ao Juizado a documentação de que disponha para o esclarecimento da causa, apresentando-a até a instalação da audiência de conciliação”*. Esta regra afasta a dificuldade que o jurisdicionado, principalmente se integrante dos segmentos sociais menos esclarecidos, possui de apresentar os documentos necessários à prova de suas alegações, mormente frente à Administração Pública.

Havendo esta previsão de que a entidade pública deverá disponibilizar os documentos em seu poder, para oferecer subsídios à eventual conciliação e à instrução do feito, será possível firmar o convencimento a respeito da pertinência ou não da postulação. No caso da Previdência Social, a juntada, em tempo hábil, do procedimento administrativo onde indeferido algum benefício, se revela fundamental para o adequado deslinde da contenda, em qualquer direção que se posicionar a sentença.

Interpretando o dispositivo acima compilado, FELIPPE BORRING ROCHA³ afirmou que “o ônus da prova documental em relação às questões de fato referentes à causa pertence às entidades públicas, que deverão apresentá-los até a instalação da audiência de conciliação”. Continua, alegando que, “caso contrário, não havendo conciliação e sendo instalada a audiência de instrução e julgamento, acreditamos que o efeito da omissão será tornar incontroversas as alegações exordiais, na medida do convencimento judicial, na esteira do artigo 20, da Lei 9.099”. Discordo de tal ponto de vista, em razão da indisponibilidade do interesse público, não podendo o Estado ser prejudicado em razão da omissão, culposa ou não, de seu procurador, que não juntou, no prazo pertinente, a documentação exigida.

INSPEÇÃO JUDICIAL

O Parágrafo Único, do artigo 35, da Lei nº 9.099/95, se reporta ao referido meio de prova, prevendo que, “no curso da audiência, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, realizar inspeção em pessoas ou coisas, ou determinar que o faça pessoa de sua confiança que lhe relatará informalmente o verificado”. A inspeção judicial é providência que, embora já contemplada no procedimento ordinário, aqui apresenta outra alternativa, que é a possibilidade dela ser implementada por um terceiro, da confiança do juiz, já que, principalmente quando importa em deslocamento da sede do Juízo, não prescinde do tempo necessário à avaliação da coisa ou pessoa inspecionada, em prejuízo de outras atividades do magistrado, já tão assoberbado em face de seus múltiplos afazeres.

A inspeção tradicional deve ser procedida, pessoalmente, pelo magistrado. DEMÓCRITO RAMOS REINALDO FILHO⁴ reporta-se à designa-

³ Idem, art. cit.

⁴ FILHO, Demócrito Ramos Reinaldo, ob. cit. (nota 2), p. 246

ção da pessoa da confiança do magistrado, caso ele se considerar “*incapacitado de fazê-lo ou não enxergar nenhuma utilidade em que tal medida seja por ele desenvolvida pessoalmente*”. De qualquer forma, deverá o terceiro repassar todas as informações que colher “*in loco*” e, obviamente, a diligência deve ser concluída o mais breve possível, antes do julgamento da lide.

PROCESSO PENAL – ASPECTOS RELEVANTES

No que pertine aos Juizados Especiais Criminais, também não há regras específicas explicitadas na Lei n.º 10.259/2001. Recorrendo à Lei n.º 9.099/95, constata-se que os critérios que nortearam o legislador quando da instituição de tais unidades jurisdicionais igualmente prevaleceram quando do disciplinamento do procedimento a ser observado, no campo penal, com relação às infrações tidas como de menor potencial ofensivo.

Em primeiro lugar, existe a preocupação com a simplificação, já a partir da etapa investigatória, onde não se vislumbra um procedimento complexo como o inquérito policial, sendo caracterizada a atuação da autoridade policial pela informalidade e praticidade. Há a chamada fase preliminar, onde também se buscará uma composição entre os interesses, sempre tendo em vista a intenção de procurar a conciliação, inclusive quanto a infrações penais, por se cuidar, na espécie, de ilicitudes de menor repercussão, no âmbito social, podendo se resolver através de acordos com as vítimas.

A dispensa do inquérito, sem dúvida, representa um importante avanço. Assinale-se que, de acordo com o artigo 77, § 1º, da Lei nº 9.099/95, “*para oferecimento da denúncia, que será elaborada com base no termo de ocorrência referido no artigo 69 desta Lei, com dispensa do inquérito policial, prescindir-se-á do exame de corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente*”, o que, de fato, resulta em considerável agilização na persecução criminal, em face da possibilidade de substituir o exame de corpo de delito, em um contexto como o brasileiro, onde a Polícia Científica, muitas vezes, não tem as mínimas condições de realizar os seus trabalhos, por outro meio de prova, bastando um simples boletim médico.

A teor do disposto no artigo 78, “*caput*”, do mencionado diploma legal, a inicial acusatória é reduzida a termo, cuja cópia será entregue ao acusado, que, nesta ocasião, será citado e, simultaneamente, cientificado

acerca da designação da audiência, na qual se concentrarão a instrução e o próprio julgamento, dela também sendo cientificados o representante do "Parquet", a vítima (ou o ofendido), o responsável civil (pelas repercussões, na esfera civil, da sentença) e seus advogados. Ausente o acusado, obviamente, deverá haver a citação na forma preconizada pelos artigos 66 e 68, da aludida Lei. Ausentes, também, o ofendido e o responsável civil, igualmente serão intimados nos termos do referido artigo 68.

Quanto à prova testemunhal, é adotada a mesma sistemática empregada no âmbito do processo civil. O acusado poderá apresentar as suas testemunhas, na própria audiência, ou pleitear, em tempo hábil, ou seja, com a antecedência de 05 (cinco) dias, a intimação das mesmas, a ser implementada na forma preconizada no artigo 67, da Lei nº 9.099/95. Na data aprazada, caso não tiver sido observada a fase preliminar, proceder-se-á à tentativa de conciliação.

Não há a figura da defesa prévia, contemplada no procedimento ordinário. Na audiência, segundo o artigo 81, do citado Diploma Legal, o defensor do acusado responderá à acusação e, diante das alegações explicitadas na denúncia ou queixa e em tal resposta, o julgador receberá ou não a inicial acusatória. Caso a acatar, ainda conforme o aludido dispositivo, serão inquiridas as vítimas e, em sucessivo, as testemunhas arroladas pelo titular da Ação Penal e pela defesa, procedendo-se, em seguida, ao interrogatório do acusado, caso ele se faça presente. Depois da instrução concluída, ocorrerão os debates e a prolação da sentença.

Da mesma maneira que ocorre com os Juizados Cíveis, prescreve o § 1º, do citado comando normativo, que todas as provas devem ser produzidas na audiência, podendo o magistrado limitar ou excluir aquelas que reputar excessivas, impertinentes ou protelatórias, sempre tendo em vista, insista-se, os princípios que regem as aludidas unidades. O § 2º, também do artigo 81, estabelece que, a respeito do que ocorreu durante a audiência, será lavrado termo, a ser acostado aos autos, mas o aludido termo apenas conterá um resumo com o registro dos fatos tidos como relevantes, a critério do julgador.

CONCLUSÕES

Verifica-se, pois, que os juizados especiais federais poderão, indubitavelmente, obter o sucesso almejado, caso, de fato, a sua implantação seja

acompanhada do necessário aporte de recursos humanos e materiais, inclusive com a indispensável criação dos cargos, inexplicavelmente omitida na Lei nº 10.239/2001, considerando que, certamente, em função do público-alvo da Justiça Federal e da demanda reprimida, haverá uma elevada procura pelas referidas unidades.

Constata-se, nitidamente, que os juizados especiais, seja no âmbito estadual, seja no âmbito federal, traduzem uma nova postura do Poder Judiciário, menos inerte, mais proativo, menos formal, mais prático, menos solene, mais simples, a se afastar de determinados paradigmas, concentrando-se na sua razão de ser: o jurisdicionado. Não mais se concebe, no Século XXI, a idéia de que a iniciativa da produção de provas incumbe apenas aos litigantes, que o juiz não pode atuar, neste campo, de ofício, e que não se deve buscar a verdade real, contentando-se com a formal.

A sociedade reclama, cada vez mais, um Poder Judiciário compatível com os novos tempos, o que exige uma profunda mudança na cultura organizacional, a abranger, obviamente, também, as outras espécies de unidades jurisdicionais, as Varas e os Tribunais em geral, para que os operadores do direito, em suas diversas áreas, compreendam, de uma vez por todas, que o processo não é um fim em si mesmo, mas um mero instrumento, um instrumento relevante, lastreado em princípios e normas, respaldado em valores legítimos, porém, sempre um instrumento, e nunca, um obstáculo à solução dos conflitos.

DIREITO ADQUIRIDO E LEIS DE ORDEM PÚBLICA

Joana Carolina Lins Pereira

Juíza Federal Substituta da 9ª Vara da SJ/PE

SUMÁRIO: 1 - Introdução – “Direito adquirido” e “ordem pública”: a difícil conceituação dos institutos como questão prévia à solução da indagação objeto do trabalho. 2 - Evolução histórica do conceito de direito adquirido. Doutrinas estrangeira e nacional. 2.1 - A doutrina alienígena. 2.1.1 - A doutrina clássica. Gabba. 2.1.2 - Oposição à doutrina clássica. Paul Roubier. 2.2 - Direito adquirido no Brasil. 2.2.1 - A obra de Reynaldo Porchat. 2.2.2 - A obra de Limongi França. 2.3 - “Evolução” do conceito? 3 - Direito adquirido no ordenamento jurídico brasileiro. 3.1 - A consagração constitucional. 3.2 - Direito adquirido e princípio da retroatividade (ou da não-retroatividade?) das leis. 3.3 - O artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil – efeito imediato das leis. 4 - A ordem pública. 4.1 - Ordem pública nacional e internacional. 4.2 - Ordem pública como limite à autonomia contratual. 5 - Direito adquirido e leis de ordem pública. Colocação do problema. 5.1 - As correntes existentes. 5.2 - A posição do Supremo Tribunal Federal. 5.3 - Nossa proposta. 6 - Conclusão – Direito adquirido como proteção contra os arbítrios estatais. A difícil posição do Poder Judiciário – segurança X necessidade de transformação.

1 INTRODUÇÃO – “DIREITO ADQUIRIDO” E “ORDEM PÚBLICA: A DIFÍCIL CONCEITUAÇÃO DOS INSTITUTOS COMO QUESTÃO PRÉVIA À SOLUÇÃO DA INDAGAÇÃO OBJETO DO TRABALHO

O direito adquirido não constitui tema recente na literatura jurídica. Muitas teses já se elaboraram acerca da matéria que, de tão fecunda, conti-

nua a apresentar aspectos jamais examinados ou jamais examinados a contento.

Não nos propomos aqui, entretanto, a enveredar por trilhas desconhecidas, haja vista, sobretudo, as limitações espaço-temporais da presente exposição. Limitamo-nos a explorar aspecto do tema que, a despeito de já ter sido objeto de trabalhos doutrinários e decisões judiciais, não encontrou solução pacífica ou, ao menos, satisfatória.

Referimo-nos à questão do direito adquirido em face da lei de ordem pública, é dizer, à questão que indaga se o direito adquirido pode ser invocado em face de lei de ordem pública, posterior à sua aquisição.

É evidente que não possuímos qualquer pretensão de esgotar a matéria, à vista das limitações adrede mencionadas, nem de fornecer solução que possa encerrar pacificamente a celeuma. Nossa proposta cinge-se à apresentação das correntes estudadas e dos principais pontos de cada uma delas. A posição que adotaremos, obviamente, não será imposta, constituindo, tão-somente, uma sugestão, ou – melhor diríamos – um incentivo à pesquisa e aprofundamento do estudo.

A principal dificuldade encontrada – não se discute – diz respeito à conceituação dos dois institutos aqui abordados: direito adquirido e ordem pública, este último, à vista da sua fluidez, e aquele primeiro (o direito adquirido), à vista da (já mencionada) antiga controvérsia doutrinária toante à sua conformação.

Evidente, portanto, que, antes de procedermos ao embate com o principal questionamento do presente trabalho – sobre se é possível invocar direito adquirido em face de lei de ordem pública –, imprescindível se torna proceder a uma abordagem acerca dos institutos sob comento.

Examinaremos, assim, o evoluir das teorias sobre o direito adquirido (se é que podemos falar em uma “evolução”), apreciando, inclusive, o seu relacionamento com o princípio da irretroatividade das leis. Não é demais adiantar, a propósito, que, no nosso entender, melhor que falar em um princípio da irretroatividade das leis seria falar em um princípio da retroatividade das leis.

Não deixarão de ser mencionadas, no que tange à temática do direito adquirido, as teorias de Gabba e de Paul Roubier – principais expoentes da literatura a respeito.

No que pertine ao conteúdo da ordem pública, reiteramos que, dada sua fluidez, impossível se torna a apresentação de um conceito uniforme no

espaço e no tempo. Temos, diversamente, que a variação do conteúdo da ordem pública, segundo estes dois aspectos, termina por influir na própria elaboração do conceito.

Finalmente, no que tange à indagação principal do presente trabalho, propomo-nos a examinar não apenas a doutrina, mas ainda a orientação jurisprudencial sobre o tema, máxime aquela defendida pelo eg. Supremo Tribunal Federal – STF.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE DIREITO ADQUIRIDO. DOUTRINAS ESTRANGEIRA E NACIONAL

A análise do conceito de direito adquirido não poderia ser efetuada sem uma prévia abordagem histórica do estudo do mesmo. Podemos afirmar, inclusive, que, nas décadas recentes, nada houve de realmente novo no estudo do direito adquirido; ao contrário, os estudiosos do assunto permanecem a se apoiar nas teorias já consagradas, elegendo uma ou outra como de sua preferência.

O estudo do chamado *jus quaesitum* (direito adquirido) não poderia passar ao largo do estudo da vigência das leis no tempo, com especial ênfase na questão da retroatividade das leis. Conforme adiante veremos, diversas teorias já se propugnaram para impor limites à retroatividade das leis, dentre as quais avultam a doutrina clássica de Gabba e a teoria da situação jurídica de Paul Roubier. A primeira delas (referimo-nos à doutrina clássica de Gabba) é a que elege, precisamente, o direito adquirido como limite à eficácia das leis sobre fatos a elas anteriores (retroatividade), possuindo, destarte, importância especial para os fins do presente trabalho.

2.1 A DOUTRINA ALIENÍGENA

2.1.1 A DOUTRINA CLÁSSICA. GABBA

Não deixamos de ressaltar, aqui, as dificuldades já mencionadas para o acesso à *Teoria de la Retroattività delle Legge*, ponto de partida para o estudo do direito adquirido e obra que, a despeito de todas as críticas, jamais foi superada em alcance ou profundidade.

A doutrina clássica – ou teoria subjetivista –, que teve em Gabba seu principal expoente, elege o direito adquirido como verdadeiro e único limite

à retroatividade das leis. Destarte, ao intitular sua obra como *Teoria de la Retroattività delle Legge*, aceita o italiano, como regra, a retroatividade das leis, indigitando o direito adquirido como único limite a tal retro-eficácia.

Não é demais, aqui, transcrever o conceito do mencionado autor para o direito adquirido (a tradução é de Limongi França¹):

“É adquirido todo direito que a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato foi consumado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo; e que b) nos termos da lei sob cujo império se entabulou o fato do qual se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu.”

Esclareça-se, por oportuno, que o fato de afirmar o autor que o direito adquirido é aquele relativamente ao qual ainda não se apresentou ocasião para se fazer valer não exclui aquelas situações em que o direito adquirido deixou de ser exercido por mera opção de seu titular. É esta, inclusive, uma das principais críticas que se invecivam contra a sua definição.

É salientada por Gabba, outrossim, a distinção entre direito adquirido e direito consumado. Defende, a propósito, que direitos adquiridos são, precisamente, os que não foram consumados ainda. O problema da retroatividade das leis surge, precisamente, do não-exercício do direito adquirido, quando entre a aquisição do direito e o seu exercício surge lei nova, instituindo nova disciplina a respeito.

2.1.2 OPOSIÇÃO À DOUTRINA CLÁSSICA. PAUL ROUBIER

Os opositores à doutrina clássica, principalmente ao trabalho de Gabba, criticam a idéia do direito adquirido como único limite à retroatividade das leis. O principal opositor à doutrina clássica é o francês Paul Roubier, autor da teoria da *Situation Juridique*.

A base da doutrina de Paul Roubier – dita objetivista, em oposição à subjetivista de Gabba – assenta na distinção entre o efeito retroativo e o efeito imediato das leis. Distingue, para tanto, os *facta praeterita*, os *facta pendentia* e os *facta futura*. A lei nova, esclarece, não pode atingir os *facta*

¹ In *A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido*. 5ª edição, São Paulo, Saraiva, 1998, p. 51.

praeterita sob pena de incorrer em retroatividade. Quanto aos *facta pendentia* – acrescenta –, devem se distinguir os efeitos anteriores e posteriores à promulgação da nova lei: os anteriores regem-se pela lei antiga, e os posteriores, pela lei nova (daí falar em efeito imediato das leis). Relativamente aos *facta futura*, finaliza, dúvida não há quanto à aplicabilidade da lei nova, tendo em vista que eles – os *facta futura* – somente surgirão após o seu advento.

Quadra transcrever, aqui, a lição do autor, da forma que pelo mesmo explanada² :

“La base fondamentale de la science des conflits de lois dans le temps, c’est la distinction de l’effet rétroactif et de l’effet immédiat de la loi. (...) Si la loi prétend s’appliquer à des faits accomplis (‘facta praeterita’), elle est rétroactive; si elle prétend s’appliquer à des situations en cours (‘facta pendentia’), il faudra établir une séparation entre les parties antérieures à la date du changement de législation, qui ne pourraient être atteintes sans rétroactivité, et les parties postérieures, pour lesquelles la loi nouvelle, si elle doit s’appliquer, n’aura jamais qu’un effet immédiat; enfin, vis-à-vis des faits à venir (‘facta futura’), il est clair que la loi ne peut jamais être rétroactive” (grifos inexistentes no original).

Paul Roubier levanta exceção à sua teoria do efeito imediato, contudo, no que se refere aos contratos. Para o autor, os efeitos dos contratos celebrados anteriormente à nova lei, ainda que sejam tais efeitos posteriores à mesma, regem-se pela lei revogada, sob o pálio da qual foram efetuadas as escolhas das partes envolvidas.

Voltaremos ao assunto posteriormente, ao tratarmos, em particular, dos efeitos de leis novas sobre contratos em curso.

2.2 DIREITO ADQUIRIDO NO BRASIL

O Direito Brasileiro carece de obras específicas sobre o tema do direito adquirido. A obra de Limongi França (*A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido*) é, dentre as pesquisadas, a única que trata com exclusividade da matéria.

² *In Droit Transitoire (Conflits des Lois dans le Temps)*. 2e. edition, Paris, Editions Dalloz et Sirey, 1960, p. 177.

A seguir, portanto, além de tratarmos brevemente da obra de Limongi França, faremos referência, ainda, ao trabalho de Reynaldo Porchat, que pensamos também possuir relevância para o estudo do direito adquirido.

2.2.1 A OBRA DE REYNALDO PORCHAT

Escrita no início do século, a obra de Reynaldo Porchat (*Da Retroactividade das Leis Civis*), já sob os influxos da repercussão da obra de Gabba, ressalta a diferença entre direitos adquiridos e direitos consumados, afirmando que aqueles seriam, precisamente, os ainda não realizados em seus efeitos.

Assim resume Reynaldo Porchat os caracteres distintivos do direito adquirido³: “1º) um fato aquisitivo, idôneo a produzir direito, de conformidade com a lei vigente; 2º) uma lei vigente no momento em que o fato se realize; 3º) capacidade legal do agente; 4º) ter o direito entrado a fazer parte do patrimônio do indivíduo, ou ter constituído o adquirente na posse de um estado civil definitivo; 5º) não ter sido exigido ainda ou consumado esse direito, isto é, não ter sido ainda realizado em todos os seus efeitos”.

O autor salientava, já àquela época (seu livro data de 1909) que seriam adquiridos os direitos ainda que pendentes de termo ou condição.

Uma das passagens que merece referência em sua obra diz respeito à supressão ou extinção dos institutos jurídicos de duração perpétua, a exemplo da abolição da escravatura, evento recente em seu tempo. Assevera o autor, a respeito, que “as leis abolitivas de institutos de duração perpétua necessitam, para a realização do seu fim, do mais amplo efeito retroativo, extinguindo mesmo os direitos adquiridos”⁴. Nada obstante, demonstra, ao fim de sua exposição, ser adepto da corrente que repugna a incidência das leis de ordem pública face aos direitos adquiridos, tema ao qual retornaremos mais à frente.

2.2.2 A OBRA DE LIMONGI FRANÇA

O grande mérito da obra de Limongi França, em nosso entender, é o excelente apanhado levado a efeito pelo mesmo acerca das diversas teorias já divulgadas a propósito do tema do direito adquirido e retroatividade das leis. Analisa o autor não apenas as teorias – tantas vezes citadas – de Gabba

³ In *Da Retroactividade das Leis Civis*. São Paulo, Duprat & Comp., 1909, p. 15.

⁴ Ob. cit., p. 48.

e Paul Roubier, mas também as teorias de menor repercussão, dentre elas a do italiano Chironi. São examinadas, ademais, tanto as obras específicas sobre a matéria do direito adquirido, como as opiniões esparsas de grandes nomes da literatura jurídica, a exemplo de Louis Josserand, Trabucchi e Savigny.

Reputamos digna de referência a passagem em que o autor – Limongi França – afasta a aparente incongruência entre o artigo 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e o artigo 118 do Código Civil Brasileiro.

O artigo 6º, § 2º, da LICC, estabelece serem adquiridos até mesmo os direitos sujeitos a condição. No Código Civil, diversamente, preceitua-se que o direito sujeito a condição somente se torna adquirido com o advento desta. Esclarece o autor que a contradição é apenas aparente, salientando haver o nosso Código, na realidade, acolhido o efeito retroativo do implemento da condição. Acrescenta ser esta a ilação a se extrair da interpretação sistemática do aludido diploma, máxime à vista do teor do artigo 122, que acolhe, ainda que de maneira indireta, tal efeito retroativo do implemento da condição suspensiva.

2.3 “EVOLUÇÃO” DO CONCEITO?

Afigura-se oportuno indagar, à vista da doutrina existente acerca do tema direito adquirido, se se poderia falar em uma evolução do conceito. As breves considerações que acima fizemos já demonstraram que as principais obras existentes datam do final do século passado e do início do século atual. A *Teoria de la Retroattività delle Legge*, de Gabba, v.g., data de 1898.

Do exposto se infere, em verdade, que não se pode falar em um progresso da doutrina do direito adquirido. Referido assunto, da mesma forma que o da (ir)retroatividade das leis, permanece apoiado nas lições clássicas de Gabba e Paul Roubier, as quais, malgrado datadas do final do século passado e do início deste século, respectivamente, permanecem atuais e continuam a ser invocadas a cada novo estudo do assunto.

3 DIREITO ADQUIRIDO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 A CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL

No atual direito positivo brasileiro, o princípio do direito adquirido detém *status* de norma constitucional, tendo assento no artigo 5º, inciso

XXXVI, da Carta Política. Diferentemente de outros países, portanto, onde a regra da irretroatividade das leis, relativamente aos direitos adquiridos, encontra-se inserta em mera lei ordinária, elevou-se-a, no direito brasileiro, à categoria de direito fundamental.

A primeira Constituição brasileira – de 1824 – não dispunha da mesma forma que a atual Carta, é dizer, não estabelecia, nestes termos, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. O que ali se estabelecia, expressamente, era a proibição de leis com efeito retroativo, vedação esta que foi repetida na Constituição de 1891.

A previsão inserta no artigo 5º, inciso XXXVI, da atual Lei Maior, repete aquela dos textos constitucionais de 1934, 1946 e 1967. A Constituição Federal de 1937 foi a única, de 1934 até a atualidade, que não incluiu a multicitada previsão em seu texto.

Podemos assim resumir a evolução constitucional e infraconstitucional das previsões toantes à irretroatividade das leis e respeito ao direito adquirido⁵ :

- 1º) a Constituição do Império (1824), em seu artigo 179, vedava, expressamente, a edição de leis com efeito retroativo;
- 2º) a primeira Constituição republicana (1891) repetiu o preceito;
- 3º) em 1916, adveio a Lei de Introdução ao Código Civil, que instituiu o efeito imediato das leis, ressalvando as situações jurídicas definitivamente constituídas e o ato jurídico perfeito;
- 4º) a Constituição de 1934, diferentemente das anteriores, não mais vedava a retroatividade da lei, apenas excluindo da incidência da lei nova o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;
- 5º) a Constituição de 1937 não tratou da matéria, de modo que a mesma ficou sendo disciplinada em mera lei ordinária (a LICC, que, inclusive, foi alterada em 1942, passando a ostentar a redação atual), permitindo, assim, a edição de leis retroativas⁶ ;
- 6º) a Constituição de 1946 voltou a tratar da matéria, determinando, em seu artigo 141, § 3º, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”;

⁵ Cf. RODRIGUES, Sílvio, *in* *Direito Civil – Parte Geral* Vol. I, 24ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 1994, pp. 28-31.

⁶ Ora, porque estava a previsão de respeito ao direito adquirido disciplinada em mera lei ordinária, dirigia-se, não ao legislador, que poderia dispor diversamente, mas apenas aos Magistrados.

7º) a Constituição de 1967, alterada pela Emenda Constitucional nº 1/69, manteve a redação, da mesma forma que a vigente Constituição de 1988.

3.2 DIREITO ADQUIRIDO E PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE (OU DA NÃO-RETROATIVIDADE?) DAS LEIS

“A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” É o teor do artigo 5º, inciso XXXVI, da atual Carta Política.

Afirma-se, à vista do preceito constitucional, que vigoraria, em nosso ordenamento, o princípio da irretroatividade das leis. Vale dizer, segundo a opinião predominante, a regra seria a irretroatividade, constituindo a retroatividade mera exceção.

Seria esta, contudo, a correta ilação a se extrair do preceito?

Pensamos, rogando a devida vênia aos defensores do entendimento majoritário, que o princípio vigente no direito brasileiro é, não o da irretroatividade, mas o da retroatividade das leis. Tal é a ilação que extraímos do próprio artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República, susotranscrito.

Com efeito, ao dispor o texto magno que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” – não é despicendo salientar, aqui, que estes dois últimos constituem espécies do primeiro – está a Constituição admitindo, pela interpretação *a contrario sensu*, que a lei pode retroagir desde que não seja para infringir um dos três institutos consagrados no preceito.

Conforme ressaltamos no item concernente à doutrina clássica de Gabba, já afirmava o italiano que a regra seria, não a irretroatividade, mas a retroatividade das leis, constituindo o direito adquirido o único limite a tal eficácia retroativa. Reynaldo Porchat, a quem fizemos igualmente referência, defende, citando Gabba, que “desde que não haja lesão a direitos adquiridos, toda lei nova deve receber a mais ampla aplicação a tudo o que concerne ao seu objeto, quer se trate de fatos ou relações jurídicas inteiramente novas, quer de conseqüências de fatos e relações jurídicas anteriores”⁷.

Autores há, contudo, a exemplo de Limongi França e Paul Roubier, que são partidários de um princípio da irretroatividade das leis.

⁷ Ob. cit., p. 33.

Em nosso entender, como já pontificado, não se poderia falar, ao menos em face do ordenamento jurídico brasileiro, em um princípio da irretroatividade das leis. Pensamos, inclusive, que houve verdadeiro progresso de técnica legislativa, quando o legislador constituinte aboliu a fórmula que vedava a retroatividade das leis, para adotar a redação que apenas garante a preservação do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Foi esta, também, a fórmula adotada pelo artigo 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, ao qual retornaremos.

A afirmação de que o princípio, no direito brasileiro, é o da retroatividade das leis, deve, contudo, ser recebido com certa cautela. É incompatível com o direito brasileiro, evidentemente, a incidência de lei ulterior sobre os fatos já consumados, exauridos em seus efeitos⁸. A retroatividade admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme adiante veremos, é a retroatividade mínima, é dizer, aquela que atinge apenas os efeitos (não os requisitos de validade) dos atos a ela anteriores, desde que sejam tais efeitos posteriores ao seu advento.

3.3 O ARTIGO 6º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL – EFEITO IMEDIATO DAS LEIS

Após análise do texto constitucional pertinente à matéria do direito adquirido, cumpre examinemos o ordenamento infraconstitucional sobre o assunto. Especial destaque merece, a propósito, o artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, o qual a seguir se transcreve:

“Art. 6º A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Observa Limongi França, a nosso ver com proficiência, que o dispositivo em questão, na realidade, terminou por realizar uma verdadeira miscelânea das doutrinas clássica (cujo maior expoente, já vimos, foi Gabba) e do efeito imediato das leis (teoria de Paul Roubier). Assevera o mencionado civilista brasileiro que o grande problema do artigo 6º da LICC “é aquele que resulta da circunstância de haver realizado a simbiose de elementos da Doutrina Clássica, a qual, conforme já demonstramos, é aquela que, entre

⁸ Exceção seja feita, obviamente, às leis penais mais benéficas (CF/88, artigo 5º, inciso XL).

nós, vem amadurecendo há mais de setecentos anos, com uma regra que, proximamente, foi, de maneira nítida e incontestável, tomada à Doutrina de Roubier, a saber, a regra do efeito imediato e geral”⁹.

A conclusão que extrai do preceito é que “O alcance (...) da regra do efeito imediato entre nós é o de que a nova lei, em princípio, atinge as partes posteriores dos ‘facta pendentia’, com a condição de não ferir o ato jurídico perfeito, o Direito Adquirido e a coisa julgada”¹⁰.

Poderíamos afirmar, assim, que se admite, no direito brasileiro, uma retroatividade mínima das leis, de acordo com aquela classificação entre retroatividade máxima, média e mínima (retroatividade máxima é a que restitui as partes ao *status quo ante*, atingindo até mesmo os fatos consumados; retroatividade média é a que permite à lei nova atingir os efeitos pendentes de atos jurídicos anteriores ao seu advento; e retroatividade mínima, finalmente, é aquela que admite à lei nova atingir os efeitos dos atos a ela anteriores, desde que se produzam após a sua entrada em vigor¹¹).

As leis novas, apesar de não poderem dispor sobre as condições de validade dos atos praticados anteriormente às mesmas, nem poderem atingir os efeitos (de tais atos) que também lhes sejam anteriores, alcançam os efeitos a elas posteriores. Ficam de fora da incidência da lei nova, todavia, os efeitos do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, ainda que sejam (tais efeitos) posteriores à nova lei. Os contratos, como exemplos desta última categoria, têm todos os seus efeitos, conforme adiante veremos, regidos pela lei do tempo da celebração do ajuste.

O artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, ao cuidar da eficácia das leis no tempo, mesclou – é bem verdade – elementos da doutrina subjetivista, baseada no direito adquirido, com elementos da doutrina objetivista, fundada nas situações jurídicas e no efeito imediato das leis. É de se observar, contudo, que referidas doutrinas, que cuidam dos limites à retroatividade, não são de todo incompatíveis. Consoante salientado por Limongi França, pode se falar, perfeitamente, em um efeito imediato das leis (re-

⁹ Ob. cit., p. 206.

¹⁰ Ob. cit., p. 210.

¹¹ Quem nos esclarece a distinção é o Min. Moreira Alves, in “As leis de ordem pública e de direito público em face do princípio constitucional da irretroatividade”, *Revista da Procuradoria Geral da República*. Nº 1, out./dez. 1992, pp. 13-9.

troatividade mínima), a atingir os efeitos futuros dos atos a elas anteriores, garantindo, por outro lado, a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

Temos, destarte, que, a teor do artigo 6º da LICC, são regulados pela lei nova os efeitos a ela posteriores mesmo dos atos praticados anteriormente à sua vigência. Exceção é feita, tão-somente, em relação aos institutos mencionados – do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada –, cujos efeitos, ainda que posteriores ao advento da nova lei, regulam-se pela lei vigente ao tempo em que implementados.

A indagação que aqui propomos é se tal exceção valeria até mesmo em face de lei de ordem pública, questão esta à qual retornaremos no item 5 deste trabalho.

4 A ORDEM PÚBLICA

4.1 ORDEM PÚBLICA NACIONAL E INTERNACIONAL

Releva anotar, inicialmente, que a ordem pública a ser considerada para os fins da presente exposição não se confunde com aquela ordem pública de que cuida o Direito Internacional Privado. Esta última é referida no artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, onde se dispõe que “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

No que diz respeito ao plano interno – plano este que nos interessa, tendo em vista os fins aqui propostos –, temos como ordem pública o conjunto de normas e princípios que não podem ser derogados ou afastados pela vontade das partes. No plano do Direito Internacional Privado, por seu turno, ordem pública diz respeito a determinados valores vigentes no ordenamento jurídico interno que impedem – assim conferimos no artigo 17 da LICC – a eficácia, em nosso país, de determinados atos jurídicos levados a efeito no estrangeiro.

Destarte, malgrado se aproximem no conteúdo – os valores com os quais se preocupa a ordem pública nos dois planos examinados tendem a se assemelhar –, divergem nos efeitos: a ordem pública no plano do direito interno, é dizer, como conjunto de normas imperativas, torna defeso às partes dispor em contrário sentido, ao passo que a ordem pública do Direito

Internacional Privado constitui óbice à eficácia de determinados atos perante nosso ordenamento, o que não lhes retira a eficácia no país em que praticados.

Releva, portanto, tendo em vista os fins a que nos propomos, examinar o conceito de ordem pública no plano do direito interno.

4.2 OREDEM PÚBLICA COMO LIMITE À AUTONOMIA CONTRATUAL

A noção de ordem pública, conforme adrede ressaltado, oferece inúmeras dificuldades. Constitui, é cediço, uma noção de extrema fluidez, variável segundo critérios diversos, como orientação política dominante, conjuntura histórica, entre outros fatores. Nada obstante, o que se pode afirmar como certo em relação à ordem pública é que ela impõe a observância obrigatória a um conjunto de normas e princípios, inderrogáveis pela vontade das partes.

Assim, ao celebrarem um contrato, defeso é às partes contratantes afastar aquelas normas ditas imperativas (em contraposição às dispositivas), normas estas que se inserem, obrigatoriamente, no conteúdo dos contratos, tornando inválidas as disposições que lhes forem contrárias.

J. M. de Carvalho Santos, em comentários ao Código Civil Brasileiro¹², reconhece, em linhas que a seguir transcrevemos, a ordem pública como limite à liberdade contratual, ressaltando que a existência de normas de ordem pública se deve à predominância, em certas situações, do interesse público sobre o interesse particular. Afirma, com efeito, que, “Onde quer que se vislumbre, portanto, um interesse de ordem pública, desaparece a liberdade de ação das partes contratantes, que se devem cingir às determinações legais. A liberdade tem seus limites, não resta dúvida, e de acordo com os princípios sociais que dominam o direito hodierno, justificam-se todas essas restrições impostas no interesse da coletividade, ou da ordem pública, sem que, por isso, deixem de ser considerados contratos os atos jurídicos praticados sob o império dessa coação legal”.

¹² *In Código Civil Brasileiro Interpretado. Direito das Obrigações (arts. 1.079-1.121)*. Volume XV, 8ª edição, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1975, p. 11.

Acrescenta o autor, apoiado no escólio de Pontes de Miranda, que se objetiva, precipuamente, evitar a violência do forte contra o fraco, bem como eventuais abusos¹³.

Cunha Gonçalves¹⁴, de igual modo, salienta que as partes contratantes são livres para estipular as respectivas cláusulas do ajuste, respeitando-se, contudo, as restrições da ordem pública.

Merece referência, finalmente, o magistério de Orlando Gomes, o qual, ao examinar o conceito de ordem pública fornecido por douto civilista, resalta a insuficiência de se defini-la como os “interesses gerais do Estado e da coletividade”, máxime à conta da dificuldade de se enumerarem tais “interesses gerais”. Estar-se-ia, portanto, a definir uma expressão extremamente fluida com outra expressão de maior fluidez e imprecisão ainda.

5 DIREITO ADQUIRIDO E LEIS DE ORDEM PÚBLICA.

COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Atingimos, finalmente, a *vexata quaestio* posta na presente exposição: estariam o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada a salvo da incidência de lei de ordem pública aos mesmos posterior?

Observe-se que o artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, consoante adrede ressaltado, malgrado adote a orientação de que os efeitos dos *facta pendentia* posteriores à nova lei por ela se regulam (retroatividade mínima)¹⁵, exclui da incidência da lei nova, expressamente, os efeitos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Indaga-se, no entanto, se, em se tratando de lei nova de ordem pública, valeria a regra do efeito imediato até mesmo em relação aos mencionados institutos.

No Código Argentino, há disposição expressa (artigo 5º do Título Preliminar) nos termos da qual “Nenhuma pessoa pode ter direitos irrevogavelmente adquiridos contra uma lei de ordem pública”. Inexiste uma tal previsão no direito positivo brasileiro, o que acarreta o surgimento de opiniões divergentes. Ora se defende que a lei nova, desde que de ordem públi-

¹³ Ob. cit., p. 9.

¹⁴ *In Tratado de Direito Civil em Comentários ao Código Civil Português*. Volume IV, Coimbra, Coimbra Editora, 1931, pp. 143-4.

¹⁵ Os efeitos é que são posteriores à nova lei, não os *facta pendentia* que a eles deram origem.

ca, atinge até mesmo os direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; ora se defende que tais institutos, porque garantidos constitucionalmente, estariam a salvo da incidência de lei ulterior, ainda que de lei de ordem pública se cuidasse.

A questão, longe de constituir mero debate acadêmico, apresenta enorme relevância prática. Basta que se observe o crescente dirigismo estatal sobre o conteúdo dos contratos, estando o Governo a editar continuamente normas de caráter imperativo, cuja incidência sobre os ajustes a elas anteriores é freqüentemente discutida nos tribunais.

A título de exemplificação, podemos citar, na história recente do Brasil, os inúmeros planos econômicos e sucessivas normas sobre critérios de reajustamento, que ocasionaram inúmeras discussões a respeito de sua incidência sobre os contratos já existentes.

De se verificar, portanto, e principalmente à vista das decisões judiciais que a seguir colacionaremos, que a solução da questão aqui proposta é, em verdade, imposição da própria realidade fática.

5.1 AS CORRENTES EXISTENTES

A favor da incidência da lei ulterior, desde que de ordem pública, mesmo nos casos de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, encontramos, *v.g.*, a opinião de Trabucchi¹⁶. Referido autor admite, expressamente, a retroatividade de tal espécie de normas, que qualifica como “leis de ordem pública com as quais são tutelados os fundamentais interesses do Estado”, atribuindo, ademais, especial destaque às “leis que abolem, pela mudança da consciência pública, um inteiro instituto jurídico”.

O nosso Orlando Gomes não ostenta distinta opinião. Segundo o mesmo, “Tal como sucede com as leis clássicas de ordem pública, as disposições normativas de espírito da ordem pública, notadamente dirigista, aplicam-se imediatamente, sem que possam ser paralisadas pela invocação de supostos direitos adquiridos. Assim, o contrato não lhe deve ser contrário ou discrepante, quer na sua formação, quer quando produz seus efeitos. As

¹⁶ *Apud* FRANÇA, Limongi, *ob. cit.*, p. 251.

cláusulas discordantes do mandamento legal são substituídas automaticamente pelas disposições normativas”¹⁷.

No âmbito jurisprudencial, verificamos algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça favoráveis à corrente suscitada, é dizer, pela incidência imediata da lei de ordem pública (retroatividade mínima) mesmo em relação aos institutos protegidos pelo artigo 5º, inciso XXXVI, da CF/88. Confiaram-se os seguintes arestos:

“PREVIDÊNCIA PRIVADA - BENEFÍCIO - INDEXAÇÃO - LEI 6.435/77.

Inexiste direito adquirido a um determinado parâmetro de indexação dos benefícios.

A lei que vedou a utilização do salário mínimo para esse fim aplica-se imediatamente, ainda aos contratos em curso, apenas não atingindo os ‘facta praeterita’.” (Recurso Especial nº 815/RS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, julg. 17.10.1989, DJ 13.11.1989, p. 17025, *in* RSTJ 5/533.)

“LEI DE ORDEM PÚBLICA. INCIDÊNCIA IMEDIATA.

Incide a lei nova (n. 6435, de 15.07.1977) a regular a atualização das contribuições e dos benefícios da previdência privada, sem violação de direito adquirido.

Orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a partir do precedente firmado no RE. 105137-0, rel. Min. Cordeiro Guerra, Segunda Turma, publicado no DJ de 27.09.85.” (Recurso Especial nº 29/RS, rel. Min. Cláudio Santos, julg. 15.8.1989, DJ 4.9.1989, p. 14039, *in* RSTJ 3/1032.)

Forte também é a corrente daqueles que defendem a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, diante de lei nova de ordem pública.

Uma primeira referência deve ser feita ao francês Paul Roubier, já tantas vezes aqui mencionado, o qual defende que “*dans un ordre juridique*

¹⁷ *In Questões de Direito Civil*, 5ª edição, Saraiva, 1988, p. 358. *Apud* FIGUEIREDO, Marcelo e BROLLO, Maria Alice Deucher, “Anotações a respeito dos planos econômicos – alteração da política salarial – reajuste de salários pela lei antiga – direito adquirido, mera expectativa de direito e normas de ordem pública – resenha doutrinária e jurisprudencial”, *Revista dos Tribunais*. Vol. 708, outubro de 1994, pp. 43-54.

*fondé sur la loi, la non-rétroactivité des lois est elle-même une des colonnes de l'ordre public. Il est absolument impossible de concevoir les fondements d'un ordre législatif, si on n'y introduit pas la notion de la non-rétroactivité*¹⁸.

O argumento de Paul Roubier contra a incidência da lei nova, ainda que de ordem pública, sobre o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, assenta, portanto, na assertiva de que a própria irretroatividade constituiria um dos pilares da ordem pública¹⁹, razão pela qual não poderia ser posta em oposição a esta.

Interessa observar, inclusive, ainda na obra de Paul Roubier, que o autor, insistindo na distinção entre efeito retroativo e efeito imediato das leis – este último corresponderia, como vimos, ao que chamamos de retroatividade mínima –, destaca que, embora seja o efeito imediato a regra, não se pode admiti-lo relativamente aos contratos em curso. Afirma Roubier, de veras, que, “*dans certaines matières, l'effet immédiat est exclu aussi bien que l'effet rétroactif; il en est ainsi pour les contrats en cours, qui ne sont pas en principe touchés par les lois nouvelles, ni pour les parties antérieures à la loi nouvelle, ni même pour leurs effets à venir. La règle est ici la survie de la loi ancienne*”²⁰ (grifamos). No que diz respeito aos contratos, de sorte, nem mesmo os seus efeitos posteriores à lei nova seriam por esta regidos.

Analisando o pensamento de Paul Roubier, destaca Limongi França o excerto no qual o autor francês se atém à escolha efetuada pelas partes contratantes no momento da celebração do ajuste. Assevera o autor francês (a tradução é de Limongi França) que “esta escolha tinha um sentido, o de permitir aos contratantes estabelecer suas previsões, e seria insuportável que, uma vez assim fixadas as partes, sobre um determinado tipo jurídico, a lei, desmentindo suas previsões, viesse ordenar de outro modo as suas relações contratuais”²¹. E conclui: “Um contrato constitui um bloco de cláusulas indivisíveis que se não pode apreciar senão à luz da legislação sob a qual

¹⁸ Ob. cit., p. 417.

¹⁹ Observe que o autor, diferentemente de Gabba, considera como regra, não a retroatividade, mas a irretroatividade das leis.

²⁰ Ob. cit., p. 179.

²¹ Ob. cit., p. 65.

foi entabulado. É por esta razão que, em matéria de contrato, o princípio da não-retroatividade cede lugar a um princípio mais amplo de proteção, o princípio de sobrevivência da lei antiga”.

Reynaldo Porchat, também aqui já tantas vezes mencionado, critica, igualmente, a doutrina segundo a qual as leis de ordem pública atingiriam até mesmo o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada²². Salienta, inicialmente, a dificuldade de se discriminar aquilo que seria de ordem pública daquilo que seria de ordem privada. Em seguida, assevera, apoiado no escólio de Gabba, que “a simples invocação de um motivo de ordem pública não basta para justificar a ofensa ao direito adquirido, cuja inviolabilidade (...) é também um forte motivo de interesse público”.

Caio Mário da Silva Pereira, em passagem de citação obrigatória àquelas que tratam da indagação aqui proposta, dirige críticas veementes à doutrina que propõe a incidência da lei de ordem pública mesmo sobre o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Afirma o autor, *in verbis*, que “Costuma-se dizer que as leis de ordem pública são retroativas. Há uma distorção de princípio nesta afirmativa. Quando a regra da não-retroatividade é de mera política legislativa, sem fundamento constitucional, o legislador, que tem o poder de votar leis retroativas, não encontra limites ultralegais à sua ação, e, portanto, tem a liberdade de estatuir o efeito retrooperante para a norma de ordem pública, sob o fundamento de que esta se sobrepõe ao interesse individual. Mas, quando o princípio da não-retroatividade é dirigido ao próprio legislador, marcando os confins da atividade legislativa, é atentatória da Constituição a lei que venha ferir direitos adquiridos, ainda que sob inspiração da ordem pública. A tese contrária encontra-se defendida por escritores franceses ou italianos, precisamente porque, naqueles sistemas jurídicos, o princípio da irretroatividade é dirigido ao juiz e não ao legislador”²³.

5.2 A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Conforme pudemos verificar em pesquisa jurisprudencial entre os acórdãos do Supremo Tribunal Federal – STF –, não há uniformidade, em seus

²² Ob. cit., pp. 66-7.

²³ *In Instituições de Direito Civil*. Vol. I, 9ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1986, pp. 117-8.

arestos, quanto à questão da incidência da lei nova de ordem pública sobre atos caracterizados como direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Constatamos, entretanto, que, malgrado se haja, durante longo tempo, ostentado o posicionamento pela incidência da lei nova de ordem pública, são os julgados mais recentes pela sua não-incidência, havendo, inclusive, um julgamento do Plenário neste sentido, em relevante acórdão²⁴ no qual foi relator o Min. Moreira Alves.

Em julgados mais antigos, portanto, verificamos haver o STF prestigiado o caráter de ordem pública da lei nova, em detrimento dos direitos adquiridos porventura já existentes. Em julgamento datado de 13.12.1954, *verbi gratia*, decidiu o Excelso Pretório por afastar a alegação de ofensa ao direito adquirido, mercê de se cuidar de lei de ordem pública, “que ruiria quase inteira se contra ela pudéssemos invocar direitos adquiridos” (Recurso Extraordinário nº 27.377, rel. Min. Luís Gallotti, Primeira Turma, DJ de 30.8.1956, p. 01148). No Recurso em Mandado de Segurança nº 3061, no qual também atuou como relator o Min. Luís Gallotti (desta vez perante o órgão Plenário), decidiu-se, igualmente, pela aplicação imediata da lei nova, não havendo que se falar em direito adquirido (julg. 3.8.1955, DJ 24.12.1956).

Nos julgados mais recentes, todavia, conforme adrede ressaltado, vem decidindo o Supremo pela prevalência do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, inadmitindo a incidência de lei nova, ainda que de ordem pública, para regular seus efeitos. Em memorável acórdão do qual foi relator o em. Min. Moreira Alves, levado a julgamento perante o Tribunal Pleno, decidiu o STF, em Ação Direta de Inconstitucionalidade, que o cânone inserto no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República, aplicar-se-ia a qualquer espécie de leis, sejam as de ordem pública, sejam as meramente dispositivas (ADIN nº 493/DF, julg. 25.6.1992, DJ 4.9.1992, p. 14089)²⁵.

Salientou o em. Min. Moreira Alves, ao proferir o seu voto, a distinção entre retroatividade máxima, média e mínima, para ao final concluir que, no que concerne aos efeitos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, não poderiam os mesmos, ainda que posteriores à

²⁴ Ao qual adiante faremos mais detalhada referência.

²⁵ *In RTJ* 143/724.

lei nova de ordem pública, ser por esta atingidos. Ressaltou, outrossim, que o princípio do direito adquirido, no ordenamento brasileiro, diferentemente de outros países, possui assento constitucional, e que não se excepcionam da sua observância quaisquer leis, nem mesmo as de ordem pública.

Tal entendimento foi mantido quando da apreciação do Recurso Especial nº 159.979/SP (rel. Min. Paulo Brossard, julg. 18.10.1994, DJ 19.12.1994, p. 35185), em cujo julgamento se averbou que “O contrato concluído se constitui em ato jurídico perfeito e goza da garantia de não estar atreito à lei nova, tanto quanto a coisa julgada e o direito adquirido, eis que a eficácia da lei no tempo vem sendo assim regulada há mais de meio século. A garantia prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição submete qualquer lei infraconstitucional, de direito público ou privado”.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal viu-se, mais uma vez, face ao problema da lei de ordem pública diante dos direitos adquiridos. O acórdão do processo (Agravo de Instrumento nº 244.578/RS), no qual foi relator o Min. Celso de Mello, possui ementa vazada nos seguintes termos, tal como noticiada no Informativo STF nº 154:

“EMENTA: Contrato. Depósitos em caderneta de poupança. Ato jurídico perfeito. Princípio constitucional da intangibilidade das situações definitivamente consolidadas (CF, art. 5º, XXXVI). Impossibilidade da incidência de lei nova destinada a reger os efeitos futuros de contratos anteriormente celebrados. Adoção da teoria de Paul Roubier (para quem a lei nova rege os efeitos jurídicos a ela posteriores dos atos jurídicos a ela anteriores, exceto na hipótese dos contratos.) Hipótese de retroatividade mínima vedada pela Constituição da República. Precedentes do STF. Agravo improvido.

- No sistema constitucional brasileiro, a eficácia retroativa das leis - (a) que é sempre excepcional, (b) que jamais se presume e (c) que deve necessariamente emanar de disposição legal expressa - não pode gerar lesão ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada.

- A lei nova não pode reger os efeitos futuros gerados por contratos a ela anteriormente celebrados, sob pena de afetar a própria causa - ato ou fato ocorrido no passado - que lhes deu origem. Essa projeção retroativa da lei nova, mesmo tratando-se de retroatividade mínima,

incide na vedação constitucional que protege a incolumidade do ato jurídico perfeito.

- A cláusula de salvaguarda do ato jurídico perfeito, inscrita no art. 5º, XXXVI, da Constituição, aplica-se a qualquer lei editada pelo Poder Público, ainda que se trate de lei de ordem pública. Precedentes do STF.

- A possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico não exonera o Poder Público do dever jurídico de respeitar os postulados que emergem do ordenamento constitucional brasileiro, notadamente os princípios - como aquele que tutela a intangibilidade do ato jurídico perfeito - que se revestem de um claro sentido de fundamentalidade.

- Motivos de ordem pública ou razões de Estado - que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, 'ex parte principis', a inaceitável adoção de medidas que frustram a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade - não podem ser invocados para viabilizar o descumprimento da própria Constituição, que, em tema de atuação do Poder Público, impõe-lhe limites inultrapassáveis, como aquele que impede a edição de atos legislativos vulneradores da intangibilidade do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada. Doutrina e jurisprudência.”

5.3 NOSSA PROPOSTA

Do que até aqui se expôs se constata haver, na situação, um conflito de princípios. Conforme observação oportuna de Caio Mário da Silva Pereira²⁶, encontra-se, de um lado, o princípio da segurança jurídica e da estabilidade social; de outro, o princípio segundo o qual a lei nova traz consigo a presunção de que é melhor e mais perfeita do que a atingida, e de que atende ao reclamo indisfarçável do progresso jurídico.

De acordo com a lição dos doutos, é possível, em uma ordem jurídica, surgirem situações em que dois ou mais princípios, acolhidos pelo ordenamento, se mostrem conflitantes.

²⁶ Ob. cit., pp. 97-8.

Na questão aqui proposta, temos, portanto, uma colisão entre dois princípios: o do direito adquirido e o do progresso jurídico (compatibilidade do Direito com as inovações sociais).

Em casos que tais, é dizer, nas situações de incompatibilidade entre dois princípios, resolve-se, não pela exclusão de um deles (tal como ocorre com a revogação das normas jurídicas), mas pela prevalência de um ou outro, a depender dos interesses em causa. Com efeito, enquanto que, relativamente às normas de direito positivo, inadmite-se a coexistência de disposições conflitantes, resolvendo-se pela revogação de uma delas, relativamente aos princípios, admite-se a possibilidade de conflito entre os mesmos, resolvendo-se a celeuma pela verificação de qual deles, na hipótese, possui o maior peso.

Oportuna, a esse respeito, a lição de J. J. Gomes Canotilho²⁷, *ad litteram*:

“O facto de a constituição constituir um sistema aberto de princípios insinua já que podem existir fenómenos de tensão entre os vários princípios estruturantes ou entre os restantes princípios constitucionais gerais e especiais. Considerar a constituição como uma ordem ou sistema de ordenação totalmente fechado e harmonizante significaria esquecer, desde logo, que ela é, muitas vezes, o resultado de um compromisso entre vários atores sociais, transportadores de idéias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até antagónicos ou contraditórios. (...)”

A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifícios de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma ‘lógica do tudo ou nada’, antes podem ser objecto de ponderação e concordância prática, consoante o seu ‘peso’ e as circunstâncias do caso.”

De se indagar, portanto, diante de colisão entre o princípio do direito adquirido e do princípio segundo o qual a lei posterior é mais perfeita – ou mais adequada à conjuntura social – que a sua antecedente, qual dentre os

²⁷In *Direito Constitucional*. Coimbra, Almedina, 1991, pp. 195-6.

dois haveria de prevalecer.

Pensamos, a partir da pesquisa levada a efeito, que estão com a razão aqueles que atribuem predominância ao princípio do direito adquirido. Constitui este, em nosso entender, corolário do princípio – este mais geral – da segurança jurídica, o qual, também de acordo com a nossa concepção, é de maior peso que o princípio segundo o qual a lei nova, ainda que de ordem pública, é mais adequada que a lei a ela precedente.

É de se afastar, a propósito, a alegação de que a edição de lei nova, porque fundada no interesse público, deveria prevalecer sobre a alegação de direito adquirido, fundada no interesse particular. Também há um interesse público na segurança das relações, de modo que a proteção ao direito adquirido, longe de visar apenas ao interesse individual, tem por escopo garantir o interesse geral na preservação das situações constituídas.

Concordamos, outrossim, com Paul Roubier, quando afirma que, ao celebrarem as partes um contrato, têm as mesmas em vista as disposições legais em vigor relativamente ao assunto objeto do ajuste, disposições estas que se acrescem às cláusulas contratuais, formando um “bloco” normativo. Destarte, a imposição, aos contratos assim celebrados, de normas legais a ele posteriores implicaria indevida intromissão nos termos pactuados.

Razão assiste aos eminentes Ministros do STF, outrossim, quando afirmam que o cânone inserto no artigo 5º, inciso XXXVI, da atual Carta Política, no qual se protege, contra a incidência da lei nova, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, não excetuaria as leis de ordem pública, constituindo mandamento expresso e geral.

De fato, reza o dispositivo que a “lei” não prejudicará tais institutos, não fazendo qualquer restrição quanto ao conteúdo ou à natureza de tal “lei”. É regra de hermenêutica, assim sabemos, que ao intérprete não é dado estabelecer restrições onde o legislador assim não o fez. Mencionada regra, com maior razão, deve ser levada em conta na interpretação do inciso XXXVI do artigo 5º, tendo em vista que, além de constituir cânone constitucional, expressa um verdadeiro princípio.

Há diversos outros óbices ao acolhimento da tese segundo a qual a lei de ordem pública teria incidência imediata (retroatividade mínima) mesmo em face do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Um dos principais aspectos contrários a esta tese diz respeito, precisamente, à dificuldade da demarcação das leis de ordem pública. A quem caberia assim identificá-las: ao legislador ou ao magistrado?

Observe-se que, caso caiba ao legislador tal eleição, quedaria o mesmo sem freios em sua atividade. A segurança jurídica restaria, à conta da ausência de limites ao poder legislativo, efetivamente comprometida. Qualquer lei poderia ser qualificada como de ordem pública.

Por outro lado, caso caiba aos magistrados tal identificação, também quedarão as partes contratantes em estado de incerteza, na medida em que serão obrigadas, a cada alteração legislativa, a recorrer ao Judiciário para resolver sua pendência acerca da interferência ou não da nova lei sobre as estipulações contratuais.

Força é, destarte, até mesmo por uma questão de lógica, reconhecer que a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada vale até mesmo em face de lei de ordem pública.

6 CONCLUSÃO – DIREITO ADQUIRIDO COMO PROTEÇÃO CONTRA OS ARBITRIOS ESTATAIS. A DIFÍCIL POSIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. SEGURANÇA X NECESSIDADE DE TRANSFORMAÇÃO

Conforme já ressaltado em linhas anteriores desta exposição, é crescente o dirigismo estatal sobre os contratos, seja sobre a liberdade de celebrá-los, seja sobre o próprio conteúdo do ajuste ou sobre a escolha da outra parte contratante.

Não se nega, evidentemente, o intuito muitas vezes protecionista do Estado, que busca, através de leis de caráter imperativo, coibir o abuso de poder (seja econômico, técnico ou financeiro) que seria exercido, à ausência de tais normas, sobre a parte hipossuficiente da relação contratual. Nada obstante, verifica-se, não raro, que a intervenção estatal no domínio econômico atravessa a barreira das garantias constitucionais para atingir atos cujos efeitos pela lei antiga haveriam de ser regulados.

Releva salientar, outrossim, que as constantes alterações legislativas (ainda mais constantes em virtude da utilização abusiva do veículo das medidas provisórias) terminam por instalar um estado de incerteza, a impossibilitar contratações de trato prolongado. Tal incerteza, contudo, ainda mais patente restaria caso admitíssemos a incidência imediata das leis novas de “ordem pública” mesmo nos casos de direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito.

As emendas constitucionais, não é demais ressaltar, constituem um dos principais meios através dos quais o Governo procura se esquivar da

proteção assegurada por tais institutos. O Poder Judiciário, não obstante, tem eficientemente censurado tais iniciativas, procurando interpretar as emendas à Constituição de acordo com os direitos fundamentais pela mesma consagrados.

Há de se reconhecer que o Magistrado, diante do advento de lei de ordem pública, e da decisão sobre sua aplicabilidade sobre o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, vê-se em situações constrangedoras, em que o apelo social ou econômico que ensejou a modificação legislativa impacta com a necessidade de observância aos aduzidos institutos. Não se pode olvidar, entretanto, que tais institutos constituem uma das bases sobre as quais assenta nosso ordenamento – trata-se de cláusulas pétreas –, e que resultam, não dos anseios da sociedade diante de determinada conjuntura específica, mas dos anseios das sociedades de todas as épocas.

7 BIBLIOGRAFIA

- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. “Comentário de jurisprudência em matéria de irretroatividade das leis e direito adquirido”, *Revista dos Tribunais*. Nº 709, novembro de 1994, pp. 255-7.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra, Almedina, 1991.
- CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil Brasileiro Interpretado. Direito das Obrigações (arts. 1.079-1.121)*. Volume XV, 8ª edição, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1975.
- FIGUEIREDO, Marcelo e BROLLO, Maria Alice Deucher. “Anotações a respeito dos planos econômicos – alteração da política salarial – reajuste de salários pela lei antiga – direito adquirido, mera expectativa de direito e normas de ordem pública – resenha doutrinária e jurisprudencial”, *Revista dos Tribunais*. Nº 708, outubro de 1994, pp. 43-54.
- FRANÇA, Limongi. *A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido*. 5ª edição, São Paulo, Saraiva, 1998.
- GONÇALVES, Cunha. *Tratado de Direito Civil em Comentários ao Código Civil Português*. Volume IV, Coimbra, Coimbra Editora, 1931.

- MACHADO, Hugo de Brito. “Direito adquirido e coisa julgada como garantias constitucionais”, *Revista dos Tribunais*. Nº 714, abril de 1995, pp. 19-25.
- MESSINA, Roberto Eiras. “A irretroatividade das leis e o direito adquirido”, *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. Vol. 15, nº 55, jan./mar. 1991, pp. 183-91.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. “As leis de ordem pública e de direito público em face do princípio constitucional da irretroatividade”, *Revista da Procuradoria Geral da República*. Nº 1, out./dez. 1992, pp. 13-9.
- MUKAI, Toshio. “Da segurança jurídica: direito adquirido nas relações contratuais”, *Boletim de Direito Administrativo*. Vol. 11, nº 2, fevereiro de 1995, pp. 67-72.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I, 9ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1986.
- PORCHAT, Reynaldo. *Da Retroactividade das Leis Civis*. São Paulo, Duprat & Comp., 1909.
- PORTO, Mário Moacyr. “O princípio da não-retroatividade da lei”, *Revista dos Tribunais*. Nº 684, outubro de 1992, pp. 547-51.
Revista Trimestral de Jurisprudência 143/724 e 106/314.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Parte Geral*. Vol. I, 24ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 1994.
- ROUBIER, Paul. *Droit Transitoire (Conflits des Lois dans le Temps)*. 2e. edition, Paris, Editions Dalloz et Sirey, 1960.
- TAVARES PAES. “Direito adquirido e a ordem pública”, *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. Vol. 15, nº 55, jan./mar. 1991, pp. 69-74.

A TEORIA DOS PRINCÍPIOS PARA A SOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE O DIREITO DE PROPRIEDADE E O MEIO AMBIENTE

Raimundo Alves de Campos Júnior

Juiz Federal Substituto – AL

SUMÁRIO: 1 - Introdução. 2 - Princípios e Regras. 3 - Critérios de distinção entre Princípios e Regras. 4 - O Papel Constitucional dos Princípios. 5 - O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 6 - O Princípio da Função Social da Propriedade. 7 - Relação entre os Princípios da Função Social da Propriedade e do Meio Ambiente na Constituição Federal de 1988. 8 - A aplicação da Teoria dos Princípios à solução do conflito entre os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Função Social da Propriedade e da Preservação do Meio Ambiente. 9 - Aplicação da Teoria de Alexy e do Método de Balanceamento dos Valores à Resolução do conflito entre os Direitos Fundamentais de Propriedade e do Meio Ambiente. 10 - Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

Nos primórdios, a concepção da propriedade era tida como direito natural coletivo, no qual todos tinham o direito de possuí-la. Não tinha, assim, qualquer valor econômico individual. Porém, com o passar dos tempos, a propriedade começou a despertar os interesses dos homens, que se aperceberam do aspecto econômico e absorveram a idéia de que a propriedade representava poder e riqueza. A busca desse *status* contribuiu sobremaneira para revelação do egoísmo e insensatez da natureza humana, como também para formação das distintas classes sociais. Enquanto o direito de propriedade era exercido de maneira coletiva, não havia qualquer espécie

de preocupação nesse sentido. No momento em que passou a denotar privilégio para alguns e representar instrumento de opressão para outros, eclodem os primeiros conflitos de interesses, sendo necessária a adoção de medidas disciplinadoras para o uso do instituto, máxime quando o mundo moderno se debate com o problema da escassez dos recursos naturais, pelo uso abusivo da propriedade privada, que são indispensáveis à sobrevivência e existência digna dos seres humanos.

O que se procurará mostrar neste trabalho - sem maiores pretensões, é óbvio - é que a concepção individualista já não mais subsiste e que o direito moderno pugna por uma revisão dos conceitos da propriedade privada e do papel que sua função social tem no mundo jurídico, eis que, se a filosofia individualista e paternalista, advinda do sistema liberal, retratou com eficiência o modelo econômico reinante à época, o estágio atual do desenvolvimento econômico e social do mundo moderno e a preocupação ecológica fizeram com que, necessariamente, aquele modelo de propriedade privada individual, absoluto e exclusivo fosse bastante mitigado, não se admitindo mais o uso da propriedade sem o atendimento de uma função social - nem muito menos sem a preservação do meio ambiente -, daí advindo a necessidade de se incorporar definitivamente os princípios da função social e da higidez ambiental como elementos integradores do conceito de propriedade válido.

Por fim, concluir-se-á que, hodiernamente, o atendimento simultâneo da função social e da higidez ambiental são indispensáveis à preservação do direito de propriedade válido e que a Teoria dos Princípios, através da aplicação do método de balanceamento dos valores envolvidos, é imprescindível para a solução dos conflitos entre direitos fundamentais de igual dignidade constitucional: o direito de propriedade e o direito que todos têm ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

2 PRINCÍPIOS E REGRAS

As normas jurídicas, e dentre elas as normas de direitos fundamentais, dividem-se em princípios e regras. Princípios são as normas jurídicas de natureza lógica anterior e superior às regras e que servem de base para a criação, aplicação e interpretação do direito. Na sempre precisa conceituação de Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é o “*mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que*

*se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.*¹

Princípio significa, primeiramente, ponto de partida. Para as ciências são as proposições básicas, que condicionam as demais; são, pois, os alicerces do conhecimento em cada setor do saber humano. Delas, podem ser apontadas duas categorias: os princípios da realidade (*principia essendi*) e os princípios da razão ou do conhecimento (*principia cognoscendi*), que procuram apontar postulados, axiomas ou teoremas acerca das coisas. Lembra Roque Antônio CARRAZZA que o termo foi introduzido na filosofia por ANAXIMANDRO e usado por PLATÃO, significando o fundamento do raciocínio, bem como pelo Estagirita, para representar a premissa maior de uma demonstração. KANT afirmou ser princípio o conhecimento universal que pode ser de premissa maior num raciocínio.

Os princípios caracterizam-se, essencialmente, por serem densificação dos valores mais relevantes do ordenamento jurídico. Podem ser explícitos em enunciados lingüísticos ou podem estar implícitos, o que não lhes retira a posição de proeminência de que desfrutam. Têm como função essencial a de orientar e influenciar a interpretação e a aplicação das demais normas jurídicas, que têm o *status* de simples regras, bem como, por isso mesmo, de todos os atos do poder público.

O fato de as normas da Constituição, em grande parte, consubstanciarem princípios, exige que se lhes dê, necessariamente, interpretação - e interpretação criadora -, para se obter precisão e garantia em favor desses preceitos. Os princípios, diferentemente das regras jurídicas, demandam juízo de ponderação prática, no instante da interpretação-aplicação, a fim de obterem determinação.

As regras, por sua vez, são normas jurídicas destinadas a dar concreção aos princípios.

Para DWORKIN o Direito é, pois, um sistema de regras e princípios. Ele mostra que, nos chamados casos-limites ou *hard cases*, quando os juristas debatem e decidem em termos de direitos e obrigações jurídicas, eles utilizam *standards* que não funcionam como regras, mas trabalham com princípios, política e outros gêneros de *standards*.

¹ *Elementos de Direito Administrativo*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980, pág. 230;

Princípios são, ainda segundo DWORKIN, exigências de justiça, de equidade ou de qualquer outra dimensão da moral. Deste conceito decorre, como lembra Vera Karam de CHUERI, que o “*o texto constitucional, não importa se brasileiro ou americano, faz com que a validade de um direito dependa não de uma determinada regra positiva, mas de complexos problemas morais*”,² inexistindo, por conseguinte, a dicotomia entre questões de direito e questões de justiça, em que se supera a antinomia clássica Direito Natural/Direito Positivo.

As regras, ao contrário dos princípios, indicam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando ocorrem as condições previstas. Um princípio não determina as condições que tornam sua aplicação necessária. Ao revés, estabelece uma razão (fundamento) que impele o intérprete numa direção, mas que não reclama uma decisão específica, única. Daí acontecer que um princípio, numa determinada situação e frente a outro princípio, não prevaleça, o que não significa que ele perca a sua condição de princípio, que deixe de pertencer ao sistema jurídico. Por conseguinte, as regras, ao contrário dos princípios, são aplicáveis na forma do tudo ou nada (ou nas palavras de Ronald DWORKIN: *applicable in all or nothing fashion*). Se se dão os fatos por ela estabelecidos, então ou a regra é válida e, em tal caso, deve-se aceitar a conseqüência que ela fornece; ou a regra é inválida e, neste caso, não influi sobre a decisão.

3 CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

De acordo com DWORKIN,³ sucessor de Herbert HART na cátedra de Jurisprudência na Universidade de Oxford, dois são os critérios que permitem apartar os princípios das regras. O primeiro deles é de ordem lógica: as regras são aplicadas de forma disjuntiva, ou seja, ocorrendo a hipótese de incidência e sendo a norma válida, a conseqüência jurídica deve necessariamente ocorrer. Os princípios, por seu turno, não são automaticamente aplicados, comportando inúmeras exceções não previstas pela própria norma.

² *Filosofia do Direito e modernidade. Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direito*. JM Editora, Curitiba, 1995, pág. 85;

³ *El modelo de las normas. In Los Derechos en Serio*. Editora Ariel, Barcelona, 1989, pág. 75-80;

O segundo critério pelo qual podemos distinguir regras e princípios é de natureza axiológica. Os princípios possuem uma ‘dimensão de peso’, valorativa, ausente nas regras. Desse modo, ocorrendo o conflito entre dois ou mais princípios em um determinado caso, deve o intérprete considerar o peso relativo de cada um deles e verificar, naquele caso concreto, qual deve prevalecer, afastando o princípio incompatível. Situação diferente ocorre com as regras. Havendo conflito entre duas regras - o que BOBBIO denomina de *antinomia própria*⁴ - uma delas será inválida e deverá ser excluída do sistema jurídico. Nessa hipótese, os critérios para a solução da antinomia são de ordem técnica (*lex posterior derogat priori, lex superior derogat inferioris, lex specialis derogat generali*), não demandando ao aplicador do direito nenhum juízo valorativo.

Observa ainda DWORKIN que, no caso de conflito entre princípios não há propriamente uma discricionariedade do intérprete em definir qual deles deve prevalecer. Essa determinação resulta, na expressão do constitucionalismo alemão,⁵ de um *juízo de ponderação (abwägung)* entre os diversos valores jurídicos envolvidos, segundo critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

O pensamento de Ronald DWORKIN é retomado, dentro do sistema da *civil law*, pelo constitucionalista alemão Robert ALEXY, que, considerando o modelo do jusfilósofo americano demasiadamente simples busca formular um modelo mais diferenciado.

ALEXY observou que entre princípios e valores existe uma ampla coincidência estrutural. Toda colisão de princípios pode ser apresentada como uma colisão de valores e toda colisão de valores como uma colisão de princípios. A única diferença reside no fato de que nas colisões de princípios visa-se encontrar o que é devido (o que é o ordenado, o proibido e o permitido), ao passo que na solução de uma colisão de valores busca-se o que é melhor, isto significando dizer que os princípios têm roupagem deontológica e os valores roupagem axiológica, como óbvio.

Em Robert ALEXY, a teoria dos princípios - e a distinção entre princípios e regras - constitui o marco de uma teoria normativa-material dos

⁴ *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5ª Edição, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1994, pág. 86-110;

⁵ Cf. Robert ALEXY, *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pág. 90-98;

direitos fundamentais e, com ela, o ponto de partida para responder a pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito destes direitos. E será, por conseguinte, a base da fundamentação jusfundamental e a chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais.

Assim, sem uma perfeita compreensão desta distinção, própria da estrutura das normas de direito fundamental, é impossível formular-se uma teoria adequada dos limites dos direitos fundamentais, quanto à colisão entre estes e uma teoria suficiente acerca do papel que eles desempenham no sistema jurídico.

Para ALEXY,⁶ o ponto decisivo para distinção entre regras e princípios é que estes são *mandatos de otimização*, isto é, são normas que ordenam algo que deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento depende não somente das possibilidades reais mas também das jurídicas. Por sua vez, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Têm, pois, caráter de *mandatos definitivos*.

Se uma regra é válida, então há de fazer-se exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Elas contêm, pois, determinações no âmbito do fática e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não apenas de grau. Onde, porém, a distinção entre regras e princípios se mostra mais claramente se dá nas colisões de princípios e no conflito de regras. Embora apresentem um aspecto em comum - o fato de duas normas, aplicadas independentemente, conduzem a resultados incompatíveis - diferenciam-se, fundamentalmente, na forma como se soluciona o conflito.

Assim, os conflitos de regras se resolvem na dimensão de validez. Ou seja, somente podem ser solucionados introduzindo-se uma regra de exceção, debilitando o seu caráter definitivo, ou declarando-se inválida, pelo menos, uma das regras. Com efeito, uma norma vale ou não vale juridicamente. E se ela vale e é aplicável a um caso, significa que vale também sua consequência jurídica.

Daí que o conflito entre duas regras há de ser solucionado por outras regras. Qualquer decisão será na dimensão de validez. Por outro lado, a

⁶ *El Concepto y la Validez del Derecho*. Editora Gedisa, 1998, pág. 75;

colisão de princípios se resolve na dimensão de peso, tal como o expressa Ronald DWORKIN. Quando dois princípios entram em colisão - por exemplo, se um diz que algo é proibido e, o outro, que é permitido -, um dos dois tem que ceder frente ao outro, porquanto um limita a possibilidade jurídica do outro. O que não implica que o princípio desprezado seja inválido, pois a colisão de princípios se dá apenas entre princípios válidos.

4 O PAPEL CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS

Boa parte das normas de direitos fundamentais são compostas por princípios. Igualdade, privacidade, função social da propriedade, liberdade de consciência, saúde, trabalho, meio ambiente, dentre outros direitos, constituem, antes de tudo, princípios orientadores de todo o ordenamento jurídico, devendo, pois, ser necessariamente considerados pelo aplicador do direito.

O moderno constitucionalismo é caracterizado precisamente pela ampla utilização de normas de caráter principiológico, bem assim de conceitos indeterminados. Como se viu, os princípios são postulados, comandos ou enunciados genéricos, relativamente abstratos e amplos; por isso mesmo, essa categoria de normas costuma compor-se de disposições abertas, polisêmicas e indeterminadas.

A vasta presença, nas constituições, de normas abertas, como as que consubstanciam princípios, intensifica a importância e a responsabilidade da atuação interpretativa, porquanto com ela é que, na prática, se determinará a normatividade concreta da constituição.

Segundo Robert ALEXYY,⁷ um corpo de normas constitucionais constituído apenas de regras imporá tratamento excessivamente minucioso da realidade (um *legalismo*) que castrará as potencialidades hermenêuticas que os princípios propiciam, tanto para o legislador quanto para o administrador, para o juiz e para os demais operadores do direito.

Além disso, considerando o comportamento peculiar dos princípios nos casos de conflito, a maior utilização de regras acarretaria graves impasses em razão da complexidade da realidade sócio-política, que geraria inúmeros conflitos de regras constitucionais, virtualmente insolúveis, ante o juízo puramente de validade que elas impõem na resolução de antinomias.

⁷ Cf. *El Concepto y la Validez del Derecho*, ob. cit., pág. 167;

Quem sustenta um modelo exclusivamente de regras (modelo puro) encomenda ao sistema jurídico, enquanto tal, a realização de só um postulado de racionalidade, é dizer, vislumbra tão somente a existência do postulado da segurança jurídica. Sem dúvida, a segurança jurídica é uma exigência central, mas, segundo RADBRUCH, não é a única que formula a razão prática ao sistema jurídico. No modelo puro de regras, todas as demais exigências têm um caráter externo ao sistema jurídico. Dirigem-se como exigências políticas ou morais, que também participam do processo de criação do direito.

Outra virtude da utilização de normas principiológicas, decorrente do que já se expôs, é a redução da necessidade de reforma da constituição. As constituições rígidas, como é cediço, são aquelas que exigem - deliberadamente - procedimentos geralmente complexos e solenes para a própria modificação. Como nem sempre é tarefa simples a obtenção de consenso bastante a superar as barreiras impostas pela própria constituição para sua reforma, a textura aberta dos princípios permite que, por meio de interpretação adaptativa, a constituição seja permanentemente atualizada, mantendo-se-lhe a contínua vitalidade.

Nada obstante, CANOTILHO alerta para a inconveniência, também, de sistema constitucional apenas composto de princípios, pois a excessiva abertura e indeterminação que daí adviriam acarretaria dificuldades de monta.

5 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Partindo da premissa de que a pessoa é um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, alguns autores sustentam que a dignidade da pessoa humana é um princípio absoluto, razão pela qual entendem que, ainda que se opte, em determinada situação, pelo valor coletivo, por exemplo, esta opção não pode nunca sacrificar, ferir o valor da pessoa.⁸ Distanciam-se, assim, do pensamento de Robert ALEXY, que rejeita, radicalmente, a existência de princípios absolutos, chegando a afirmar que se os há, impõe-se modificar o conceito de princípio.

A dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial dos direitos fundamentais, a “*fonte jurídico positiva dos direitos fundamentais*”,⁹ a fonte

⁸ Este é o entendimento de Fernando Ferreira dos Santos, *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Artigo publicado na Internet, na Revista *Apriori*;

⁹ Cf. Francisco Fernandez SEGADO, *Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, 31 n° 12, pág. 77;

ética, que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais, o “*valor que atrai a realização dos direitos fundamentais*”,¹⁰ “*o valor básico (Grundwert) fundamentador de los derechos humanos*”.¹¹ “*Los derechos fundamentales son la expresión más inmediata de la dignidade humana*”.¹²

Daí falar-se, em consequência, na centralidade dos direitos fundamentais dentro do sistema constitucional, que eles se apresentam não apenas um caráter subjetivo, mas também cumprem funções estruturais, são «*conditio sine qua non del Estado constitucional democrático*». ¹³

Dessa maneira, a interpretação dos demais preceitos constitucionais e legais há de fazer-se à luz daquelas normas constitucionais que proclamam e consagram direitos fundamentais, as normas de direito fundamental. Com razão, CANOTILHO fala que “*a interpretação da Constituição pré-comprende uma teoria dos direitos fundamentais*”.¹⁴ E, nas palavras de Antônio Enrique Pérez LUÑO, “*para cumplir sus funciones los derechos fundamentales están dotados de una especial fuerza expansiva, o sea, de una capacidad de proyectar-se, através de los consguientes métodos o técnicas, a la interpretación de todas las normas del ordenamiento jurídico. Así, nuestro Tribunal Constitucional há reconocido, de forma expressiva, que los derechos fundamentales son el parámetro ‘de conformidad con el cual deben ser interpretadas todas las normas que componen nuestro ordenamiento’*”.¹⁵

6 O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A ordem implantada pela Carta Política de 1988 não reconhece o direito de propriedade desvinculado da função social. Portanto, trata-se de

¹⁰ Cf. Francisco Fernandez SEGADO, *Teoria Jurídica...*, ob. cit., pág. 77;

¹¹ Cf. Robert ALEXI, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, ob. cit, pág. 503;

¹² Cf. J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 6ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 1993, pág. 505;

¹³ Cf. Antônio Enrique Perez LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 3ª Edición, Editora Tecnos, Madrid, 1990, pág. 310;

¹⁴ *Direito Constitucional*, ob. cit., pág. 505;

¹⁵ *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 3ª Edición, Editora Tecnos, Madrid, 1990, pág. 310;

um direito que só é reconhecível (e garantido) quando respeitados valores e objetivos (=direito) que lhe são antecedentes. “(...) *Essa dicotomia fica superada com a concepção de que o princípio da função social (CF/88, art. 5º, XXIII) é um elemento do regime jurídico da propriedade, é, pois, princípio ordenador da propriedade privada, incide no conteúdo do direito de propriedade, impõe-lhe novo conceito... A função social, assinala Pedro Escribano Collado, “introduziu, na esfera interna do direito de propriedade, um interesse que pode não coincidir com o do proprietário e que, em todo caso, é estranho ao mesmo”, constitui um princípio ordenador da propriedade privada e fundamento da atribuição desse direito, de seu reconhecimento e da sua garantia mesma, incidindo sobre o seu próprio conteúdo*”.¹⁶

O princípio da função social não é o caminho aberto para a socialização das terras rurais por parte do Estado, mas, sem dúvida, a fórmula encontrada pela Lei Maior a fim de realizar a reforma agrária, sem, no entanto, ferir de morte o princípio secular do direito de propriedade. Limitar esse direito, sim, é conveniência que toda a sociedade exige, por isso León DUGUIT enfatizava que “*a propriedade não é um direito, é uma função social*”.¹⁷ O proprietário, é dizer, o possuidor de uma riqueza, tem, pelo fato de possuir essa riqueza, uma função social a cumprir; enquanto cumpre essa função, seus atos de propriedade estão protegidos. Se não os cumpre, a intervenção dos governantes é legítima para obrigar-lhe a cumprir sua função social de proprietário, que consiste em assegurar o emprego das riquezas que possui conforme seu destino. É por esse motivo que Orlando Gomes, diante da função social, asseverou que “*a propriedade é antes um serviço do que um direito*”.¹⁸

A doutrina da função social da propriedade traz consigo o objetivo primordial de dar sentido mais amplo ao conceito econômico da propriedade, encarando-a como uma riqueza, que se destina a produção de bens, para satisfação das necessidades sociais do seu proprietário, de sua família e da comunidade envolvente, em oposição frontal ao arcaico conceito civilista de propriedade.

¹⁶ Idem, *ibidem*;

¹⁷ *Apud* Hely Lopes MEIRELLES, *Direito de Construir*, 7ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 1996, pág. 24;

¹⁸ *Apud* Vera Maria WEIGAND, *Reflexões sobre direito e sustentabilidade em tempos de Globalização*. Ob. cit., pág 10;

Imputar uma função social à propriedade não significa estabelecer um direito ou um dever ao bem, pois, como bem afirmou Isabel VAZ, “*O capital não é sujeito de direitos e deveres, que apenas mediatamente lhes podem ser impostos como funções ao cumprir, através do reconhecimento e da imposição de direitos e deveres ao seu titular*”.¹⁹

Para Isabel VAZ, há um núcleo mínimo de propriedade privada, essencial à preservação da dignidade humana e do acesso material aos bens da educação, cultura, segurança, moradia, etc.²⁰ Nesse caso, configura-se um direito fundamental à propriedade, consagrado no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988. A Constituição preserva, assim, o acesso do indivíduo à propriedade, como instrumento de manutenção de sua sobrevivência mínima. E, ao mesmo tempo, reconhece a garantia institucional da propriedade.

Já o direito de propriedade, configurado no art. 5º, inciso XXII, da Carta Magna de 1988, estabelece um direito individual, que confere soberania (bastante relativa) ao indivíduo ao dispor, usufruir e gozar das comodidades dos bens que legitimamente possuir. O exercício desse direito é, contudo, bastante limitado pelas leis do Estado, que mitigaram em muito a plenitude do art. 523 e seguintes do Código Civil.

O inciso XXIII, do art. 5º da *Lex Mater*, por sua vez, declara expressamente a existência do princípio constitucional fundamental da função social da propriedade, que se encontra também exposto no art. 170, III, elencado entre os princípios da Ordem Econômica.

Não há, contudo, segundo Eros Roberto GRAU, possibilidade em se considerar o princípio da função social da propriedade como elemento isolado da propriedade privada, pois a “*alusão à função social da propriedade estatal qualitativamente nada inova, visto ser ela dinamizada no exercício de uma função pública*”.²¹

Paulo Lopo SARAIVA, por sua vez, assevera que: “*Sem uma mudança estrutural do conceito e das bases da propriedade, jamais haverá desenvolvimento e justiça social*”.²² Faz-se necessário, assim, a edificação

¹⁹ *Direito Econômico das Propriedades*. 2ª Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1993, pág. 149;

²⁰ *Direito Econômico das Propriedades*. Ob. cit., pág. 48;

²¹ *Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. Editora RT, São Paulo, 1990, pág. 244;

²² *A Constituição deles não é a nossa*. Editora da Cooperativa Cultural, Natal, 1993, pág. 44;

de uma nova concepção da propriedade, com uma nova tutela processual para esse direito bem como mecanismos que possam representar a material, além da formal, democratização do acesso à propriedade.

A função social da propriedade não pode ser confundida com os sistemas de limitação de propriedade, ou seja, a afetação de seus caracteres tradicionais (direito absoluto, exclusivo e perpétuo). A função social diz respeito ao exercício do direito, ao proprietário, e não à estrutura interna do direito à propriedade. Com razão, pois, José Afonso da SILVA quando afirma que: “*A função social da propriedade se modifica com as mudanças na relação de produção. E toda vez que isso ocorrer, houvera transformação na estrutura interna do conceito de propriedade, surgindo nova concepção sobre ela, de tal sorte que, ao estabelecer expressamente que a propriedade atenderá a sua função, mas especialmente quando o reputou princípio da ordem econômica, ou seja: como um princípio informador da constituição econômica brasileira com o fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, II e III), a Constituição não estava simplesmente preordenando fundamentos às limitações, obrigações e ônus relativamente à propriedade privada, princípio também da ordem econômica, e, portanto, sujeita, só por si, ao cumprimento daquele fim. Pois, limitações, obrigações e ônus são externos ao direito de propriedade, vinculando simplesmente a atividade do proprietário, interferindo tão-só com o exercício do direito, os quais se explicam pela simples atuação do poder de polícia*”.²³

A atribuição constitucional da função social parece, *prima facie*, incompatível com a tradicional forma de tutela do proprietário ínsita no art. 524 do nosso Código Civil. As profundas restrições, que pouco a pouco foram sendo impostas às faculdades inerentes ao domínio, acarretaram a crise do conceito tradicional de propriedade. O problema agora, segundo Maria Celina TEPEDINO, é a “*determinação do conteúdo mínimo da propriedade, sem o qual se desnaturaria o próprio direito*”.²⁴

Assim, em face da supremacia da Constituição Federal sobre as normas de direito privado, forçoso é concluir-se que estas têm de ser compreendidas de conformidade com a disciplina que aquela lhe impõe.

²³ *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7ª Edição, RT, São Paulo, 1991, pág. 294;

²⁴ *A caminho de um Direito Civil Constitucional*. Revista de Direito Civil, Vol 65, Ano 17, jul/set, 1993, pág. 31;

Não havendo mais espaço para a antiga concepção liberal de propriedade privada, pode-se afirmar, na esteira do pensamento de TEPEDINO, que “... a função social passa a ser vista como elemento interno da estrutura do direito subjetivo, determinando sua destinação, e que as faculdades do proprietário privado são reduzidas ao que a disciplina constitucional lhe concede, na medida em que o pressuposto para a tutela da situação proprietária é o cumprimento de sua função social, que por sua vez, tem conteúdo predeterminado, voltado para a dignidade da pessoa humana e para a igualdade com terceiros não proprietários”.²⁵

A função social é intrínseca à propriedade privada. As concepções individualistas sucumbiram ante a força das pressões sociais em prol de sua democratização. Pode-se dizer que não basta apenas o título aquisitivo para conferir-lhe legitimidade; é preciso que o seu titular, ao utilizar o feixe dos poderes - absolutos, amplos ou restringidos - integrantes do direito de propriedade, esteja sensibilizado com o dever social imposto pela Constituição Federal.

Sem o atendimento da função social que lhe foi imposta pela Constituição, a propriedade perde sua legitimidade jurídica e o seu titular não pode mais argüir em seu favor o direito individual de propriedade, devendo se submeter as sanções do ordenamento jurídico para ressocializar a propriedade.

7 RELAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DO MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A ordem implantada pela nossa Carta Maior não reconhece o direito de propriedade desvinculado da função social. “*Superado o conceito absolutista do direito de propriedade - jus utendi, fruendi et abutendi-, que teve seu apogeu no individualismo do século XVIII, o domínio particular se vem socializando ao encontro da afirmativa de Léon Duguit de que a propriedade não é mais o direito subjetivo do proprietário; é a função social do detentor de riqueza. Com essa característica contemporânea, já não se admite o exercício anti-social do direito de propriedade, nem se tolera o uso anormal do direito de construir*”.²⁶

²⁵ A caminho de um Direito Civil Constitucional. Ob. cit., pág. 31/32;

²⁶ Cf. Hely Lopes MEIRELLES, *Direito de Construir*, 7ª Edição. Editora Malheiros, São Paulo, 1996, pág. 24.

Com bastante percuciência, asseverou Antônio Herman BENJAMIM que, “*Numa perspectiva mais moderna, principalmente a partir do reconhecimento de sua função social, ao direito de propriedade agregou-se outros limites. Bem mais recentemente, as Constituições trouxeram para seu corpo a previsão expressa da proteção do ambiente, como um desses pressupostos para o reconhecimento de direito de propriedade válido*”.²⁷

A *Lex Mater* contempla os dois princípios de modo bastante especial. Dispensou um tratamento peculiar ao princípio da função social, fazendo referência ao mesmo em distintos preceitos, mais especificamente quando o constituinte tratou dos direitos e deveres individuais e coletivos, da ordem econômica, da política urbana e da política agrícola e fundiária.

A atitude do legislador constituinte foi bastante louvável, quando estabeleceu o uso da propriedade privada atrelada a uma função social, cuja peculiaridade mais importante é o atendimento simultâneo ao interesse coletivo e à preservação do meio ambiente.

O princípio da função social exerce um papel preponderante na *conciliação* do direito de propriedade e à proteção ambiental. A Constituição brasileira explicita essa relação quando cuida da propriedade rural, ao estabelecer que a função social é cumprida se há preservação do meio ambiente. Os princípios (função social e preservação do meio ambiente) são autônomos, mas profundamente interligados.

Embora historicamente contemporâneos, pois ambos os direitos são reconhecidos num mesmo momento legislativo e texto normativo, Antônio Herman BENJAMIM²⁸ pensa que, no regime constitucional brasileiro, a tutela do meio ambiente, quando confrontada com o direito de propriedade, lhe é logicamente antecedente. Para ele “*inexiste direito de propriedade pleno sem salvaguarda ambiental*”.

No sistema constitucional brasileiro, aponta BENJAMIM, “*(...) a proteção do meio ambiente está na gênese do direito de propriedade. É indubitável a relação entre a tutela ambiental e direito de propriedade... De fato, direito de propriedade e meio ambiente são interligados, como que faces de uma mesma moeda... Qualquer tutela ambiental implica sem-*

²⁷ *Direito de Propriedade e Meio Ambiente*. Anais da XVI Conferência Nacional dos Advogados, 1996, p. 08;

²⁸ *Apud* Vera Maria WEIGAND, *Reflexões sobre Direito e sustentabilidade em tempos de Globalização*. Artigo publicado na Revista Teia Jurídica, na Internet. Endereço: <http://www.teiajuridica.com/mz/sustdes.html>, pág. 10;

*pre interferência no direito de propriedade. Essa interferência é, na origem, constitucional, imposta tanto para o Poder Público (trata-se de comportamento vinculado) como para o particular (é comportamento decorrente de função)”.*²⁹

Também com fulcro no argumento de que inexistente direito de propriedade pleno sem salvaguarda ambiental, afirma o Prof. Paulo LOBO que: “O meio ambiente é bem de uso comum do povo e prevalece sobre qualquer direito individual de propriedade, não podendo ser afastado até mesmo quando se deparar com exigências de desenvolvimento econômico (salvo quando ecologicamente sustentável). É oponível e exigível por todos. A preservação de espaços territoriais protegidos veda qualquer utilização, inclusive para fins de reforma agrária, salvo mediante lei”.³⁰

Esta, *data maxima venia*, não é a melhor exegese. É que a proteção do meio ambiente, no plano formal da Constituição, por si só, não está em conflito com o direito de propriedade. Ao contrário, é uma união indissolúvel, pressuposto para o reconhecimento do direito de propriedade válido. Ademais, devido ao fato de as normas que asseguram o direito de propriedade e o direito à higidez ambiental possuírem índole principiológica, necessário é lançar-se mão da Teoria dos Princípios, bem como da distinção entre regras e princípios, para a solução de um eventual conflito de normas que envolvam tais direitos fundamentais, de igual dignidade constitucional, fazendo-se mister, ainda, para a escorreita interpretação e concretização dos princípios da função social da propriedade e da preservação ambiental, efetuar-se uma interpretação pluralizada, eis que “A construção principiológica consagrada pela Constituição corrobora a tese da **interpretação pluralizada**, ou seja, para melhor compreender o sentido e a extensão do conteúdo daqueles princípios, é mister vislumbrá-los conjuntamente”.³¹

O que se deve ter é mente é, pois, que a propriedade deve atender a sua função social e seu uso deve ser compatível com a preservação do meio ambiente. Num eventual conflito entre tais princípios, é imprescindível lan-

²⁹ *Apud* Vera Maria WEIGAND, ob. cit., pág. 10;

³⁰ *Constitucionalização do Direito Civil*. Direitos & Deveres, n° 3:91-108, 1998, pág. 104/105;

³¹ Cf. Fabíola Santos ALBUQUERQUE, *Direito de Propriedade e Meio Ambiente*. Editora Juruá, Curitiba, 1999, pág. 114;

çar-se mão da Teoria dos Princípios a fim de que se obtenha a harmonização desejável, a partir da ponderação dos valores envolvidos.

8 A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS À SOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DE PESSOA HUMANA, DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE

Do que já restou até o presente momento demonstrado, viu-se que tanto a propriedade como o meio ambiente são direitos fundamentais assegurados pela Constituição, que estão intrinsecamente relacionados aos princípios da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade e da preservação do meio ambiente.

Por certo que nenhum desses princípios são absolutos, eis que são princípios constitucionais e, como tais, podem ser objeto de restrições, objetivando a harmonização dos mesmos com outros princípios igualmente consubstanciadores de direitos fundamentais.

Qualquer solução, num caso concreto de conflito entre tais princípios, se adotada sem a necessária ponderação de valores, pode conduzir, em alguns casos, a situações de flagrante injustiça, totalmente incompatíveis com as idéias de razoabilidade, de primazia da dignidade humana, de inviolabilidade do direito à propriedade e de garantia à higidez ambiental (art. 1º, III, 5º e 225 *caput*, todos da Carta Magna de 1988), que devem orientar a interpretação do sistema constitucional.

É verdade que a Carta Magna contém uma regra proibindo o exercício do direito de propriedade que não atenda a função social ou que degrade o meio ambiente (art. 5º, inciso XXIII c/c 186, II, ambos da CF/88). Esta proibição, contudo, não é absoluta, mas sim o que ALEXY denomina de proibição *prima facie*.

Para ALEXY,³² diferentemente da posição de DWORKIN, nem todas as regras possuem um caráter definitivo, podendo elas, excepcionalmente, conter cláusulas de exceção não previstas, desde que essas cláusulas estejam fundadas em princípios.

“As disposições de direito fundamental - observa o constitucionalista alemão - podem ser consideradas não apenas como positavações de princí-

³² *Teoria de los Derechos Fundamentales*, ob. cit., pág. 98-103;

*pios (...) mas também (...) como expressão de uma vontade de estabelecer determinações frente às exigências de princípios contrapostos. Adquirem, desta maneira, um caráter duplo. Através delas, por um lado, se positivam princípios; mas, por outro, na medida em que apresentam tipos de garantias e cláusulas restritivas diferenciadas, contêm as normas de direitos fundamentais determinações com respeito às exigências de princípios contrapostos. Não obstante, as determinações apresentadas por elas têm um caráter incompleto. De modo algum possibilitam, em todos os casos, uma decisão livre de ponderação (...) Quando, mediante uma disposição de direito fundamental, se leva a cabo alguma determinação relacionada com as exigências de princípios contrapostos, se estatui com ela não apenas um princípio, mas também uma regra. Se a regra não é aplicável sem ponderação prévia, então, como regra, é incompleta. Na medida que é incompleta, a decisão jusfundamental pressupõe um recurso ao nível dos princípios, com todas as inseguranças que isto implica. Mas, isto não muda em nada o fato de que, na medida de seu alcance, as determinações devem ser levadas a sério. A exigência de levar a sério as determinações estabelecidas pelas disposições de direitos fundamentais (...) é uma parte do postulado da sujeição à Constituição (...) porque tanto as regras estatuídas pelas disposições constitucionais, como os princípios estatuídos por elas são normas constitucionais. Isto leva a questão da relação de hierarquia entre ambos os níveis. A resposta somente pode indicar que, do ponto de vista da sujeição à Constituição, existe uma prioridade do nível da regra. (...) Mas a sujeição à Constituição significa a sujeição a todas as decisões do legislador constitucional. Portanto, as determinações adotadas no nível das regras precedem as determinações alternativas, que, levando em conta os princípios, são igualmente possíveis”.*³³

Aplicando o modelo de ALEXY ao problema de como compatibilizar o direito de propriedade com o meio ambiente, temos que a aplicação das regras constitucionais de vedação do uso da terra a quem não respeita o meio ambiente e nem atende a função social da propriedade é o meio com que o legislador constituinte pretendeu harmonizar o conflito entre o direito de propriedade e o meio ambiente. Isso significa que, havendo um caso concreto de colisão, não pode, de modo geral, o magistrado, em sua atividade de aplicação do direito, impedir liminarmente o uso da terra, devendo

³³ *Teoría de los Derechos Fundamentales*, ob. cit, pág. 133-134, tradução livre;

se limitar a punir o responsável, se verificar o uso danoso ao meio ambiente, ou a exigir o atendimento da função social da propriedade. A incidência dessa regra, contudo, não é automática. Em todas as hipóteses, cabe ao intérprete proceder à necessária ponderação dos valores em jogo, a fim de verificar se a solução constitucional geral (responsabilização pelo dano ambiental e/ou exigência do atendimento da função social da propriedade, ambas efetuados *a posteriori*) não conduz, no caso concreto, à aniquilação do direito ameaçado de lesão. Se o magistrado constatar que há a possibilidade real dessa aniquilação ocorrer deverá, então, obstar o exercício do direito de propriedade,³⁴ a fim de preservar o bem jurídico de maior relevo e, indiretamente, o princípio orientador de toda a ordem jurídica, que é a dignidade da pessoa humana, esta consubstanciada no direito que todos têm à higidez ambiental, necessária à preservação da vida.

9 APLICAÇÃO DA TEORIA DE ALEXY E DO MÉTODO DE BALANCEAMENTO DOS VALORES À RESOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PROPRIEDADE E DO MEIO AMBIENTE

Excetuando-se quando vislumbrado em sua concepção histórica ou liberal, o fato é que os princípios do direito de propriedade e do meio ambiente são harmonizáveis. É que o direito de propriedade não se extingue em face da função social, nem tampouco em razão da proteção do meio ambiente. São situações perfeitamente harmônicas e conciliáveis desde que para tanto o proprietário exerça seu direito de propriedade dentro dos limites negativos e positivos permitidos.

A Carta Política assegurou o direito de propriedade, porém acrescentou que esse direito deverá atender a uma função social. Da leitura do art. 5º, incisos XXII e XXIII, depreende-se que ambos devam ser analisados conjuntamente. E mais adiante ratificou esta integração quando, em seu art. 170, preceituou como princípios gerais da atividade econômica a propriedade privada, a sua função social e a defesa do meio ambiente. Reconhece o direito de propriedade como sinônimo de direito de iniciativa econômica privada, desde que observada a função social e a defesa do meio ambiente.

³⁴ Esta posição, de resto, é de todo compatível com o poder de cautela conferido ao Judiciário pelo art. 5º, inciso XXXV da Constituição (*A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*).

A concepção do direito de propriedade privada previsto na atual Carta Magna vincula-se a um outro modelo, a um novo perfil totalmente dissociado do contexto da propriedade emergente do Estado liberal. A propriedade aqui não é mais vista como absoluta, egoísta e individual, eis que agora está comprometida com os fins do Estado Social. É um processo de construção cujo objetivo maior é otimizar o grau de democratização em seu acesso; é, agora, uma propriedade determinada em seu conteúdo para realizar o mandamento da proteção ao meio ambiente.

Segundo Antônio Hernam BENJAMIN, “*é forçoso reconhecer que ainda interpretamos o arcabouço infraconstitucional e compreendemos o fenômeno da interferência estatal em favor do ambiente com os olhos postos na Constituição de 1969 e nos textos que a antecederam. Vale dizer, não fomos capazes de proceder à releitura (=a atualização) do Direito do antigo regime, agora sob as premissas do modelo constitucional instaurado em 1988*”.³⁵

A Constituição, ao tratar da propriedade no art. 5º, XXII, condiciona o Código, depreendendo-se que esse diploma legal também deve observá-la, impondo ao exegeta a tarefa de ajuste, ou seja, compreender os preceitos do Código sob a perspectiva constitucional e não o contrário.

A tentativa de resolução, quando de eventual conflito entre os direitos fundamentais da propriedade e do meio ambiente, através da dicotomia: direitos superiores, direitos inferiores ou direito subjetivo público (meio ambiente) x direito subjetivo privado (propriedade), aos poucos vem sendo superada. Parte da doutrina tem se posicionado contrária a este recurso, sob o argumento de que não mais responde satisfatoriamente, e tal se dá por várias razões: primeiro, porque o princípio da interpretação mais amigável ao ambiente não goza de uma prevalência absoluta; segundo, porque é juridicamente incorreto dizer-se que o direito ao ambiente pese mais do que o direito de propriedade ou o direito de iniciativa econômica privada (direitos superiores x direitos inferiores), dado que a doutrina prefere métodos concretos de balanceamento de direitos e interesses; e terceiro, porque é metodicamente frágil a distinção entre direitos subjetivos públicos e subjetivos privados, pois na verdade se trata de colisão de direitos fundamentais - o direito ao ambiente e o direito de propriedade -, ambos de igual dignidade constitucional.

³⁵ *Apud* Vera Maria WEIGAND, *Reflexões sobre Direito e sustentabilidade em tempos de Globalização*. Artigo publicado na Revista Teia Jurídica, na Internet. Endereço: <http://www.teiajuridica.com/mz/sustdes.html>, pág. 10;

Vê-se, pois, que o esforço hermenêutico do jurista moderno volta-se para aplicação direta e efetiva dos valores e princípios ínsitos em nossa *Lex Mater*. Configura-se, assim, em obediência aos enunciados constitucionais, inevitável o abandono da disciplina civilista, que era voltada anteriormente para a tutela dos valores patrimoniais. A concepção hodierna já não mais admite a proteção da propriedade e da empresa apenas como bens em si, eis que tal proteção só será válida quando destinada a efetivar valores existenciais, realizadores da justiça social.

A limitação legal de um direito fundamental torna-se possível em função de que, se assim não fosse, o seu exercício pelo titular inviabilizaria o exercício de direito fundamental de outro titular (haveria, pois, colisão, conflito, choque de direitos fundamentais). A possibilidade de ponderação resta, pois, implícita e, de todo modo, fundamentada na própria Constituição.

In casu, deve-se proceder à concordância prática dos direitos colidentes, viabilizando o sacrifício mínimo de ambos os direitos de modo a eliminar (ou pelo menos amenizar) o estado de tensão mútua existente entre eles. Tal concordância prática, verdadeiro princípio de interpretação constitucional, no dizer de Konrad HESSE, consiste em que “*los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad. Allí donde se produzcan colisiones no se debe, através de uma precipitada ‘ponderación de bienes’ o incluso abstracta ‘ponderación de valores’, realizar el uno a costa del outro*”.³⁶ Pode-se dizer, portanto, que os bens jurídicos constitucionalmente assegurados devem ser coordenados de modo a que todos eles possam conservar sua identidade.³⁷

No processamento dessa concordância prática dos direitos fundamentais como mecanismo adequado à solução de tensões entre normas, deve o intérprete valer-se da chamada ‘ponderação de bens ou valores jurídicos fundamentais’ expressos em normas constitucionais. A questão da ponderação desses bens ou valores fundamentais não passou despercebida a Luís Roberto BARROSO, que assim se pronunciou sobre a mesma: “*Trata-se de uma linha de raciocínio que procura identificar o bem jurídico tutelado*

³⁶ *La Interpretación Constitucional, Escritos de Derecho Constitucional*. Traducción de Pedro Cruz Villalon. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pág. 45;

³⁷ Cf. Luís Roberto BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. Editora Saraiva, São Paulo, 1996, pág. 186;

*por cada uma delas, associá-lo a um determinado valor, isto é, ao princípio constitucional ao qual se reconduz, para, então, traçar o âmbito de incidência de cada norma, sempre tendo como referência máxima as decisões fundamentais do constituinte”.*³⁸

Nesse sentido, o *juízo de ponderação* a ser feito deve necessariamente obedecer os parâmetros constitucionais, que em linhas gerais sugerem que ao sacrifício de um direito fundamental deve corresponder a salvaguarda de outro direito fundamental, sob pena de inconstitucionalidade. Há que se compreender portanto a *conformação*, a implicação mútua de tais direitos no âmbito interno da própria Constituição.

A Carta Magna revela diversos pontos de tensão normativa, isto é, de proposições que consagram valores e bens jurídicos que se contrapõem e que devem ser harmonizados pelo intérprete. Em casos que tais, opção outra não restará ao exegeta que não utilizar a Teoria dos Princípios e a ponderação dos valores envolvidos para obter a solução mais justa à preservação dos direitos fundamentais envolvidos, pois, como nos ensinaram Hans-George GADAMER e Santo Tomás de AQUINO, “*ao jurista é imprescindível, muito mais que aplicar a lei ao caso concreto, saber interpretá-la de modo a alcançar o justo. Esta interpretação deve considerar, essencialmente, a causa do homem - visto como ser humano que vive em sociedade, que aspira ao Bem Comum. A lei deve existir para servir ao homem e não o homem à lei*”.³⁹

10 CONCLUSÕES

Sem uma mudança estrutural do conceito e das bases da propriedade, jamais haverá desenvolvimento e justiça social. A eficácia e a concretização da função social da propriedade passa pela reformulação material das estruturas do instituto da propriedade. É preciso a edificação de uma nova concepção da propriedade, de um nova tutela processual para esse direito, de mecanismos que possam representar a material, além da formal, democratização do acesso à propriedade.

³⁸ Ob. cit., pág. 185;

³⁹ Apud Rodrigo Andreotti MUSETTI, *A Hermenêutica Jurídica de Hans-George Gadamer e o Pensamento de Santo Tomás de Aquino*. Artigo publicado na Internet, na Revista *Apriori*. Endereço: http://www.apriori.com.br/artigos/arti_184.htm;

Se, por um lado, a Carta Magna assegurou o direito à propriedade, por outro tal direito não pode servir como um instrumento de marginalização da esmagadora maioria do povo brasileiro.

A propriedade, tal como constitucionalmente protegida, já não comporta mais, no Brasil, ser recepcionada pelo art. 524 do Código Civil, pois hoje já não se admite mais possa o proprietário usar, gozar e dispor com a amplitude que os termos exigem. O uso e o gozo da propriedade estão diretamente vinculados ao atendimento da função social. Não há mais um direito individual de propriedade, mas um direito socialmente coletivo. Enquanto o direito de propriedade não serve aos interesses da coletividade, promovendo-lhe o bem estar e concorrendo para o progresso econômico e social do seu titular, a propriedade já não pode mais permanecer nas mãos de quem não a trabalha, impondo-se a desapropriação por interesse social a fim de que, redistribuída, possa alcançar, pelo trabalho, a função social a que está fadada.

Muito embora a função social esteja expressamente prevista em nossa Lei Maior como elemento fundamental da propriedade e da Ordem Econômica, a sua concretização ainda não tem sido implementada. Ainda que não seja possível suprir a propriedade privada, até porque ainda constitui o melhor instrumento para produção de riqueza, faz-se mister à sociedade brasileira reconhecer a função social da propriedade como princípio essencial à própria existência da propriedade, bem como da Ordem Econômica, dado que a função social não constitui sacrifício algum à propriedade privada. Representa, sim, a garantia mais sólida de sua manutenção pacífica e harmoniosa.

A existência da propriedade privada define a Ordem Econômica em que vivemos. E essa Ordem Econômica, por expressa determinação do constituinte, deve ser fundada “na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” e ter por fim “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, entre outros, os princípios da função social da propriedade e da defesa do meio ambiente”.

Cumprir a função social significa, no mínimo, exercer o direito de propriedade, seja de áreas urbanas ou rurais, de forma a atender ao princípio de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois os princípios da função social da propriedade e da defesa do meio ambiente informam a ordem econômica orientada para assegurar a todos existência digna e conforme os ditames da justiça social.

Os preceitos inscritos no art. 225 da Carta Política traduzem a consagração constitucional, em nosso sistema de direito positivo, de uma das mais expressivas prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas. Essa prerrogativa consiste no reconhecimento de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todos os que compõem o grupo social.⁴⁰

O direito de propriedade não se extingue em face da função social e da proteção do meio ambiente. São situações harmonizáveis, desde que para tanto o proprietário exerça seu direito dentro dos limites negativos e positivos permitidos, tendo-se em vista a determinação legal incidente sobre o conteúdo.

Pelo fato de as normas que asseguram o direito de propriedade e meio ambiente possuírem índole principiológica, necessário é lançar-se mão da Teoria dos Princípios, bem como da distinção entre regras e princípios, para a solução de um eventual conflito de normas que envolvam tais direitos fundamentais, de igual dignidade constitucional.

Na hipótese de eventual conflito ou colisão entre direitos fundamentais, ou entre normas constitucionais, a solução mais plausível é no sentido de optar pelo método do balanceamento ou de ponderação, de sorte a sopesar os valores e interesses envolvidos em cada caso concreto. Como o direito de propriedade e o direito ao meio ambiente são dotados de mesma dignidade constitucional, um não pode prevalecer em relação ao outro, aprioristicamente, devendo o intérprete estar imbuído, quando da realização de qualquer operação hermenêutica, do sentido funcional de conformação do conteúdo do direito de propriedade ao meio ambiente.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Direito de Propriedade e Meio Ambiente*. Juruá Editora, Curitiba, 1999.

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

⁴⁰ Cf. Celso LAFER, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, Editora Companhia das Letras, São Paulo, 1988, pág. 131-132;

- _____. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Editora Gedisa, 199_.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil. Teoria Geral*. Vol I , Coimbra Editora, Coimbra, 1997.
- BAPTISTA, Joaquim de Almeida. *Limitação Administrativa, ou Restrição Administrativa: diferenças dos institutos jurídicos, para evidenciar a indenização das áreas afetadas*. Artigo publicado na Internet na Revista *Jus Navigandi*. Endereço: <http://www.jus.com.br/doutrina/limitad1.html>.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. Editora Saraiva, São Paulo, 1996.
- BENJAMIN, Antônio Herman. *Direito de Propriedade e Meio Ambiente*. Anais da XVI Conferência Nacional dos Advogados, 1996.
- BESSONE, Darcy. *A propriedade*, Revista Jurídica, a. IX, v. XXVIII, (83): 456-471, out/dez/1963.
- _____. *Direitos Reais*. 2ª Edição, Editora Saraiva, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5ª Edição, Editora UnB, Brasília, 1994.
- _____. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Editora Campus, Rio de Janeiro, 1992.
- _____. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait, 4ª Edição, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1997.
- _____. *Locke e o Direito Natural*. Trad. Sérgio Bath, 2ª Edição, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1998.
- BRITO, Carlos Ayres. *Direito de propriedade (o novo e sempre velho perfil constitucional da propriedade)*. Revista de Direito Público, a. 22, (91):44-51, jul./set./1989.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 1998.
- _____. *Direito Constitucional*. 6ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 1993.
- _____. *Meio Ambiente e Direito de Propriedade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

- _____. *Proteção do Meio Ambiente e Direito de Propriedade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- _____. *Proteção do ambiente e direito de propriedade; crítica de jurisprudência ambiental*. Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- CHUERI, Vera Karam de, *Filosofia do Direito e modernidade. Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direito*. JM Editora, Curitiba, 1995.
- DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, 1ª Edição, Editora Martins Fontes, São Paulo, 1986.
- DEL VECHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. 5ª Edição. Trad. Antônio José Brandão, Armênio Amado Editor, Coimbra, 1979.
- DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 1ª Edição, Editora Max Limonad, São Paulo, 1997.
- DIAKOV, V & KOVALEV, S. *História da Antiguidade*, Editorial Estampa, Lisboa, 1976.
- DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Editora Ariel, Barcelona, 1989.
- EHRlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*, Editora UNB, Brasília, 1986
- FARIAS, Edilson Pereira de. *A colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1996.
- FASSÓ, Guido. *História de la Filosofía del Derecho*. Vol 2. *La Edad Moderna*. Ediciones Piramide, Madrid, 1982.
- FERNANDES, Iara de Toledo. *A efetividade das normas constitucionais*. Artigo publicado na Internet.
- FERRAZ, Sérgio. *Meio Ambiente*. Revista de Direito Público, Vol 96, Ano 24, out/dez, pág. 201-205, RT, São Paulo, 1990.
- FERRAZ, Tércio Jr. *Função Social da Dogmática Jurídica*, RT, São Paulo, 1978.
- FONTOURA, Amaral. *Introdução à Sociologia*, 3ª Edição, Editora Globo, Porto Alegre, 1961.

- FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Função Social da Propriedade na Constituição Federal*. In Revista Jurídica *In Verbis* 1-1, Natal, UFRN/CCSA/ Curso de Direito, maio/junho de 1995, pág. 7/13.
- _____. *Questões sobre a Hierarquia entre as Normas Constitucionais na Constituição de 1988*, in Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Pernambuco. Vol. 2, nº 4, ESMAPE, Recife, abril/junho de 1997, pág. 467/495.
- FREITAS, Augusto Teixeira. *Consolidação das Leis Civis*. 3ª Edição, Livreiro Editor, Rio de Janeiro, 1896.
- FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito Administrativo e Meio Ambiente*. Juruá Editora, Curitiba, 1993.
- FRIEDE, Reis. *Questões de Direito Positivo*, 2ª Edição, Thex Editora, Rio de Janeiro, 1996.
- FURTADO, Miguel Pró de Oliveira. *Retrocessão e Direito de Propriedade*. Revista de Direito Público, Vol 95, Ano 23, jul/set., pág. 114/124, 1990.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, Editora Saraiva, São Paulo, 1989.
- GRAU, Eros Roberto. *Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. Editora RT, São Paulo, 1990.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*. In Revista de Processo. São Paulo: 4(14-15):25-44, abr./set. 1979.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *O Princípio Constitucional da Proporcionalidade*. In *Ensaio de Teoria Constitucional*. Editora da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 1989.
- _____. *Direitos Subjetivos, Direitos Humanos e Jurisprudência dos Interesses (Relacionados com o Pensamento Tardio de Rudolf von Jhering)*, in *Ihering e o Direito no Brasil (Seminário Nacional em Comemoração ao Centenário de seu Falecimento)*. Org. João Maurício Adeodato, Editora Universitária, Recife, 1996.
- HEGEL. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução de Orlando Vitorino, Guimarães Editores Lda., Lisboa, 1990.

- HESSE, Konrad. *La Interpretación Constitucional*, in *Escritos de Derecho Constitucional*. Tradución de Pedro Cruz Villalon. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pág. 31/54.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Coleção os Pensadores, 1ª Edição, T. XIV, Victor Civita, São Paulo, 1973.
- _____. *De Cive*, Editora Vozes, Petrópolis, 1993.
- KANT, Emmanuel. *Filosofia de la Historia*. Editora Nova Buenos Aires, Buenos Aires, 1964.
- _____. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Trad. Paulo Quintela. Edições 70, Lisboa, s.d.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Tradução de João Baptista Machado, 4ª Edição, Editora Martins Fontes, São Paulo, 1995.
- _____. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 4ª Edição, Armênio Amado Editor, Coimbra, 1976.
- _____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, Tradução de Luis Carlos Borges, 2ª Edição, Editora Martins Fontes, São Paulo, 1992.
- LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, Editora Companhia das Letras, São Paulo, 1988.
- LIMA VAZ, H. C. de. *Escritos de Filosofia I*, Editora Loyola, São Paulo, 1986.
- LÉVY, Jean Philippe. *História da propriedade*, Editorial Estampa, Lisboa, 1973.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. In *Direitos & Deveres*, nº 3: 91-108, 1998.
- LOCK, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. Coleção os Pensadores, 1ª Edição, T. XVIII, Victor Civita, São Paulo, 1973.
- _____. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa, “Clássicos do Pensamento Político”, Editora Vozes, Petrópolis, 1994.
- LUÑO, Antônio Enrique Perez LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 3ª Edición, Editora Tecnos, Madrid, 1990.

- MACHADO, J. Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Editora Almedina, Coimbra, 1991.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 5ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 1995.
- _____. *Estudos de Direito Ambiental*. Editora Malheiros, São Paulo, 1994.
- MAGALHÃES, Renato Vasconcelos. *A Filosofia do Direito em Kant*. Artigo publicado na Revista *Jus Navigandi*, na Internet.
- MANCUSO, R. *Interesses difusos: Conceito e Legitimação para Agir*. 2ª Edição, Editora RT, São Paulo, 1988.
- MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *Manifesto Comunista*, 8ª Edição, Editora Nova Stella, São Paulo, 1988.
- MARX, Karl. *A questão judaica*. 2ª Edição, Editora Moraes, São Paulo, 1991.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 8ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1996.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. 7ª Edição. Editora Malheiros, São Paulo, 1996.
- _____. *Tombamento e Indenização*, in *Revista dos Tribunais*, Volume 600, pág. 15/18.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*, 4ª Edição, Saraiva, São Paulo, 1991.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980.
- MIAILLE, Michel. *Uma Introdução Crítica ao Direito*. Trad. Ana Prata. Editora Moraes, Lisboa, 1979.
- MILARÉ, Édís. *Processo coletivo ambiental*, in *Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão* (Coordenação Antônio Herman V. Benjamin). Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993.
- MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Tomos I, V, VI, XI e XXII, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1954 e 1971.

- _____. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda 1/69*. 3ª Edição, Vol. 6, T. V, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1987.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo I, 5ª Edição, Forense, Rio de Janeiro, 1996.
- _____. *Democracia, Liberdade, Igualdade (Os Três Caminhos)*, 2ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1979.
- _____. *Tratado das Ações*, Tomo I, 2ª Edição, RT, São Paulo, 1972.
- MONDIN, Battista. *O homem, quem é ele? Elementos de antropologia filosófica*, Edições Paulinas, São Paulo, 1980.
- MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Coleção os Pensadores, 1ª Edição, T. XXI, Victor Civita, São Paulo, 1973.
- MOREIRA, Aroldo. *A propriedade sob diferentes conceitos*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1986.
- MUSETTI, Rodrigo Andreotti. *A hermenêutica jurídica de Hans-George Gadamer e o pensamento de Santo Tomás de Aquino*. Artigo publicado na Revista *A priori*, na Internet. Endereço: http://www.apriori.com.br/artigos/arti_184.htm .
- NEGRÃO, THEOTÔNIO. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, Editora Saraiva, São Paulo, 1995.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto*. 4ª Edição, Editora Forense Universitária, São Paulo, 1995.
- _____. *A ação civil pública*. Revista *Justitia*. São Paulo: 45 (120):79-88, jan./mar. 1983.
- _____. *O Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor*”, RePro 61(1991).
- NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. Editora Acadêmica, São Paulo, 1994.
- OLIVEIRA, Manfredo A. de. *A Filosofia na crise da modernidade*. Editora Loyola, São Paulo, 1992, pág.19;
- PASCAL, Georges. *O Pensamento de KANT*. 3ª Edição, Editora Vozes, Petrópolis, 1977.

- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1997.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6ª Edição, Trad. L. Cabral de Moncada, Armênio Amado Editor, Coimbra, 1979.
- _____. *Filosofia do Direito*. Trad. Cabral de Moncada. Armênio Amado Editor, Vol I, Coimbra, 1961.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 22ª Edição, Saraiva, São Paulo, 1995.
- _____. *Filosofia do Direito*. 17ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1996.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 22ª Edição, Vol 5, Editora Saraiva, São Paulo, 1995.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra E. M. & Januário C. Gomes, Livraria Almedina, Coimbra, 1988.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. Trad. Antônio de Pádua Danesi. Editora Martins Fontes, São Paulo, 1998.
- _____. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. Iracema, Gomes Soares e Maria Cristina Roveri Nagle, Editora Ática-UnB, São Paulo-Brasília, 1989.
- SÁ DA ROCHA, Júlio César de. *Direito Ambiental e meio ambiente do trabalho: papel dos sindicatos na defesa da saúde dos trabalhadores*. Artigo publicado na Internet. Endereço: <http://www.sindicato.com.br/meioambi.htm>.
- SAMPAIO, Francisco José Marques. *Meio ambiente no direito brasileiro atual*. Juruá Editora, Curitiba, 1993.
- SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Artigo publicado na Internet, na Revista *A priori*.
- SARAIVA, Paulo Lopo. *A Constituição deles não é a nossa*. Editora da Cooperativa Cultural, Natal, 1993.
- SEGADO, Francisco Fernandez. *Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, 31 nº 12.

- SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Ambiental*. 4ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 1995.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 1991.
- _____. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 1995.
- SOUZA, Paulo Roberto Pereira de Souza. *O Direito Brasileiro, a prevenção de passivo ambiental e seus efeitos no Mercosul*. Artigo publicado na Internet, na Revista Teia Jurídica. Endereço: <http://www.teiajuridica.com/m/meiambie.htm>.
- TAVARES, Ademário Andrade Tavares. *A indenização na limitação administrativa (em matéria ambiental) e o novo conceito de desapropriação indireta*. Artigo publicado na Internet na Revista *Jus Navigandi*. Endereço: <http://www.jus.com.br/doutrina/limitadm.html>.
- TEPEDINO, Gustavo. *Contornos Constitucionais da Propriedade Privada*. Revista de Direito Comparado, Vol 2, nº 2, mar. 1998, pág. 239-257, Belo Horizonte, 1998.
- TEPEDINO, Maria Celina. *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*. Revista de Direito Civil Vol 65, Ano 17, jul/set., pág. 21-32, 1993.
- VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*. 2ª Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1993.
- VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. Editora Atlas, São Paulo, 1977.
- WEIGAND, Vera Maria. *Reflexões sobre Direito e sustentabilidade em tempos de Globalização*. Artigo publicado na Revista Teia Jurídica, na Internet. Endereço: <http://www.teiajuridica.com/mz/sustdes.html>.
- WIEACKER, F. *História do Direito Privado Moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Editora Caloute Gulbenkian, Lisboa, 1980.

EFEITOS GERAIS DOS RECURSOS E JULGAMENTO DOS PLEITOS RECURSAIS

Flávia Romero Campos

Diretora de Secretaria da 8ª Vara – CE

SUMÁRIO: 1.1 - Análise dos efeitos da interposição recursal: (A) Profundidade e extensão do efeito devolutivo. (B) Limites do efeito suspensivo. (C) Outros efeitos recursais relevantes. 1.2 - Conteúdos do juízo preliminar recursal. 1.3 - Apreciação do mérito do recurso. Bibliografia.

1.1 ANÁLISE DOS EFEITOS DA INTERPOSIÇÃO RECURSAL

A doutrina processual averba que a interposição do recurso produz dois efeitos essenciais, que são certamente os mais característicos: (a) o efeito devolutivo e (b) o efeito suspensivo, *mas há outros efeitos igualmente relevantes que decorrem do exercício recursal*, embora, de certo modo, se possa dizer que estes outros efeitos estão implícitos naqueles primeiros.

(A) *Profundidade e extensão do efeito devolutivo* - O efeito geral e comum a todos os recursos é o de *devolver* à apreciação e decisão do órgão judicial recursal (*geralmente de hierarquia superior*) o conhecimento da matéria impugnada.

Essa devolução, opera-se nos limites da respectiva impugnação (*salvo as matérias de ordem pública não preclusas*), ou seja, a matéria decidida no provimento anterior, *mas que não tiver sido impugnada recursalmente*, fica, em regra, excluída de apreciação, quando o recurso interposto pela parte percuete somente *outras matérias da decisão recorrida*.

A impugnação recursal remete diretamente ao tema da *fundamentação do recurso*, que deve ser *suficiente à clara percepção da controvérsia*, sob a pena de não conhecimento da impetração; a propósito do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial há súmula do STF em que essa sanção é preconizada (Súmula 284), referindo o Professor NELSON LUIZ PINTO que a cogitada exigência da fundamentação suficiente *se aplica a qualquer tipo de recurso* (Recurso Especial para o STJ, Malheiros, 1996, p. 184).

O Professor JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA assim anota a sua lição sobre o efeito recursal devolutivo:

“Todos os recursos admissíveis produzem um efeito constante e comum, que é o de obstar, uma vez interpostos, ao trânsito em julgado da decisão impugnada (cf. art. 467 do CPC).” (Comentários ao CPC, Forense, 1998, vol. 5, p. 254).

Cabe registrar que o efeito recursal devolutivo pode, em alguns casos, como o de Embargos de Declaração, por exemplo, operara-se para o próprio órgão prolator da decisão impugnada, *mas essa situação é de todo rara e excepcional, pois a devolutividade se dá, propriamente, em favor do órgão jurisdicional hierarquicamente superior.*

A devolutividade não é *um efeito acidental* nos recursos, mas sim uma nova e outra manifestação do *princípio dispositivo* (arts. 128 e 460 do CPC), que enquadra (e também limita) a decisão do órgão julgador aos termos da postulação recursal formulada, tal qual se dá com a petição inicial da ação, que fixa os seus limites objetivos.

Entretanto, advirta-se que há aqui uma notável singularidade, que merece realce: *enquanto na promoção da ação se admite, em alguns casos a formulação de pedido genérico (art. 286, I, II e III do CPC), na postulação recursal não se admite, daí porque o recorrente deve apresentar as suas razões exaustivamente, eis que é por elas (e somente por elas) que se define a amplitude da devolutividade recursal*, entendendo-se como interdita ao conhecimento da instância *ad quem* a matéria de mérito não impugnada (art. 505 do CPC).

A compreensão desses limites tem uma conseqüência de máximo relevo, porquanto se fosse admissível o *recurso genérico*, algo à maneira do *jura novit curia*, poder-se-ia julgá-lo em adversidade ao próprio recorrente,

assim se reintroduzindo no sistema o banido preceito da *reformatio in pejus*, cuja exclusão protege a parte da subtração de direitos que tenha obtido no julgamento anterior.

Na visão do eminente doutrinador VICENTE GRECO FILHO, a adstrição da cognição recursal aos termos do pedido é uma conseqüência do princípio “*tantum devolutum quantum appellatum*”, mas igualmente matricia est’outro princípio igualmente relevante, qual seja a proibição da “*reformatio in pejus*”, ministrando esta lição:

“O art. 515, combinado com o art. 505, (do CPC) expressamente consagra o princípio do ‘*tantum devolutum quantum appellatum*’, ou seja, o Tribunal fica objetivamente limitado à vontade do apelante em impugnar a sentença. Naquilo em que a parte não manifestar o desejo de reforma, não incide a manifestação do Tribunal, aliás, como uma decorrência do princípio dispositivo da ação. Da mesma maneira que o pedido do autor limita objetivamente a sentença, assim o pedido formulado em apelação limita a decisão do Tribunal. É proibida, assim, a *reformatio in pejus*.” (Direito Processual Civil Brasileiro, Saraiva, 1997, vol. 2, p. 294).

Pode ser acrescentado que, na fase recursal, não há a atuação da parêmia romanística *da mihi facta et tibi dabo jus*, que existia na vetusta *appellatio* romana e que significava, realmente, um *novum iudicium* (nova decisão) da causa ou uma *prioris instantiae revisio* (revisão da instância anterior), sem uma barreira formal ou objetiva à largueza e amplitude da correspondente cognição.

Por conseguinte, a *dimensão da extensão* do efeito devolutivo é dada pelos termos da interposição, podendo o recorrente, quanto a essa medida, impugnar a totalidade da decisão (extensão máxima) ou apenas parte dela (extensão parcial); por outro lado, a *dimensão da profundidade* do efeito devolutivo pertine, em primeiro lugar, ao exame das questões que comportam apreciação *de ofício* e em segundo lugar, as que, não sendo apreciáveis de ofício, foram agitadas no juízo anterior, mas não foram decididas.

A *profundidade do efeito devolutivo* põe em causa a questão dos fundamentos da decisão impugnada e a de se definir se o órgão julgador recursal, tomando conhecimento do recurso, poderá lhe dar provimento *apenas para modificar os seus fundamentos ou se, pelo contrário, os fundamentos*

decisórios não poderão ser revistos, pois de qualquer modo a decisão (dispositivo) será e permanecerá a mesma.

Imagine-se uma situação em que o pedido da parte autora invoca dois fundamentos (I e II e o Juiz o acolhe pelo fundamento I, rejeitando o fundamento II ou apenas silenciando quanto a ele; a parte vencida poderá pedir ao Tribunal *a improcedência do pedido (provimento do seu recurso) para a rejeição do pleito por ambos os fundamentos, mas o órgão judicial recursal poderá: (a) confirmar a decisão, apenas mudando-lhe o fundamento (de I para II), (b) confirmar a decisão pelo fundamento I (já acolhido pelo Juiz) ou (c) reformar a decisão, rejeitando o pedido por um ou por ambos os fundamentos.*

Outra situação: na defesa, o réu alegou *não ser devedor da prestação reclamada pelo autor e, ainda que fosse, a mesma estaria prescrita*; o Juiz julgou a ação procedente, rejeitando (ou não examinando) a alegação de prescrição. Poderá o réu, nesse caso, recorrer *por ambos os fundamentos (I e II) e o Tribunal dar provimento ao seu apelo pelo fundamento da inexistência da obrigação (I) ou pelo fundamento da prescrição (II).*

Se, porém, nesse mesmo exemplo, o Juiz rejeitar o pedido por ambos os fundamentos, a parte recorrente (vencida) deverá pedir a reforma da decisão por ambos os fundamentos e o Tribunal, conhecendo do pedido, poderá provê-lo por qualquer deles ou por ambos.

A mais importante consequência do efeito devolutivo dos recursos é *protrair no tempo ou diferir cronologicamente o momento do trânsito em julgado da decisão recorrida* (impedir a formação da coisa julgada), impondo que a renovação da mesma ação, por exemplo, possa ser redarguída com a alegação de *litispendência* e não com a de *coisa julgada*, cujos conteúdos são processualmente distintos (art. 301, parág. 3o. do CPC) e produtores de efeitos também diferentes.

Entretanto, a atividade cognitiva do órgão recursal *não fica impedida de examinar e decidir as matérias de ordem pública pertinentes ao recurso, haja ou não sobre elas pedido de qualquer das partes.*

(B) *Limites do efeito suspensivo* - O efeito suspensivo é atributo de alguns recursos e tem a função primaz de *adiar* a eficácia da decisão recorrida de *produzir os resultados jurídicos que lhe são próprios.*

Não será exato dizer-se que seja o *efeito recursal suspensivo* o que impede o trânsito em julgado da decisão (esse efeito pertine à devolutividade),

mas sim que obstaculiza a produção de seus resultados, *prolongando (até o julgamento do recurso) a condição de inexecução que a decisão recorrível geralmente contém, desde o momento em que é publicada.*

Explica-se: desde que recorrível a decisão e sendo o recurso cabível dotado de efeito suspensivo (regra geral), a sua eficácia (da decisão) fica sustada desde o momento em que se dá a publicação, ou seja, *a decisão recorrível tem a sua eficácia suspensa durante o prazo legal da interposição do recurso, quando ainda não se sabe se este será (ou não) efetivamente interposto.*

Destarte, o mais exato é dizer-se que a suspensão da execução da decisão resulta *da recorribilidade* da decisão e não, a rigor, *do recurso*, eis que aquele fenômeno suspensivo ocorre antes do exercício do direito de recorrer, ou seja, durante o próprio prazo destinado à sua implementação.

Se assim não fosse, uma vez dada a decisão, poder-se-ia executá-la imediatamente, *antes do prazo recursal*, pois, em tal caso, *só haveria a suspensão da sua eficácia, se também houvesse a interposição de recurso, eis que nele (no recurso) é que residiria a suspensividade*, segundo esse raciocínio que tem, aliás, fortes apoios doutrinários.

O magistério do Professor JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA é, mais uma vez, preciso e certo:

“Aliás, a expressão ‘efeito suspensivo’ é, de certo modo, equívoca, porque se presta a fazer supor que só com a interposição do recurso passem a ficar tolhidos os efeitos da decisão, como se até esse momento estivessem eles a manifestar-se normalmente. Na realidade, o contrário é que se verifica: mesmo antes de interposto o recurso, a decisão, pelo simples fato de estar-lhe sujeita, é ato ainda ineficaz e a interposição apenas prolonga semelhante ineficácia, que cessaria, se não se interpusesse o recurso.” (op. cit., p. 255).

Por conseguinte, será mais correto dizer-se que a decisão recorrível *traz em si mesma a nota da sua própria suspensividade ou uma real condição suspensiva*, que só se extingue com a fluência *in albis* do prazo recursal ou com o julgamento final do recurso contra ela interposto, quando confirmatório do seu conteúdo.

Claro está que, se o recurso interponível *não tiver efeito suspensivo*, a decisão poderá ser de logo executada provisoriamente (art. 587 do CPC),

pois, nesse caso, *a decisão não apresenta a preferalada nota de suspensividade*, ou seja, a recorribilidade, em tal hipótese, não agrega à decisão a suspensão da sua executividade *e nem a interposição do recurso produz esse efeito suspensivo*.

No que pertine especificamente à execução imediata das decisões de feito interlocutório, sujeitas a impugnação por via de agravo (*desprovidos de efeito suspensivo, salvo se outorgado pelo relator, art. 558 do CPC*), diga-se que, pela regra geral, são elas prontamente exequíveis, exceto quando veicularem a antecipação da tutela (art. 273 do CPC), hipótese em que terão, *sempre*, execução provisória (art. 273, parág. 3o.).

Em outras palavras, as decisões interlocutórias (*intra-processuais*) são executadas de logo, já que não possuem a suspensividade intrínseca, própria das decisões de mérito, e o recurso contra elas interponível (agravo) é desprovido de suspensividade (art. 497 do CPC), ressalvado o disposto no art. 558 do CPC (efeito suspensivo que o relator do agravo pode atribuir a essa espécie recursal).

(C) *Outros efeitos recursais relevantes* - A prática da dinâmica recursal acarreta, ademais, alguns outros efeitos próprios das medidas impugnativas, que podem (ou não) estar presentes em todas as espécies, de forma cumulativa, quais sejam:

(i) o *efeito expansivo*, quando o órgão julgador do recurso profere decisão que vai além do seu mérito estrito, tal como deduzido pela parte, como ocorre quando aprecia, por exemplo, questões prévias, sejam prejudiciais ou sejam preliminares, não cogitadas na decisão, pois, nesses casos, a consequência é a de que *toda a atividade decisória anterior fica eivada de nulidade*, devendo o provimento do órgão recursal extinguir o processo sem exame *quanto ao seu eventual merecimento* (art. 267, V do CPC);

(ii) o *efeito translativo*, ocorrente quando o órgão recursal decide *questões de ordem pública a cujo respeito não se opera a preclusão* (arts. 267, parág. 3o. e 301, parág. 4o. do CPC), sem que, com isso, incida em julgamento exorbitante (arts. 515, parágs. 1o. e 2o. e 516 do CPC), devendo ser entendido, nessas hipóteses, que a parte recorrida *poderá fazer pedido recursal autônomo ao Tribunal, mas sem a necessidade de formular recurso em separado*;

(iii) o *efeito substitutivo*, manifestado quando o órgão recursal admite o recurso (juízo de admissibilidade positivo) e lhe examina o mérito, dando-

lhe ou negando-lhe provimento, *seja o fundamento error in iudicando, seja error in procedendo*; em qualquer caso, mesmo no caso de improvimento do recurso, com a confirmação da decisão impugnada, haverá a *substituição da decisão recorrida*, passando a decisão superveniente, dada pelo órgão recursal, a ser a referência da solução da questão; e

(iv) o *efeito anulatório*, que emerge quando o órgão recursal, igualmente tomando conhecimento do recurso, não lhe examina o conteúdo de mérito, pelo que não emite, como é evidente, decisão substitutiva da impugnada, *mas anula-a, por razão de ordem processual, devolvendo o feito ao órgão de origem para o proferimento de outra decisão*.

1.2 CONTEÚDOS DO JUÍZO PRELIMINAR RECURSAL

Ao juízo preliminar recursal pertence o exame obrigatório, pelo órgão julgador, dos aspectos que dizem respeito aos pressupostos gerais (objetivos e subjetivos) do recurso, ou seja, *à verificação da presença concomitante de todos os requisitos legais que são condicionantes da interposição recursal*.

O Professor ARAKEN DE ASSIS fixa bem o relevo do *exame de admissibilidade* dos recursos, dizendo o seguinte:

“Antes de apreciar o conteúdo do recurso, se afigura imperioso examinar uma série de requisitos, impostos à possibilidade de impugnar o ato decisório, que compõem o chamado juízo de admissibilidade. Quando admissível o recurso, mercê do cumprimento desses requisitos, se diz que ele é conhecido; inadmissível, ele é não-conhecido. Naquela hipótese, porém, nada assegura que ele seja efetivamente provido, porque o acolhimento ou não das alegações do recorrente constitui etapa ulterior, designada de juízo de mérito, completamente diversa; por isso, ela não coincide com o juízo positivo quanto à primeira.” (Condições de Admissibilidade dos Recursos Cíveis, in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis, RT, 1999, pp. 12/13).

Não há, logicamente, no momento desse exame preliminar, *nenhuma preocupação quanto aos conteúdos possibilísticos de manutenção ou de*

reforma da decisão impugnada, ou seja, se o pedido da parte recorrente será aceito (ou não).

Tão alheia é a fase do juízo de admissibilidade ao conteúdo de mérito do recurso, que é possível afirmar que ainda que se verifique ser *o mérito do pedido recursal plenamente acolhível pelo órgão julgador* (por completamente afinado com a sua jurisprudência uniforme ou com sua súmula, por exemplo), *não poderá haver a sua cognição, se não for efetivamente superado o obstáculo que se antepuser à sua admissão.*

Obviamente, por ser *juízo preliminar* (no sentido de que *é prévio*, no tempo, ao exame da questão meritória recursal) esse exame *antecede* ao do mérito do recurso e, somente após vencida essa fase, é que o órgão a que compete o julgamento da inconformação se acha em condições de empreender a análise que visa à formação do *juízo de mérito*, ou seja, em outras palavras, a procedência ou a improcedência do respectivo pedido ou, na linguagem processual corrente, o *provimento* ou *improvimento* do recurso interposto.

Pode-se dizer que há, quanto ao exame preliminar do pleito da parte recorrente, *uma exata e perfeita correlação ou paralelismo* entre os pressupostos recursais gerais, que são pertinentes à admissibilidade dos recursos, e as chamadas *preliminares da cognição* do pedido inicial de qualquer ação judicial.

Do mesmo modo que a eventual ausência de alguma ou de qualquer das condições da ação (art. 267, VI do CPC) ou de algum ou de qualquer dos pressupostos processuais (art. 267, IV do CPC), *obstacula invencivelmente* a atividade cognitiva do Juiz, no que pertine ao mérito da causa ou do pedido, *se não se superar o juízo de admissibilidade do recurso também se impede invencivelmente o conhecimento do seu mérito.*

Esse *paralelo* serve, ainda, para aproximar a noção de que *o direito de recorrer é uma extensão ou prolongamento do direito de ação*, como ensina o Professor NELSON LUIZ PINTO (Manual dos Recursos Cíveis, Malheiros, 1999, p. 44), devendo-se entender que os pressupostos recursais, do mesmo modo que os da ação, *não estão acessíveis à atividade modificadora ou de dispensa por parte do Juiz*, pois repercutem diretamente sobre o plexo de direitos subjetivos da parte adversa.

No caso do exame da presença dos *pressupostos dos recursos*, o rigor judicial deve ser mesmo ainda mais preciso e definido, pois se reflete sobre uma situação que já se constituiu judicialmente *em favor de uma das partes*,

enquanto no pedido inicial da ação pode haver uma *absoluta incerteza* quanto ao seu resultado.

A eminente Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER leciona nesse mesmo sentido, como se vê nesta passagem de uma das suas mais festejadas obras:

“Dada a natureza do direito de recorrer, pode-se estabelecer um paralelo entre as condições da ação e as condições dos recursos. Assim como para o exercício do direito de ação é necessário o atendimento de condições, sem as quais não se pode exigir o provimento jurisdicional, também para o exame do mérito do recurso é preciso que se cumpram as condições de exercício do direito recursal. O recurso, é certo, não instaura nova relação processual, tratando-se apenas de outra fase da mesma relação aberta com a demanda. Mas o direito à fase impugnativa, como desdobramento do próprio direito de ação, também se sujeita a condições de admissibilidade. Trata-se das mesmas condições exigidas para o exercício do direito de ação. Quais sejam: a) a possibilidade jurídica, entendida como previsão, pelo sistema, do recurso utilizado; b) o interesse em recorrer, visto como necessidade (ou utilidade) e mais adequação; c) a legitimação ao recurso.” (Recursos no Processo Penal, RT, 1996, p. 73).

Entretanto, inobstante a *inescondível correlação ou paralelismo* entre os pressupostos da ação e os pressupostos recursais, deve-se ser enfatizado que eles *não são os mesmos*, pois, pelo menos em princípio, o pedido inicial da ação não estará condicionado a nenhum elemento que lhe seja anterior, *enquanto o pleito recursal está adstrito ao conteúdo da decisão que se pretende impugnar, quer se postule a sua anulação, a sua reforma, o seu esclarecimento ou a sua integração.*

Por conseguinte, *o pedido recursal está limitado ou circunscrito ao vício ou defeito que serve de fundamento ao pleito de sua reforma, anulação, esclarecimento ou integração pelo órgão competente para esse reexame.*

Também se deve destacar que, em não poucos casos, a interposição do recurso tem o seu âmbito previamente gizado quer pela própria Constituição, quer pela Lei Processual, de forma que o *princípio dispositivo, na fase recursal, deverá ser entendido de forma mais ou menos mitigada.*

Assim ocorre, por exemplo, na seara dos Embargos Infringentes (art. 530 do CPC), em que o pedido recursal não vai (e nem pode ir) além do *voto divergente*, o que significa dizer que *a parte unânime da decisão (acórdão do Tribunal) está totalmente a salvo da mirada desse tipo recursal, não podendo ser admitida (e muito menos vir a ser conhecida) a sua impugnação, por essa via.*

Outros exemplos da prévia delimitação ou da pré-definição do âmbito recursal inviolável se acham nos Embargos de Declaração (art. 535 do CPC), no Recurso Extraordinário (art. 102, III da Constituição) e no Recurso Especial (art. 105, II da Constituição), representando casos em que *a amplitude do direito de recorrer se acha estritamente vinculada pelo conteúdo da própria decisão objeto da impugnação.*

Por último, se deverá aludir às situações recursais típicas, sempre de relevante singularidade, quais sejam aquelas em que os *pressupostos recursais estão inseridos e de tal forma agregados ao mérito do recurso, que a sua distinção se torna, muitas vezes, tarefa árdua*: são apontáveis nessas situações os pedidos recursais fundados no art. 102, III, “a” da Constituição (Recurso Extraordinário sob alegação de ofensa à Constituição), no art. 105, III, “a” da Constituição (Recurso Especial baseado em contrariedade a tratado ou lei federal ou negativa de sua vigência) e também no art. 335 do CPC (Embargos de Declaração).

Particularmente quanto aos *recursos raros*, veja-se quão delicada é a decisão dos Presidentes e Vice-Presidentes dos Tribunais onde se originam o Recurso Extraordinário e o Recurso Especial, ao apreciarem, *mas sem invadir o mérito do pedido recursal, que pertence às Cortes Superiores*, a ocorrência de infração à Carta Magna ou a dispositivo de Lei Federal.

Poder-se-ia alvitrar, *mas sem que esse caminho seja um caminho sem percalços*, que a apreciação da admissibilidade dos pedidos de recursos raros (Extraordinário e Especial), pelos Presidentes e Vice-Presidentes dos Tribunais, siga, em linhas gerais, aquele *juízo de plausibilidade* próprio das tutelas cautelares ou das medidas mandamentais liminares, *evitando-se, contudo, afirmar que as decisões presidenciais ou vice-presidenciais em tais pleitos recursais se assemelhem a provimentos provisórios.*

Porém, sem essa diretriz, talvez restem aos Presidentes e Vice-Presidentes das Cortes de Justiça apenas duas alternativas igualmente desconfortáveis: (a) admitir largamente todos os pedidos de recursos raros, desde que tempestivos e preparados, para não emitir juízos meritórios sobre

eles, ou (b) apreciar o fundamento desses pleitos recursais, prolatando decisões positivas ou negativas *em razão do seu mérito*.

A segunda alternativa importará em, de certo modo, absorver parte da função do Tribunal Superior a que pertencer o exame final do pedido recursal (STF ou STJ, conforme se trate de Recurso Extraordinário ou Especial), *embora a decisão local (positiva ou negativa) não vincule o órgão judicial superior*.

Entretanto, *mesmo que se adote essa orientação que aproxima as decisões presidenciais e vice-presidenciais dos juízos de plausibilidade*, com a ressalva já anotada, nas apreciações dos pedidos de recursos raros, esses provimentos talvez pudessem se cingir aos aspectos pertinentes tão somente à existência do recurso, à tempestividade da sua interposição, à adequação da formulação e à lesividade intra-sistemática do acórdão recorrido.

Vê-se, dest'arte, que o Presidente ou o Vice-Presidente do Tribunal *não emite juízo de mérito a respeito da impetração recursal e nem vai além da verificação das condições objetivas de sua procedibilidade*.

Torna-se possível apresentar uma *crítica* a essa proposição e que consiste em verificar que a função do Presidente e do Vice-Presidente do Tribunal, ao despachar os pedidos de recursos raros, tende a se converter em atividade meramente burocrática, desprovida de relevância jurisdicional, sendo até mesmo o caso de suprimi-la, *tornando a remessa dos pleitos recursais extraordinários e especiais automática*, desde que tempestivos e pagas as custas.

1.3 APRECIÇÃO DO MÉRITO DO RECURSO

Somente após vencida a fase da admissibilidade do recurso, ou seja, *verificada a presença simultânea de todas as exigências para a cognição do pedido recursal*, é que o órgão jurisdicional a que é dirigido habilita-se ao exame do seu mérito, isto é, à apreciação do conteúdo substantivo do pedido, devendo emitir um julgamento quanto a esse mesmo conteúdo, seja de natureza positiva (confirmação), seja de natureza negativa (reforma) ou seja de natureza anulatória da decisão impugnada.

Por conseguinte, o resultado do julgamento de mérito desenvolvido na instância recursal se encaminha, lógica e necessariamente, para uma dessas duas soluções alternativas:

(a) *Primeira solução* - o recurso é *provido*, isto é, as razões apresentadas pela parte recorrente são *aceitas* pelo órgão julgador recursal e, em consequência, a decisão recursalmente impugnada é *reformada, anulada, esclarecida ou integrada*, conforme os termos da respectiva postulação, a que está adstrito o julgamento;

(b) *Segunda solução* - o recurso é *improvido*, isto é, são inaceitas pelo órgão julgador *ad quem* as razões recursais apresentadas pela parte recorrente e, nesse caso, se confirma a decisão impugnada, quer pelos seus próprios fundamentos, o que geralmente acontece, quer por outro ou outros, em atenção às peculiaridades de cada caso.

Por exemplo: ao julgar o recurso da parte que alega já ter desempenhado o cumprimento da obrigação, o órgão recursal poderá reconhecer a ocorrência da sua prescrição, *tornando desimportante, no caso, saber se houve (ou não) o invocado pagamento*; por igual, motivo de ordem pública também poderá motivar o julgamento recursal, não sendo relevante, nessa hipótese, se houve (ou não) alegação de qualquer das partes nesse sentido.

Ressalte-se que, em qualquer das duas hipóteses (provimento ou improvimento do recurso), *ocorre a emissão de nova decisão, com a respectiva apreciação de mérito e a conseqüente substituição da decisão recorrida pela decisão dada no julgamento do recurso*, qualquer que seja o seu conteúdo, passando essa outra ou nova decisão a ser a reguladora objetiva da questão submetida à apreciação judicial.

Assim, em caso de futura ação de rescisão do julgado, por exemplo, o alvo deverá ser o acórdão (julgamento do segundo grau) *e não a decisão primitiva*, eis que esse novo pronunciamento (o acórdão) substituiu integralmente aquela (a decisão originária que fora objeto de impugnação); logicamente, qualquer outro meio impugnativo da decisão deverá alvejar esse novo *decisum*, eis que o anterior acha-se *in totum* por este substituído.

Por conseguinte, quando se dá o *provimento do recurso*, o julgamento do órgão recursal é calcado na demonstração do desacerto da decisão recorrida, *dando-se a emissão de outra decisão*, substitutiva ou anulatória, esclarecedora ou integrativa da decisão anterior, que fora objeto da impugnação.

De igual modo, quando o resultado do julgamento recursal é o *improvemento do recurso*, dá-se a confirmação da decisão recorrida, geralmente pelos mesmos fundamentos que serviram de suporte ao entendimento judicial anterior.

Mas, mesmo nesse caso, a confirmação da decisão recorrida *também poderá ser dar por outras razões, ou seja, por motivação ou fundamentação diversa da adotada no juízo originário.*

Provimento parcial do pedido recursal - Porém, as razões apresentadas pela parte recursante *podem ser aceitas apenas em parte*, dando margem, ao provimento (ou aceitação) *apenas parcial do pedido do recorrente*, dizendo-se, nesse caso, que o recurso foi *acolhido parcialmente*.

Na hipótese de *acolhimento parcial do recurso*, o fenômeno da substituição da decisão ficará restrito à parte da decisão que foi modificada, permanecendo aquela que não foi alterada, com a mesma configuração anterior, e com a eficácia que lhe era (e continua sendo) pertinente.

BIBLIOGRAFIA

- ASSIS, Araken de, *Condições de Admissibilidade dos Recursos Cíveis*, in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis, RT, 1999.
- GRECO FILHO, Vicente, *Direito Processual Civil Brasileiro*, Saraiva, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, *Recursos no Processo Penal*, RT, 1996.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Comentários ao CPC*, Forense, 1998.
- PINTO, Nelson Luiz, *Manual dos Recursos Cíveis*, Malheiros, 1999.
- PINTO, Nelson Luiz, *Recurso Especial para o STJ*, Malheiros, 1996.

A EFETIVIDADE DO PROCESSO, O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA

Conciliação dos Princípios nas Ações Cautelares

Bruna Maria Jacques Freire de Albuquerque

Advogada e Professora Universitária

SUMÁRIO: 1 - Introdução. 2 - O acesso à Justiça. A efetividade como instrumento básico para a plenitude do acesso à Justiça. 3 - Os instrumentos do processo civil brasileiro assecuratórios da efetividade. 4 - O devido processo legal como fonte geradora do contraditório e da ampla defesa. 5 - O princípio do contraditório. Destinação. O contraditório, as partes e o Juiz. 6 - A ampla defesa. Conceito. Características. Limites. 7 - Processo Cautelar, suas peculiaridades e os princípios da ampla defesa, do contraditório e efetividade. 8 - Arresto. 9 - Sequestro. 10 - Caução. 11 - Busca e apreensão. 12 - Ação de Exibição. 13 - Produção Antecipada de Provas. 14 - Alimentos Provisionais. 15 - Arrolamento de Bens. 16 - Justificação. 17 - Protestos, Notificações e Interpelações. 18 - Homologação de penhora legal. 19 - Posse em nome do nascituro. 20 - Atentado. 21 - Protesto e apreensão de títulos. 22 - Outras medidas provisionais. 23 - Técnicas conciliatórias dos três princípios. 24 - Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

O Estado, hodiernamente, concentra em si a competência para a solução de conflitos. Como leciona HUMBERTO THEODORO JUNIOR:

“O Estado moderno, então, assumiu para si o encargo e o monopólio de definir o direito concretamente aplicável diante das situações litigiosas,

bem como o de realizar esse mesmo direito, se a parte recalcitrante recusar-se a cumprir espontaneamente o comando concreto da lei.”¹

Poucas são as situações excepcionais, nas quais o ordenamento jurídico brasileiro tolera a solução de litígios, ou a defesa de direitos que não o sejam através do aparelho jurisdicional, que, de qualquer modo, poderá ser convocado para examinar as soluções encontradas, mesmo nesses casos excepcionais. Tal se dá em função da previsão da inafastabilidade da tutela jurisdicional, inserida dentre os direitos e garantias fundamentais do art. 5 da CF/88 (XXXV- A lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão, ou ameaça a direito).

Essa concentração de atribuições em um Poder do Estado, relativamente desaparelhado, com quantitativo de juízes e serventuários insuficiente para atender à demanda por justiça, faz com que os processos tenham uma duração muito acima do razoável, postergando as soluções de conflitos e fazendo com que o sistema perca efetividade.

Poderia lembrar, só a título de ilustração, que tramitam na justiça federal mais de três milhões de processos, com duração média acima de cinco anos. Medidas visando dar maior dinamicidade aos procedimentos vêm sendo introduzidas, dentre elas ressaltam-se as criações dos juizados especiais (lei no. 9099, de 26.09.95) cíveis e criminais. No âmbito da Justiça do Trabalho, por sua vez, criou-se o procedimento sumaríssimo, com o objetivo de agilizar os processos trabalhistas, hoje, infelizmente, com longevidade acentuada. Por outro lado, a introdução da tutela antecipatória (arts. 273 e 461 do CPC), da ampliação dos poderes do relator de recurso (art. 557 do CPC) pela reforma do Código de Processo Civil foram outros instrumentos para tentar dinamizar os processos. Não se pode olvidar, por outro lado, o projeto de Reforma do Judiciário, em tramitação no Congresso Nacional, no qual se acham inseridas propostas como a vinculação da jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores, dentre outras, visando dar maior dinamismo ao processo e fazer com que o mesmo alcance maior efetividade.

Para que o sistema processual ganhe em efetividade, mister se faz que haja procedimentos céleres no processo de conhecimento; que haja um efi-

¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.34.

caz processo de execução; que haja um adequado sistema de tutelas de urgência (² cautelares e antecipatórias), sem o que o verdadeiro acesso à Justiça estará inibido. Tal aspecto é bem salientado por MARINONI, lembrando, em lição irreparável, que a “ morosidade processual estrangula os direitos fundamentais do cidadão. E o pior é que, algumas vezes, a morosidade da justiça é opção dos próprios detentores do poder.” ³

Por outro lado, a busca da efetividade deve ser conciliada com outros princípios fundamentais, também inseridos no art. 5º da CF/88 (LV - Aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes;) . O contraditório e a ampla defesa são princípios que estão umbilicalmente ligados, embora sejam inconfundíveis. O primeiro diz respeito ao articulado da defesa, isto é, o direito do réu de se contrapor, através da apresentação de fatos extintivos, modificativos, etc. ao hipotético direito perseguido pelo autor. O segundo diz respeito ao iter probatório. A amplitude dos meios postos à disposição dos litigantes para prova de suas alegações. Tais princípios, contraditório e ampla defesa, não são específicos do processo civil, são, em verdade, categorias da teoria geral do processo, consagrados, também, no processo penal, no processo administrativo e no trabalhista.

O objetivo desse artigo será tentar buscar argumentos conciliatórios para compatibilizar esses princípios, todos de grande relevo, para que a busca hipertrofiada da efetividade não prejudique o contraditório e a ampla defesa e, por outro lado, para que a hipervalorização desses dois últimos não venha a destroçar e imprescindível efetividade que se busca como instrumento para a concretização do acesso à justiça.

2 O ACESSO À JUSTIÇA. A EFETIVIDADE COMO INSTRUMENTO BÁSICO PARA A PLENITUDE DO ACESSO À JUSTIÇA.

Um assunto importante a ser tratado, face à situação em que se en-

² Em alguns sistemas jurídicos chega-se mesmo a tratar como um conjunto as tutelas cautelares e as antecipatórias, nesse sentido, p.e., prevê o CPC português: Art.381º, I - *Sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado.*

³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 3ª, ed. 1999, p.33.

contra a tutela jurisdicional do Estado, é o do acesso à justiça. Como dito antes, um dos grandes problemas é o número pequeno de operadores do direito diante da demanda, o que, conseqüentemente, acarreta a morosidade, e, obviamente, emperra a justiça.

A preocupação de tornar a justiça acessível a todos é uma tendência global, não sendo apenas do Brasil a preocupação de quantidade de operadores versus demanda. Por sua vez, a temática de acesso à justiça está ligada diretamente à justiça social. Autores como Marinoni chegam a afirmar que “o acesso à justiça é o tema ponte a interligar o processo civil com a justiça social”⁴.

Pode-se afirmar que a neutralidade defendida por alguns juízes e processualistas, não passa de uma maneira equivocada de enxergar que a igualdade formal seja o caminho para assegurar um bom processo, pensamento este que tantas discriminações e injustiças concretas produziu e por tanto tempo.

As desigualdades econômica e social, entre outros enfoques, devem ser uma das preocupações do Estado, caso contrário estar-se-ia com o mesmo pensamento dos liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, para quem o direito à jurisdição significava o direito formal de contestar uma ação a um indivíduo imposta, ou melhor dizendo, apenas o direito de ir a juízo, não se importando se o indivíduo estava capacitado ou bem representado, ou ainda se este tinha condições de usufruir desse direito.

Com o passar dos anos, as democracias começaram a se preocupar com os cidadãos de maneira geral, e passaram a tratar os iguais igualmente e os desiguais de forma desigual, proporcionalmente à medida de suas desigualdades. Época em que começaram, verdadeiramente, a surgir os direitos de segunda geração, como os sociais, posteriormente, os de terceira e, atualmente, já se fala em direitos de quarta geração.

Ao se falar, atualmente, em igualdade, isto quer dizer igualdade de oportunidades de acesso à justiça. No entanto, na prática, nota-se que esta não é evidenciada; seria necessário que também ocorresse, não só a solução dos problemas que afastam a igualdade de oportunidades, mas a criação de novas técnicas que permitam a efetividade do acesso aos órgãos de composição de conflitos, e ainda a erradicação das desigualdades substanciais no

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 3ª, ed. 1999, p.25.

processo.

Quando se olha o direito processual civil sob o prisma do acesso à justiça deve-se verificar a interdisciplinaridade do ramo do direito com os demais ramos das ciências sociais, uma vez que a sociedade está num constante ritmo de mudança e que a origem, suas causas, motivos e conseqüências encontram-se mistas em todos os ramos em que as relações sociais influem e repercutem. Só assim serão achados os modos e soluções voltados à finalidade maior que é o social. Ressaltando que não só os órgãos jurisdicionais tradicionais podem dirimir conflitos de interesses.

O acesso à justiça deve ser olhado de uma forma maior, deve significar um acesso ao processo justo, de uma justiça imparcial, possibilitando a participação efetiva e adequada das partes na relação processual e ainda que seja permitida a efetividade da tutela dos direitos, não olvidando as diferentes posições sociais e a particularidade de cada situação de direito substancial. O acesso à justiça é ainda mais, é o acesso à informação e orientação jurídica de modo célere e eficaz, sempre que algum cidadão precisar, como também, a todos os meios de conflitos levados a juízo ou a outro meio alternativo de solução de conflitos.

Como se pode observar o conceito de acesso à justiça está relacionado com o conceito de cidadania. Só há uma verdadeira construção democrática em se encontrando em sua estrutura básica a solidificação dessa. Deve-se sempre buscar a ética e o bem-estar da coletividade, partindo da conscientização do valor e do respeito à cidadania.

As dificuldades para uma possibilidade efetiva de acesso à ordem jurídica justa são imensas. Uma das principais é o excessivo custo do processo, que atinge diretamente as camadas pobres, podendo-se então dizer, no caso brasileiro, a grande maioria da população.

Dados interessantes são trazidos por Marinoni. Em seus estudos, ele constatou que a relação entre as custas do processos e o valor da causa podem afastar o cidadão de recorrer ao Poder Judiciário. Informa que “na Inglaterra, por exemplo, verificou-se que, em cerca de um terço das causas em que houve contestação, os custos globais foram superiores ao valor da causa. Na Itália as custas processuais podem atingir 8,4% nas causas de valor elevado, ao passo que nas causas de pequeno valor essa percentagem

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 3ª, ed. 1999, p.29.

pode elevar-se a 170%”⁵. Conclui-se, então, que a justiça civil é despendiosa, e que para os menos favorecido se torna mais onerosa, haja vista o fato de que causas de menor porte, melhor dizendo, de pequeno valor, representam o maior contingente no Poder Judiciário.

Fica bastante claro que os altos custos, na medida em que uma ou ambas as partes devam suportá-lo, questão da sucumbência, constituem uma grande barreira para o acesso à justiça. Há casos de pequenas causas em que as custas ultrapassam o valor do litigado em juízo, chegando ao ponto de tornar a própria demanda uma futilidade se comparada com o montante final, ou melhor, as custas a serem pagas.

Também há a questão da duração do processo. A quantidade de conflitos de interesse levados a juízo é proporcionalmente maior que a capacidade de solução que a estrutura judiciária criada pelo Estado oferece atualmente. Nota-se uma carência muito grande de operadores do direito e magistrados. Causas que deveriam ser julgadas logo duram anos e acabam prejudicando a parte necessitada, ou, muitas vezes, ambas as partes em conflito. Frequentemente o tempo funciona como elemento a pressionar os economicamente menos favorecidos, ou seja, os mais necessitados de uma justiça rápida, a desistirem da demanda e fazerem acordos por valores muitos inferiores ao que realmente teriam direito.

Outro ponto a ser abordado é o da boa disponibilidade financeira do demandante ou do demandado, que lhe favorece melhores condições de propor e defender demandas. Estes podem pagar para litigar e, o mais importante, podem suportar as delongas do litígio. Isto influencia também na hora de obter mais provas. Quem dispõe de melhores reúne recursos mais amplos, maior eficiência, um leque maior de dados e, conseqüentemente, melhores condições de argumentar em juízo.

É fato notório que todos esses fatores acima apontados distanciam uma grande parte da população ao acesso à justiça. Válido citar um caso concreto: no Rio de Janeiro, muitos conflitos existentes entre moradores dos morros são resolvidos por chefes do próprio morro, sendo a maioria das vezes problemas sérios, que não chegam ao conhecimento das autoridades competentes nem ao judiciário. Chega-se a um ponto em que a própria população se sente mais à vontade elegendo ou obrigando-se a aceitar como árbitro um morador da própria comunidade, do que ter de recorrer ao Poder Judiciário.

Faltam à população conhecimentos jurídicos básicos. As pessoas não

têm uma adequada noção de cidadania, nem realmente conhecem os seus direitos, por isso se sujeitam a circunstâncias indevidas. Muitos não têm conhecimento de como se deve ajuizar uma demanda. Devemos citar trecho de um estudo empírico inglês, encontrado no livro de Cappelletti: “Na medida em que o conhecimento daquilo que está disponível constitui pré-requisito da solução do problema da necessidade jurídica não atendida, é preciso fazer muito mais para aumentar o grau de conhecimento do público a respeito dos meios disponíveis e de como utilizá-los”⁶.

Com base nos dados acima expostos, chega-se à evidência de que a falta de informação cria certos mitos e problemas psicológicos que levam as pessoas a terem medo de ir ao judiciário ou até mesmo de procurar um advogado, o que, conseqüentemente, enfraquece a credibilidade e a confiança no Poder Judiciário.

Problemas importantes que lesionam direitos trans-individuais, coletivos ou difusos também não têm fácil acesso à justiça, na medida que muitas pessoas tiram proveito do erro cometido e muitas vezes não se encontra quem queira suportar a demanda de uma ação com uma outra parte forte e os órgãos legalmente legitimados para essas demandas ainda estão fragilmente aparelhados.

Podem ser, ainda, citados vários outros obstáculos que dificultam o bom acesso à justiça. Começaremos, então, com uma breve explicação sobre a falha da doutrina clássica em ter pensado que o procedimento ordinário seria o ideal para a tutela de direitos. Necessário se faz transcrever um pensamento de Marinoni, que polemiza: “(...) cabe perguntar a razão pela qual o procedimento ordinário foi originalmente concebido como um procedimento de cognição exauriente e lato sensu declaratório, isto é, como um procedimento que não permite que a esfera jurídica do réu seja invalidada antes da realização plena do princípio do contraditório (e que não admite, portanto, a tutela antecipatória) e que termina em uma das três sentenças da classificação trinária (não autorizando a tutela mandamental)”⁷.

Como já havíamos dito, no caso de não diferenciar a parte menos favorecida da mais aquinhoadas, a tutela também não seria específica, bastando apenas o restabelecimento do valor econômico da lesão, ou seja, uma tutela ressarcitória. Na verdade, o que se deve preservar é apenas a igualdade

⁶ CAPPELLETTI, M. Acesso à Justiça. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p.23.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 3ª, ed. 1999, p.37.

de formal dos litigantes.

Outro aspecto relevante é o da diferenciação entre a instrumentalidade e a neutralidade do processo em relação ao direito material. Distintas claramente após descobrirem que o processo muitas vezes não permitia uma efetiva tutela do direito material. O processo, embora não se confunda, nem esteja intrinsecamente ligado ao direito substantivo, deve sempre andar perto deste, propiciando tutelas capazes efetivamente, e não mais, formalmente, a proteção do direito material.

Não se pode olvidar a necessidade do juiz de ser munido de poderes que possibilitem decidir pela verossimilhança. Aquele não pode ser somente um interprete frio e distante da lei. Embora não possa afastar-se dela, seu objetivo é buscar a justiça. Por isso, o juiz tem poderes de decidir sumariamente, assim que perceber uma ameaça nítida de lesão de direito de um dos litigantes.

A questão é que há um medo geral de que o juiz, ao dar sumariamente uma decisão, esteja sendo arbitrário em relação a uma das partes. Isso, afinal, geraria a polêmica de se estar ferindo dois princípios constitucionais – o contraditório e a ampla defesa. Contudo, pensamos que a problemática se encontra no excesso de procedimentos a serem seguidos.⁸ Acarretando na pressão social, por sinal justa, aspirando por uma tutela jurisdicional adequada, e levando ao espantoso crescimento da tutela cautelar.

O procedimento ordinário é lento e precário, fazendo com que haja hipertrofia na utilização das medidas de urgência como as cautelares, que, querendo ou não, se tornaram uma espécie de sumarização do processo de conhecimento. A tutela cautelar começou a ser usada antes mesmo da tutela antecipatória, esta seria considerada como um veículo para a relativa satisfação aos direitos perseguidos e que só poderiam ser conferidos ao final do procedimento comum. Procedimentos muito complexos, como os existentes no sistema brasileiro, apontam a quase falência do modelo clássico de solução de conflitos e a urgência na implantação de procedimentos céleres, compatíveis com o dinamismo da realidade social em que se vive.

Poderiam ser feitas simplificações que teriam excelentes resultados

⁸ Veja-se como exemplo de inovação que contrariando os mais formalistas, dará grande agilidade ao processo, é o novo parágrafo 3º. do Art. 515 do CPC, com a redação dada pela lei no. 10.352/01: § 3º *Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.*

práticos, como p. ex., o julgamento antecipado de parcela do pedido ou de um dos pedidos cumulados, ao invés de adotar-se o princípio da unicidade. Todavia, se uma parte prova que um dos pedidos é devidamente correto ou se o próprio réu reconhece, por que não julgar logo esta parte que já é um fato certo e concreto? E ainda, por que não ser executado diretamente? Porque a obrigatoriedade, para satisfação do credor, de entrar com uma nova ação, a executória? Afinal, este procedimento acaba privilegiando o devedor, e que na realidade deveria ser ao contrário, a prioridade recairia na parte lesada, ou seja, no credor.. Por não ter uma característica de prevenção, o processo de conhecimento deixou descobertos os direitos não patrimoniais, cabendo no máximo o direito à indenização. Na verdade, deveria proteger mais efetivamente a ameaça a direito, ou mesmo impedir a reiteração ou a continuação de ilícitos.

3 OS INSTRUMENTOS DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO ASSEGURATÓRIOS DA EFETIVIDADE

A tutela preventiva não deve ser considerada como abuso ou excesso de poder do juiz. Devemos olhar por outro prisma. A tutela preventiva permite ao juiz que, tendo ele certeza de um determinado fato, aplique as melhores medidas possíveis para sanar o conflito de interesse, reforçando que o direito tardio é injustiça na certa.

Diferentemente da tutela declaratória, a preventiva confere poderes ao juiz para atuar mediante coerção, impondo sanções, obrigando alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, em predileção a um direito apresentado a ele.

Já a tutela condenatória tem efeito repressivo, não serve como preventiva, e ademais tem seu caráter definitivo, exigindo um melhor aprofundamento e convicção plena do juiz, que aplicará uma sanção a ser cumprida pela parte vencida, abrindo oportunidade para a execução forçada. Em nosso Código de Processo Civil vigente, a sentença condenatória define-se pela aptidão a servir de título executivo. Ao nosso ver, um erro, uma vez que atrapalha a efetividade e, além do mais, como já havíamos dito, beneficia o devedor.

Atrapalha a efetividade por não haver, logo após a sentença condenatória, a execução forçada. O credor após ter reconhecido seu direito, enfrentará, um calvário de longos anos em um processo de execução, chegando até, muitas vezes, a não conseguir seu objetivo, a satisfação do direito

reconhecido no título executivo.

Em suas obras, Barbosa Moreira reconhece o uso da cautelar como via de antecipação da tutela preventiva. Afirmava, ainda, que seria aceita por ser necessário dar aos cidadãos uma tutela jurisdicional adequada, e que a cautelar não poderia ser acompanhada de multa.

Depois da reforma de meados da década de noventa, o CPC, com seu art.461 alterado, possibilitou a construção de uma nova modalidade de tutela jurisdicional, chamada de inibitória, viabilizando uma efetiva prestação jurisdicional preventiva, destinada à tutela específica das obrigações de fazer e de não-fazer. Podemos então considerar como um grande avanço para a efetividade da tutela jurisdicional, uma vez que o juiz tem mais poderes e o dever de aplicá-la. Sendo a potencialização do juiz baseada na garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, que não apenas possibilita o acesso formal ao Judiciário, como também, assegura a tutela efetiva contra qualquer forma de denegação de justiça.

Neste sentido, pertinente lembrar que o art. 461 do CPC teve sua origem no art. 84 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, o qual tem a idéia central de que devem ser usados todos os meios, se necessário, à força, para que o credor tenha saciado seu direito na obrigação de fazer ou não fazer de mesma forma, com o mesmo resultado útil, que o adimplemento da obrigação lhe teria proporcionado, diferentemente das compensações em dinheiro.

Válido expor o pensamento de C. R. Dinamarco, que trata do assunto: “O poder do juiz na tutela das obrigações de fazer ou não-fazer não se restringirá à mera condenação (provimento condenatório de concepção tradicional), mas abrangerá a expedição de mandamentos ou ordens (ação mandamental), que, se descumpridos, à semelhança das injuctions do sistema anglo-saxão ou da ação inibitória do sistema italiano, isto poderá configurar o crime de desobediência, como ato de afronta à Justiça e não apenas à parte contrária, e ainda ensejará a adoção de técnicas de sub-rogação de obrigações em outras que permitam a obtenção do resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação”⁹.

Devemos citar ainda o Mandado de Segurança, remédio jurídico criado pelo ordenamento pátrio, na defesa de direito lesado por autoridades.

⁹ DINAMARCO, C. R. Fundamentos do Processo Civil Moderno. São Paulo, Ed. Malheiros, 2000, p.600.

Basta que sejam provados o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*, que a liminar pedida pelo impetrante será aceita e executada, com caráter provisório, pelo juiz. Neste sentido podemos citar Cretella Jr., o qual afirmava que se o mandado de segurança é o remédio heróico que se contrapõe à auto-executoriedade, para corta-lhe efeitos, a medida liminar é o pronto-socorro, que prepara o terreno para a segunda intervenção, enérgica (como evidente), porém, mais cuidadosa do que a primeira”¹⁰. (CRD, p. 605).

Maior importância devemos dar às tutelas cautelar e antecipatória. Há determinados casos em que estas devem ser aplicadas antes da ouvida da parte ré. O deferimento da tutela, nestes casos, se dá pela necessidade de não frustração do direito do autor. A liminar *inaudita altera parte* será dada sempre que for preciso uma tutela jurisdicional imediata, para que se conserve a efetividade do processo, para os casos de neutralizar um perigo de dano irreparável. Como já havíamos dito, com o novo art. 461, o juiz tem a possibilidade de conceder liminarmente a tutela antecipatória, baseado no princípio da inafastabilidade, que garante o direito à adequada tutela jurisdicional, ou melhor, nesses casos, a tutela urgente.

Não há agressão, neste caso, ao princípio do contraditório, se olharmos por outro prisma, por ser considerada a liminar como meio de reparação ou de manutenção de direito urgente, ela tem caráter provisório. Esta provisoriedade permite ao réu apresentar defesa e recursos contra o deferimento. Pode-se, então, considerar que a postergação do contraditório assegura a efetividade da ação. Neste mesmo sentido, encontramos o doutrinador italiano, G. Martinetto, que expressa: “*Si è detto che il principio del contraddittorio è rispettato anche quando il provvedimento è pronunciato inaudita altera parte, purchè, prima che il provvedimento diventi definitivo, la parte contro cui è emesso abbia la possibilità di proporre le sue difese*”¹¹.

A reforma em nosso processo civil introduziu em seu art. 273, II, a tutela antecipatória contra abuso de defesa. Permitindo que a tutela cautelar não fosse mais usada como técnica de sumarização do procedimento comum. Como já foi explanado, o nosso ordenamento jurídico protege o réu, baseando-se na não intervenção na esfera jurídica do devedor, antes da plena realização da defesa.

¹⁰DINAMARCO, C. R. Fundamentos do Processo Civil Moderno. São Paulo, Ed. Malheiros, 2000, p.605.

¹¹MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 3ª, ed. 1999, p.237.

Pode-se encontrar a antecipação em vários ordenamentos, como é o caso da França, em que é possível a antecipação da tutela através da provision, “l’obligation ne soit pas sérieusement contestable”¹²; encontramos semelhanças em outros países europeus, que são os casos da Alemanha e da Áustria, com o emprego do “einstweilige Verfügungen”¹³ para obtenção da antecipação.

4 O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO FONTE GERADORA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

O princípio da ampla defesa e do contraditório não eram direitos assegurados expressamente pelas Constituições anteriores à de 1988, contudo amplamente defendidos pela doutrina e jurisprudência do período anterior à atual Carta. Atualmente se encontram expressos no art. 5º da Const./88 “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O da ampla defesa e o do contraditório, objeto de nossos pontos seguintes, serão analisados mais profundamente.

O devido processo legal, expressão originada da inglesa ‘due process of law’, garante às partes litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. O primeiro ordenamento que teria feito menção a esse princípio foi a Magna Charta de João Sem Terra, do ano de 1215, ao se referir à *law of the land*, sem ainda ter mencionado expressamente o *due process of law*. Sendo este consagrado na lei inglesa de 1354, baixada no reinado de Eduardo III, denominada de Statute of Westminster of the Liberties of London.

Notado até os dias atuais, o instituto do devido processo legal é objeto de estudiosos do direito, e também é encontrado praticamente em todo o sistema jurídico global. Pode-se notar sua vital importância no art. XI, n.º1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, no qual se garante que “todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 3ª, ed. 1999, p.239.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 3ª, ed. 1999, p.239.

Este princípio caracteriza-se “pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, vale dizer, tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico”¹⁴. Ele protege o indivíduo duplamente na medida em que atua tanto no âmbito material da proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao segurar-lhe paridade total de condições com o Estado e plenitude de defesa.

O devido processo legal é visto no Brasil desde a Carta Imperial de 1824, embora que nesta não viesse expresso, mas, como há de se notar seu art.179, XI – “Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, pôr virtude de Lei anterior, e na forma por ella prescripta”, dessa previsão extraia-se, embora, singelamente, o princípio.

A Constituição da Primeira República, de 1891, estabelecia, quase com as mesmas palavras, o preceito, em seu art.72, § 15: “Ninguém será sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ella regulada”.

A Constituição de 1934 inovou a matéria ampliando as garantias fundamentais em seu art.113, inciso 26: “Ninguém será processado, nem sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao facto, e na forma por ella prescripta”. E ainda em seus incisos 24 e 25, transcritos abaixo, respectivamente, fora encontrado a primeira vez expressamente o princípio da ampla defesa: “A lei assegurará aos acusados ampla defesa com os meios e recursos essenciais a esta”; “Não haverá foro privilegiado nem tribunais de excepção; admitem-se, porém, juízos especiais em razão da natureza das causas”.

A Carta Magna de 1937, por muitos doutrinadores considerada de origem espúria e autoritária, não trouxe em seu corpo constitucional a garantia do devido processo legal ampliada, tal como se encontrava na de 1934, deixando-se em seu art.112, inciso 11, apenas o seguinte: “ (...) a instrução criminal será contraditória, asseguradas, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa”.

Coerente com os princípios democráticos que restabelece no Estado brasileiro, retomou a fórmula de garantias processuais mais amplas, a Constituição de 1946, em seu art.141, §§ 25 a 27, respectivamente; “É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a

¹⁴ JR. NERY, N. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p.33.

ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro de vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória”/ “Não haverá foro privilegiado nem juízes e tribunais de exceção”/ Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior”.

A Carta Magna de 1967 e Emenda n. 1/69, estabeleceu, em seu art.153, §§ 15 e 16, respectivamente, que: “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção” / “A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu”. É de se ressaltar, entretanto, que muitas agressões a direitos foram praticadas nesse período sob o manto protetor dos atos institucionais, em cujos textos expressamente, constava a proibição do controle judicial, ensejando graves violações, inclusive de cunho procedimental, sem que o judiciário, inibido e constrangido nada pudesse fazer.

Com a redemocratização, as garantias constitucionais foram restauradas e não apenas formalmente previstas.

O devido processo legal está assegurado em nossa Constituição atual em seu art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, os quais deverão assegurar aos litigantes seus direitos, seja em processo judicial ou administrativo, conforme se encontra expresso em nossa Constituição de 1988, art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo , e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa”.

5 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. DESTINAÇÃO. O CONTRADITÓRIO, AS PARTES E O JUIZ.

Neste ponto, vamos falar do direito de defesa. Já havíamos discutido, o direito ao acesso à justiça não é só privilegio do autor. O réu, em face do seu direito de reação ao alegado contra si, aparece no polo passivo da relação jurídica processual como titular do direito de defesa, igualmente integrador do direito à jurisdição.

Tradicionalmente, o princípio do contraditório era entendido como um mecanismo de defesa do réu, que, ao encontrar formulado um pedido

pelo autor, tinha o direito de pronunciar-se antes de qualquer decisão tomada no processo, ou mesmo se apresentada alguma prova por uma das partes, a outra teria o direito de pronunciar-se, garantindo, então, o desenvolvimento do processo em discussão dialética, sempre estando sob a fiscalização de ambas as partes.

Nos dias atuais, encontra-se uma concepção mais ampla do contraditório, podendo até dizer que se originou na garantia constitucional do *rechtliches Gehör*, art. 103,I, da Lei fundamental da República Federal Alemã, que fez com que a doutrina e jurisprudência germânicas relacionassem o princípio do contraditório às idéias de participação e de influência na decisão. Hoje, pode-se afirmar que é a garantia da participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o processo, com caráter de plena igualdade mediante as partes, em qualquer situação que se refira diretamente ao objeto da causa da demanda, com por exemplo fatos, provas, questões de direito. O escopo principal de princípio do contraditório deixou de ser o da defesa, como sentido de oposição ou resistência à atuação alheia, e passou a ser a influência no sentido positivo de direito de incidir ativamente no desenvolver do processo.

O princípio da ampla defesa é aplicável em qualquer tipo de processo que o Estado aplique seu poder sancionatório sobre as pessoas físicas ou jurídicas. Devemos, todavia, ligá-lo ao princípio do contraditório por em geral se encontrar sempre juntos, embora não se confundam.

Qualquer pessoa tem o direito de defender-se, ninguém pode ser julgado ou condenado sem que seja ouvida a outra parte. É o que chamamos de princípio do contraditório, este decorre da bilateralidade do processo, todos têm o direito de defender-se daquilo que contra si está sendo alegado, é uma oportunidade de resposta, por isso a parte interessada deve ser notificada, podendo examinar todas as provas constantes no processo, como também tem o direito de assistir ao depoimento das testemunhas e a apresentar defesa escrita.

É o princípio do contraditório que põe os homens em mesmo pé de igualdade perante a lei, é uma inspiração do direito natural e divino, a essência da liberdade, é garantia da justiça, daquilo que é justo em si mesmo: dá a todos o direito de defender-se. Salienta Nelson Nery Jr. que “o princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação

do princípio do Estado de Direito, tem mínima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa, são manifestações do princípio do contraditório¹⁵.

Pode-se dizer que, no plano da alegação, ambas as partes têm, em igualdade, a faculdade de se pronunciar, tantas vezes sejam necessárias, para que o direito de resposta seja assegurado. Observe-se no processo ordinário o uso da réplica e ainda, dependendo de determinados casos, o uso da tréplica. No plano da prova, o contraditório existe para que as partes, em mesmo pé de igualdade, tenham a faculdade de todos os meios de provas potencialmente relevantes e permitidos por lei sejam de potencialidade relevante para a apuração da realidade dos fatos, mostrada de acordo com a conveniência das partes, sem que, obviamente, interfira na efetividade do processo. E que seja permitida a audiência contraditória para ambas as partes, com o objetivo de que se pronunciem sobre as questões produzidas pela mesma, pelo adversário e pelo tribunal. No plano do direito, basicamente podemos dizer que o contraditório permite que as partes possam explanar, se quiserem, sobre todos os fundamentos de direito em que a decisão se baseie.

Conceitos de diferentes autores ajudam a se ter uma visão melhor e mais completa a respeito desta matéria. “ (...) princípio da audiência bilateral, ou do contraditório, conforme o qual não pode o juiz decidir sobre uma pretensão se não é ouvida, ou citada para ser ouvida, a parte contra a qual, ou em face da qual, é proposta. Ao ataque do autor deverá suceder a defesa do réu. No princípio do contraditório se agasalha o direito de defesa, de natureza constitucional (...)”Válido destacar Liebman, este “entende-se que o princípio é respeitado quando se dá a todas as partes a possibilidade de defender-se; que o façam, efetivamente, que compareçam a juízo e ofereçam as suas razões, ou permaneçam inativas, ou mesmo sejam contumazes, depende de sua livre determinação¹⁶ .

Importante citar um autor espanhol, Francisco Ramos Méndez, o qual

¹⁵ JR. NERY, N. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p.128.

¹⁶ SANTOS, M. A. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. São Paulo, Ed. Saraiva, 1999, p.75.

¹⁷ MÉNDEZ, F. R. El sistema procesal español. Barcelona, Ed. José Maria Bosch S/A, 1995, p.91.

afirma, ao falar do direito de defesa: “(...) Además está íntimamente ligada com la de igualdad de las partes y respecto de la audiencia y contradicción bilateral”¹⁷; ainda Grinover, ao afirmar que “o princípio da audiência bilateral encontra expressão no brocardo romano **audiatur et altera pars**. Ele é tão intimamente ligado ao exercício do poder, sempre influente sobre a esfera jurídica das pessoas, que a doutrina moderna o considera inerente mesmo à própria noção de processo”¹⁸.

Apesar de não ser a linha de raciocínio que adotamos, Alexandre de Moraes, diferencia os dois de forma diversa, contudo hipótese não descartada. Ele afirma ser a ampla defesa “o asseguramento dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto que o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor”¹⁹.

O contraditório é destinado por lei para as partes poderem participar em pé de igualdade como litigantes de um processo, sendo o juiz o franqueador desta garantia. Cabe a este também exercer o contraditório, participando da preparação do julgamento a ser feito. Podemos simplificar dizendo que o contraditório é um direito das partes e um dever do juiz, estando completamente ultrapassada a teoria de que o juiz não deva participar do contraditório, sendo direito apenas conferido às partes.

Concordamos que a participação dos litigantes, em relação ao contraditório, é mais intensa, haja vista serem os sujeitos mais aptos a fazê-lo, uma vez que conhecem melhor os fatos relevantes e os meios de provas disponíveis em cada caso. O juiz inerte no início e sempre atuando através da provocação das partes, desconhece dos fatos que interessarão para seu julgamento, sendo a este vedado tomar decisão segundo o conhecimento fora dos autos. Cabendo, então, às partes, pedir, alegar, provar, escolher testemunhas, ou seja, usar de todos os artifícios legais para sua defesa.

¹⁸ DINAMARCO, C.; GRINOVER, A. P.; CINTRA, A. C. de A. Teoria Geral do Processo. São Paulo, Ed. Malheiros, 1997, p.55.

¹⁹ SANTOS, M. A. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. São Paulo, Ed. Saraiva, 1999, p.116.

Calamandrei, em sua doutrina “processo como jogo”, aponta como a dinâmica do processo o choque entre a tese apresentada pelo autor e a antítese trazida pelo réu, ambas servindo de base para a síntese que virá do juiz. Alguns autores resumem o contraditório como constituído por dois elementos: informação e reação.

Portanto podemos concluir que o contraditório é um direito das partes e uma obrigação do juiz (deveres e poderes) não mais a faculdade de exercê-lo, como dizia a doutrina clássica. Podemos encontrar no art. 16 do *nouveau code de procédure civile* francês a expressa exigência da participação do juiz: “o juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele próprio o princípio do contraditório”. Da mesma forma, encontramos o Código de Processo Civil português, em seu art.3º, 3: “o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se manifestarem”.

6 A AMPLA DEFESA. CONCEITO. CARACTERÍSTICAS. LIMITES.

A ampla defesa, de início, nos ordenamentos pátrio e estrangeiros, teve seu berço no processo penal. Todavia, aos poucos, foi-se firmando na doutrina e jurisprudência do processo civil e do processo administrativo, uma vez que neste se apreendia de modo transparente a situação de alguém acusado de ter cometido uma lesão, conduta determinada passível de sanção. Sendo depois estendida a outros âmbitos como fiscalização do exercício profissional, punição de alunos, entre outros.

7 PROCESSO CAUTELAR, SUAS PECULIARIDADES E OS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E EFETIVIDADE.

A tutela cautelar concretiza-se através de um conjunto de medidas de ordem processual destinadas a garantir o resultado final do processo de conhecimento. Seu objetivo sempre é outro processo, o processo principal, por isso dizemos que é uma ação autônoma, acessória, preventiva, instrumental e provisória, portanto, não pode ter caráter satisfativo. O art. 796 do CPC expressa claramente que o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal, respectivamente chamamos de pro-

cedimento cautelar incidental e preparatório. Lembre-se que, depois de interposto, tem-se um prazo de 30 dias para o ajuizamento da principal, caso contrário, a eficácia da providência concedida cessará.

Necessariamente, para a concessão de uma cautelar há de estar presente e bem demonstrado o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, podendo ter deferido o pedido pleiteado por meio de uma liminar ou por uma sentença, reafirmando que esta decisão é provisória. Difere também das ações comuns no tocante ao fato de que seu pedido não pode ser o mesmo da ação principal, pois então desconfiguraria sua característica, transformando-a em tutela antecipada.

Tanto a liminar quanto a sentença na cautelar têm que ser baseadas em provas não exaurientes, da mesma forma são revogáveis em vista à adaptação do pronunciamento às novas circunstâncias de fato. Ressaltando que a sentença proferida não faz coisa julgada material, haja vista não ser de seu mérito a discussão nem decisão sobre relação jurídica alguma, esta é a função da ação principal e, não sendo possível tornar-se imutável e indiscutível, a sentença na ação cautelar produz coisa julgada formal. Tendo apenas sua única exceção quando o juiz observar a decadência ou prescrição no processo principal, caso em que a cautelar produz coisa julgada material.

Outro aspecto que não se pode olvidar é o poder geral de cautela, que permite ao juiz tomar providências de índole cautelar, com função de cautelar, que não estejam tipificadas no CPC e que não tenham sido requeridas, e é simples imaginar o porquê desta concessão ao juiz, o único titular deste poder, uma vez que é impossível tipificar todos os perigos possíveis e soluções para estes.

Desta maneira, permite-se que a parte, demonstrando o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, possa entrar com uma ação cautelar inominada, ou seja, uma ação cautelar cujos contornos não estejam nítidos e precisamente descritos em lei. A discussão sobre a longevidade desse poder é grande entre os doutrinadores, principalmente na questão da cautelar inominada preparatória, antecedente à ação declaratória.

A contracautela existe para afastar a possibilidade de prejuízo para a parte que irá sofrer os efeitos da antecipação em medida cautelar devido a prova do *periculum in mora*. O perigo do ato lesivo ou de prejuízo, em razão da execução da medida cautelar, vem previsto no art. 811 do CPC. Por esta razão, existem causas em que se precisa de caução prévia, para ser concedida a providência cautelar urgente (art. 804 e 816, II). A caução

funciona como “cautela de cautela”. Esta não é pressuposto da concessão da medida cautelar urgente, e sim, garantia de reparação do dano que a providência possa causar. Nesta linha de pensamento encontramos Calamandrei: “enquanto a medida cautelar serve para prevenir os danos que poderiam nascer da demora da decisão final do processo, e, por isso, sacrifica, em virtude de urgência que se faz necessária, as exigências da justiça àquelas da celeridade, - a contracautela, que acompanha a medida cautelar, servirá para assegurar o ressarcimento do prejuízo que possa ser causado ao outro litigante, pela excessiva rapidez da providência cautelar. E, desse modo, restabelecido fica o equilíbrio entre aquelas duas exigências”²⁰.

O réu não é ouvido sobre a caução, todavia não significa que esteja impossibilitado de se pronunciar. Nos casos em que era necessária a caução e não houve, ou ainda, nos casos em que seu valor é inidôneo em relação ao concedido na cautelar, ele pode requerer sua modificação ou revogação da cautelar. O réu pode requerer a anulação da caução na contestação da cautelar. Como havíamos dito, em todos os procedimentos da cautelar encontramos o contraditório. O doutrinador J. J. Calmon de Passos vai mais além e afirma ainda que além de investir contra a caução na contestação, há outras possibilidades como: “tomar contra ela medida específica, qual seja o recurso, a correção ou mandado de segurança, conforme o caso. Parece-nos de bom alvitre, entretanto, se processe em apartado, mas em autos apensados aos da cautelar, o incidente da caução, quando impugnada ou requerida. Em verdade ela é também cautelar”²¹.

Em momento algum os princípios do contraditório e da ampla defesa são totalmente prejudicados face à concessão da medida cautelar, mesmo que seja concedida *inaudita altera pars*, haja vista encontrarmos determinadas exigências para situações que poderão apresentar risco para qualquer das partes, neste sentido já destacada a questão da contracautela. E em outro ponto, baseado nas “Disposições Gerais” do Capítulo I, Título Único, Livro III, é notório a presença de normas que asseguram o contraditório e a ampla defesa.

O réu, ou requerido, será citado, qualquer que seja o processo cautelar, para contestar o pedido e produzir provas. É o que se extrai do art. 802

²⁰ MARQUES, J. F. Manual de Direito Processual Civil. vol. IV, São Paulo, Ed. Saraiva, 1976, p.337.

²¹ PASSOS, J. J. C. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. X, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1984, p.205.

do CPC, ou seja, encontramos assegurado o contraditório. O art. 804 do mesmo código, autoriza a liminar *inaudita altera pars* em razão da urgência ou da eficácia da providência requerida, contudo, após executada esta, o requerido será citado na forma prevista em lei para apresentar defesa; isso não significa somente responder ao autor, senão ainda o direito de recorrer, através de agravo de instrumento, contra a concessão liminar.

O direito de defesa está assegurado em muitos ordenamentos jurídicos, e encontra-se alinhado à efetividade, confirmando nossa tese de que podem e devem estar presentes num processo ou procedimento sem que implique em substituição ou no ferimento um do outro.

A concessão de liminar nos casos de urgência, além de necessária, é instrumento assegurador da garantia em vários dos sistemas processuais de países que nos servem de referência. Veja-se a previsão do Código de Processo Civil italiano, encontrada na “sezione V - Dei provvedimenti d’urgenza - 700. Condizioni per la concessione - Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi há fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sai minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere com ricorso [125] al giudice [701] i provvedimenti d’urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito(1) [669 - duodecies]²².

Outro ordenamento cuja referência é relevante é o argentino, lembrado pelo ilustríssimo Piero Calamandrei, o qual, em seus escritos, afirmara que: “Un fenómeno procesal diverso de los examinados hasta aquí, lo hay en los procedimientos sumarios en que la misma ley, a fin de simplificar y acelerar la emisión de providencias de carácter provisional y urgente, autoriza al juez a contentarse con un juicio de verosimilitud fundado en pruebas leviores, o como también se dice, en pruebas prima facie. Casos típicos de este fenómeno tenemos (...) en los procedimientos cautelares: denuncias de nueva obra y de daño temido (art. 1171: ‘la autoridad judicial, tomado conocimiento sumario del hecho, puede prohibir la continuación de la obra ...’ art. 689, C. p.c.: ‘practicadas, en caso de necesidad, sumarias informaciones’) secuestro (art. 672, cuarto ap.: ‘el juez, asumidas, cuando necesario, sumarias informaciones ...’); providencias de instrucción preventiva (art.

²² ABATE, M. & ABATE, M.L. Codice di procedura civili: e leggi complementari. quinta edizione, Itália: Cedam, 1998, p.132.

695, C. c.: asumidas, sumarias informaciones, cuando sean necesarias); providencias de urgencia (art. 700, C.p.c.)”²³.

Após essa breve introdução das características gerais do procedimento cautelar, iremos especificar as mais importantes e analisar a necessidade dos princípios da ampla defesa, do contraditório e da efetividade do processo.

8 ARRESTO

Comprovamos sua função essencialmente cautelar ao destacarmos sua objetividade que é a de recair sobre bens indeterminados do devedor, podendo ser móveis, imóveis, créditos, etc. Seu procedimento é encontrado nos arts. 800 a 812 do CPC. É o garantidor da futura execução por quantia certa.

São seus requisitos a prova literal da dívida, a prova documental ou justificação do perigo de dano ou, em certos casos, a prestação de caução no lugar da justificação prévia. E ainda como requisito específico deve-se encontrar a tentativa de ausentar-se o devedor, ou sua efetiva ausência, ou a tentativa por parte do devedor de desfazer-se de seu patrimônio, alienando seus bens, contraindo dívidas, ou qualquer medida com intuito de esconder seus bens.

A liminar, para assegurar o não desaparecimento de bens para o cumprimento legal do devido, pode ser concedida *inaudita altera pars*, ou seja, independente da ouvida da outra parte, independente da realização de audiência de justificação prévia, se houver prestação de caução. Caso não seja dado, o normal é que haja uma audiência unilateral para que se escutem apenas as testemunhas do autor, para que, então, o juiz conceda a liminar *inaudita altera pars*.

Não significando que o contraditório seja reprimido, como já havíamos falado no capítulo anterior, aparece na oposição à liminar que poderá ser feita pelo réu, seja em forma de contestação ou em recurso. Da mesma forma encontramos garantidos e caminhando de forma harmônica a ampla defesa e a efetividade.

²³ CALAMANDREI, P. Estudios sobre el proceso civil, vol. III, Buenos Aires, Ed. Juridicas Europa-America, 1973.

Há uma particularidade, onde pode ocorrer o arresto *ex officio*, como é o exemplo das hipóteses encontradas no art. 653, que é a execução forçada, como meio de preservar a responsabilidade patrimonial a ser efetivada pela execução por quantia certa, ou seja, faz a constrição de bens suficientes para a segurança da dívida até que se decida a causa.

Suspende-se o arresto com o depósito da dívida ou caução real ou fidejussória, e no caso de pagamento, novação ou transação, acontece a cessação do arresto. Depois de proposta a execução, aplicam-se ao arresto as demais regras concernentes à penhora, haja vista tornar-se a mesma na fase executória.

9 SEQUESTRO

Ação cautelar nominada, tem como finalidade garantir a execução para a entrega de coisa certa, por isso, o objeto no qual recai é uma coisa determinada, podendo ser um bem móvel, imóvel ou semovente, tendo que ser exatamente o bem disputado pelas partes ou que será demanda futura. Caracterizada como uma ação autônoma com o objetivo específico de tutelar à pretensão de segurança. Encontram-se seus requisitos no art.823 do CPC, que são: dúvida acerca do direito e o perigo de danificação ou desaparecimento da coisa.

Válido salientar posição de Theodoro Jr., que afirma “sequestro é a medida cautelar que assegura futura execução para entrega de coisa e que consiste na apreensão de bem determinado, objeto do litígio, para lhe assegurar entrega, em bom estado, ao que vencer a causa. Atua o sequestro, praticamente, através de desapossamento, com o escopo de conservar a integridade de uma coisa sobre que versa a disputa judicial, preservando-a de danos, de depreciação ou deterioração. Eventualmente, pode assumir a feição de medida protetiva da integridade física do litigante, na hipótese de ser decretada para evitar rixas (agressões e contendas pessoais) entre as partes por causa da posse do bem litigioso (art. 822, I)”²⁴.

O perigo de danificação iminente é imprescindível para o ajuizamento desta ação. Esta posse ou propriedade pode ser disputada, ou vir a ser, mesmo em função de dissolução de sociedade subjacente ao casamento, ou

²⁴ THEODORO JR., H. Curso de Direito Processual Civil, vol. II. Rio de Janeiro,Forense, 1997, p.454.

até mesmo do próprio casamento, em função de divórcio ou anulação. Existem outras possibilidades do uso do seqüestro, como vemos no art. 6º, § 1º, Dec.-lei 7.661/45, o qual é permitido nos casos de bens de diretores de sociedade para garantir a efetivação das conseqüências de sua responsabilidade solidária na ação de falência, entre outros casos determinados por lei.

O seqüestro proporciona uma relação processual contenciosa que culmina numa sentença de acolhimento ou rejeição da pretensão, não tendo influência sobre o mérito da lide na ação principal. O seqüestro pertence ao gênero de depósito recursal, de depósito forçado do bem litigioso. Diferindo do simples depósito porque este poderá ser feito como caução por uma das partes na fase preparatória da ação, sem ter característica de prevenção e segurança do objeto ora litigado, enquanto que o seqüestro é resultado de imposição judicial, a requerimento da parte contrária, sendo este objeto garantia forçada de execução futura para entrega de coisa certa.

É considerado parte legítima para a proposição do seqüestro o autor e o réu da ação principal. Caso o pedido seja julgado procedente, gera uma sentença auto-exequível, com imediata expedição de mandado. Sua principal diferença do arresto é que este trata de garantir a eficácia da futura execução de quantia certa contra devedor solvente, enquanto que o seqüestro sua finalidade é a garantia de eficácia de execução para a entrega de coisa certa. Em outras palavras, podemos dizer que o arresto recai sobre bens indeterminados, convertendo-se, se lograr efeito, em penhora, e o seqüestro, que como já dissemos é sobre bem determinado, se transforma em depósito.

O seqüestro pode ser incidente ou preparatório, ou seja, medida aplicada quando houver dúvida sobre o direito material da parte envolvida e o perigo de desaparecimento da coisa determinada, não sendo obrigatoriamente que a lide esteja *sub judice*. A jurisprudência considera o seqüestro uma mediada “violenta, odiosa e de exceção”, devendo ser somente usada diante de prova segura e convincente de que a conservação da coisa corre o risco insanável.

Encontra-se claro que no caso do seqüestro não há dúvidas em relação ao não ferimento dos princípios da ampla defesa, do contraditório e da efetividade.

10 CAUÇÃO

A caução, que é uma garantia, é prestada por meio deste procedimento, também chamado de caução, e sua finalidade é o cumprimento de uma obrigação. Ela pode ser apresentada de duas maneiras: ao colocarem bens à disposição do juiz, é a que chamamos de caução real, e a apresentada por um fiador, que é a chamada caução fidejussória.

A simples palavra caução já significa garantia, e esta, no direito processual, poderá ser feita sem que necessariamente seja por esse procedimento, ou melhor, nem toda caução feita através deste tem natureza cautelar. A caução pode ser apresentada em qualquer procedimento. Normalmente ela é requisitada pelo juiz para servir de contrapeso à concessão de liminar.

Válido ressaltar as palavras do autor Humberto Theodoro Jr., no momento em que sustenta: “há caução quando o responsável por uma prestação coloca à disposição do credor um bem jurídico que, no caso de inadimplemento, possa cobrir o valor da obrigação. (...)e classifica as cauções em : a) cauções legais; b) cauções negociais; c) cauções processuais, compreendendo: 1. Ações cautelares; 2. Medidas incidentais necessárias, de imposição ex officio pelo juiz”²⁵.

Os doutrinadores só aceitam a caução como medida cautelar quando é prestada por determinação judicial. Isto ocorre devido ao poder geral de cautela, quando se trata de contracautela ou quando se trata de medida substitutiva de qualquer outra providência cautelar específica.

Tem legitimidade para prestar caução aquele que quer prestá-la, terceiros, ou àquele em favor de quem a caução deva ser prestada. Não podemos olvidar a figura *cautio iudicatum solvi*, é a chamada caução às custas. Ela é um tipo especial, exigida quando um brasileiro ou estrangeiro residindo fora do país, ou ainda quem precisa se ausentar do país, preste bens imóveis, cujo valor seja capaz de assegurar o pagamento das custas e honorários advocatícios da parte contrária. Sendo dispensada nos casos de execução por título extrajudicial ou de reconvenção.

Caso a caução prestada seja insuficiente para cobrir o valor do pretendido, pode-se pleitear o reforço de caução, lembrando sempre que a ativi-

²⁵ WAMBIER L. R.; ALMEIDA, F. R. C.; TALAMINI, E. Curso Avançado de Processo Civil, vol. III, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p.70.

dade judicial no procedimento de caução se limita à verificação da idoneidade do fiador e da suficiência da caução prestada, não cabendo ao juiz manifestar-se sobre o modo de prestação de caução.

Prevenir a ocorrência de um dano, esta é sua característica principal. Podemos dizer, então, que desempenha um papel de fonte de ressarcimento deste evento. Neste caso, a caução fica retida para que sobre ela incida a execução do prejuízo, através do processo de execução, não havendo, portanto, a simples entrega da caução ao credor.

A efetividade está assegurada no momento em que, de forma eficiente, o autor, por qualquer motivo, não seja lesado, e que tenha a segurança devida que lhe é oferecida pelo Poder Judiciário. Não atrapalhando, como mostram as evidências, a ampla defesa e o contraditório.

11 BUSCA E APREENSÃO

Ação cautelar que consiste em dois procedimentos subseqüentes e interdependentes que são: procurar e apreender. É usado em várias finalidades, nem sempre todas são cautelares. Podemos exemplificar a segurança da exequibilidade do provimento jurisdicional principal, ou preservar os efeitos de outra medida cautelar, podemos citar um desvio de má-fé de um bem arrestado, ou ainda a busca e apreensão de um menor que esteja na posse do pai mais de seis dias nos quais deveria ficar com a criança, no caso que não tenha a guarda do mesmo. Ela pode ainda bastar-se em si mesma, sendo satisfativa em si mesma, dispensando neste caso a propositura de uma outra ação, deixando de lado seu caráter de acessório. Podemos citar como exemplo a busca e apreensão de autos indevidamente retidos por advogado.

O seu objeto pode ser coisa móvel e pessoas, como já havíamos dito, menores e também interditos, sendo a medida, respectivamente, real ou pessoal. Podemos classificá-la ainda em preparatória ou incidente, dependendo exclusivamente de cada caso para que ela venha a ser utilizada. Reforçando que pode ter caráter autônomo se for satisfativa nela mesma, desta forma não estará atrelada a nenhum outro processo. Ela é autuada à parte, podendo ser apensada à ação principal se a alguma desta esteja servindo.

Autorizada por sentença, será expedido o mandado contendo indicação do local e descrição do objeto, bem ou pessoa, a serem apreendidos. Segundo o art. 3º do Dec-lei nº 911, e ainda se encontra regulamentada nos art. 839 a 843 do CPC. Será feita, então, por dois oficiais de justiça e acompanhados por duas testemunhas.

Embora a busca e apreensão possa ser feita de modo preparatório, assegura a efetividade do processo, não implica que afete o direito do réu de se defender em juízo. A medida cautelar tem caráter provisório, e está assegurada a ampla defesa e o contraditório a partir do momento que a parte tem oportunidade de contestar a concessão da liminar, como também acompanhar os procedimentos judiciais, participando de forma ativa, em pé de igualdade com a parte adversa.

12 AÇÃO DE EXIBIÇÃO

Meio pelo qual o autor objetiva conhecer e fiscalizar determinada coisa ou documento. Pode ter, o pedido de exibição, caráter cautelar e ser feito por meio de ação, sendo considerado autônomo se satisfativo em si mesmo, ou acessório, incidentalmente, ou preparatório, se objetivar algum interesse da ação principal.

O objeto de exibição pode ser uma coisa móvel que se encontre em poder de terceiros e que o autor tenha o interesse de conhecer; ou ainda documento em comum do autor com aquele que o detêm, exemplificando o caso de um sócio, ou que esteja em poder de terceiro, como é o caso de estar com o testamenteiro, ou inventariante.

Não sendo de caráter satisfativo, via de regra a exibição está relacionada com a constituição ou simplesmente destina-se a assegurar a prova, ou melhor, o autor pode ver e tocar a coisa que se exhibe, contudo, a permanência da coisa continua com o réu. Caso haja necessidade, o juiz determinará que o documento permaneça nos autos, ou que a coisa, durante um determinado período de tempo, se conserve em depósito judicial para dar oportunidade necessária para inspeção do requerente.

A ação incidental exhibitória poderá ser intentada contra um terceiro ou contra a parte. A lei prevê diferentes procedimentos para a ação exhibitória intentada contra a parte da ação principal e para ação exhibitória movida contra terceiro. Lembrando que não é uma medida constritiva de bens, não seguirá o prazo do art. 806 do CPC, em relação à sua eficácia subordinada. Após o término do processo, os autos continuam no cartório, para que essa medida gere prevenção.

O CPC trata do assunto em dois momentos, o primeiro como incidente da fase probatória do processo de cognição (arts. 355 a 363 e 381/382), e o segundo como medida cautelar preparatória. Encontramos polêmica na

doutrina atual no caso de a ação de exibição ter natureza cautelar. Contudo, seguimos a linha que a exhibitória tem a finalidade de acautelar o processo principal para que ele seja proposto sem os riscos peculiares ao exercício, não se baseando na pretensão reivindicatória. Outro fundamento que seguimos para considerá-la uma atividade tipicamente cautelar é no caso de essa fornecer elementos de fatos que se destinam a instruir o futuro processo, sem a preocupação com a razão daquele que dela se vale, e sem ter um objetivo a exaurir em si mesma.

Os princípios que ora discutimos estão assegurados e caminham em conjunto, haja vista a necessidade da cautelar, assegurando a efetividade, e da oportunidade reconhecida da parte de exercer o contraditório e a ampla defesa.

13 PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

A produção de prova, em regra geral, ocorre na fase de instrução, fase em que se dá o primeiro diálogo entre o autor e o réu. Nesta fase é que encontramos a prova pericial. Contudo, excepcionalmente, existem casos em que deve ocorrer a antecipação de sua produção, obviamente nos casos em que se encontrarem como pressuposto o risco de perecimento ou de desaparecimento do objeto da prova.

É fácil imaginarmos casos que necessitem de provas antecipadas. Podemos citar dois clássicos: o de uma testemunha doente, cujo depoimento no processo seja importante, mas que haja o receio de que ela não tenha saúde suficiente para esperar e dar sua contribuição; ou ainda uma perícia em bens perecíveis, cuja produção não pode aguardar as delongas do procedimento, sob pena de perder sua finalidade.

Neste sentido, é válido citar Humberto Theodoro Jr., que afirma: “o processo tem ordinariamente um momento ou uma fase reservada à prova dos fatos alegados pelas partes. Há circunstâncias excepcionais, no entanto, que autorizam a parte a promover, antes do momento processual adequado, a coleta dos elementos de convicção necessários à instrução da causa. São casos em que a parte exerce a pretensão à segurança da prova, sem contudo antecipar o julgamento da pretensão de direito substancial. O interesse que autoriza a ação cautelar na espécie se relaciona apenas com a obtenção,

preventiva, da documentação de estado de fato que possa vir a influir, de futuro, na instrução de alguma ação²⁶.

Podemos verificar a necessidade da produção de prova durante o curso do processo, ou melhor, na fase postulatória, sem que se possa aguardar a fase instrutória, ou, ainda, pode ser ajuizada antes mesmo do processo principal, o qual, ordinariamente, seria o caso da produção da prova determinada. Não interferiram, no caso, os princípios a que se dedica o estudo em questão.

Sua finalidade é a de registrar, sob forma de prova pericial ou oral, o fato presente que possa influir futuramente na solução da lide do processo principal, devendo ter como pressuposto o perigo de desaparecimento do objeto da prova ou de seu perecimento, casos exemplificados acima expostos.

Encontramos os casos de antecipação da prova dispostos no art. 846 do CPC, que são: depoimento da parte e inquirição de testemunhas (antes da propositura da ação ou antes da audiência de instrução, se a ação já estiver em curso) se o que deva depor tiver a necessidade de ausentar-se, ou por motivos de saúde, ou ainda de idade que provem o comprometimento de futura não realização dessas provas. Podemos citar ainda os casos em que é admissível essa ação quando caracterizado receio justificado de não bom funcionamento dos direitos da parte no tocante à análise pericial, de matéria imprescindível para o decorrer do processo.

As pessoas legítimas para propor a ação são o autor, o réu ou terceiro interveniente. A prova antecipadamente obtida será utilizada no processo principal e terá sua valoração como se fosse prova colhida neste. A prova de antecipação que, por exemplo, recair sobre depoimento de partes e testemunhas, estas serão levadas ao processo principal com o mesmo valor de provas testemunhais e não como documentais. Embora estando reduzidas a termo e homologadas por sentença, as provas testemunhais não terão caráter de documental, da mesma forma tratamos as provas periciais, que, levadas a instruir o processo principal, continuam mantendo sua mesma natureza, e não se convertendo em prova documental.

A sentença proferida pelo juiz na antecipação de provas é apenas homologatória, como se encontra explanado no parágrafo acima, ou seja, re-

²⁶ THEODORO JR., H. Curso de Direito Processual Civil, vol. II. Rio de Janeiro, Forense, 1997, p.490.

ferre-se somente ao reconhecimento da eficácia dos elementos coligidos, não havendo qualquer declaração de sua veracidade e suas conseqüências sobre a lide, uma vez que não são ações declaratórias e não fazem coisa julgada material. Segundo Pontes de Miranda, é uma ação constitutiva a antecipação de provas, exatamente por pré-constituir prova judicial para os interessados.

Constatamos que é uma medida de natureza cautelar, uma vez que serve ao processo principal, seja de conhecimento ou de execução. Na realidade não garante a eficácia do provimento jurisdicional, como podemos constatar no arresto ou seqüestro, contudo se olharmos a antecipação de depoimento de testemunha chave para dirimir um conflito, cuja inquirição somente poderá ser feita antecipadamente, por razão do perigo de desaparecimento do objeto da prova ou de seu perecimento, consideraríamos, sem restar dúvidas, que esta tem natureza cautelar.

14 ALIMENTOS PROVISIONAIS

Os alimentos provisionais têm a finalidade de prover o sustento da parte e os gastos da demanda durante o curso da ação da anulação de casamento, de separação judicial, da investigação de paternidade, entre outros casos permitidos por lei. Podem ser preparatórios ou incidentais. As partes da cautelar de alimentos provisionais são as mesmas da ação principal. Lembrando que sempre a competência é do juiz de primeiro grau, mesmo estando o processo no Tribunal. A liminar que trata dos alimentos provisionais podem ser concedidas ou negadas *inaudita altera pars*, ou seja, mesmo antes de a outra parte ser citada.

Não podem acumular com os alimentos provisórios concedidos com base na Lei nº 5.478, que prevê um rito especial para a ação de alimentos, com prova pré-constituída do fundamento do pedido, da mesma forma não pode acumular com alimentos eventualmente concedidos, no rito ordinário da ação de alimentos, por liminar de antecipação de tutela.

Válido citarmos o doutrinador Humberto Theodoro Jr., que explana: “Na verdade, a prestação de alimentos provisionais é conteúdo da ação de alimentos. De maneira que sua concessão tem mais figura de liminar que de medida cautelar. Há, mais do que o fim de assegurar uma futura execução, uma sumária resolução da pretensão litigiosa. No entanto, a ação cautelar de alimentos provisionais diverge da ação principal de alimentos porque: 1)

é acessória de outro processo; 2) é pleito (*venter non patitur dilationem*); 3) não é definitiva em relação a determinação da dívida, pois vigora até a solução definitiva da demanda”²⁷.

Há uma grande discussão na doutrina para saber se realmente essa medida pode ser considerada de natureza cautelar, haja vista que a finalidade desta é garantir a eficácia da ação principal. Contudo, a jurisprudência posiciona-se firme ao considerar que os alimentos pagos em provas não exaurientes não são repetíveis, ou seja, a parte que os pagou não pode reavê-los, e neste aspecto não seria cautelar, uma vez que estas podem ser reversíveis.

Há uma polêmica maior em relação à ampla defesa e ao contraditório nesta medida cautelar, se é que assim podemos chamá-la. O fato de não poder reaver a prestação concedida à parte autora, a efetividade, sem dúvida, foi garantida naquele exato momento, contudo o contraditório, para muitos, não. O seu direito de defesa foi suprimido na medida que concedida uma liminar *inaudita altera pars*, e que usado o suposto ‘contraditório’, a parte, ora pagante, prova a não responsabilidade que lhe foi atribuída, não terá ressarcido o valor pago, o que nos leva a concluir que o contraditório e a ampla defesa, neste caso, são falhos, ineficazes.

15 ARROLAMENTO DE BENS

Seu objetivo é a conservação de bens que corram risco de extravio ou de dilapidação, frustrando o cumprimento de determinada obrigação. Como as outras medidas cautelares, seus pressupostos são: *periculum in mora* e o *fumus boni juris*, medidas que assegurem a conservação dos bens.

Podem requerer o arrolamento de bens todos aqueles que se encontrem interessados em sua conservação, podendo este interesse, segundo o art. 856, §1º, decorrer do direito já constituído quanto de direito que ainda deva ser declarado em ação própria.

Da mesma forma podemos dizer que o art. 856, §2º, não admite o uso deste tipo de cautelar pelos credores para garantir que o devedor não dissipe seu patrimônio, só podendo fazer no caso de arrecadação de herança, ou nos casos de herança jacente, ou se o espólio do devedor tenha sido declarado insolvente.

²⁷ THEODORO JR., H. Curso de Direito Processual Civil, vol. II. Rio de Janeiro, Forense, 1997, p.498.

O juiz, convencido da veracidade das alegações do requerente e do efetivo risco de extravio ou de dissipação dos bens, nomeará depositário que irá lavrar auto contendo minuciosa descrição dos bens, devendo também registrar eventuais ocorrências que interessem para sua conservação. O depositário poderá ser o próprio possuidor ou terceiro, que preste compromisso e que desempenhe sua função sob as penas da lei.

Como podemos notar, o arrolamento, por si só, tem caráter meramente documental, contudo, ao se tornar medida constritiva de bens, assume a natureza nitidamente cautelar, seguindo, então, a regra do art. 806 do CPC, não encontrando algum tipo de problema com os princípios abordados em nosso estudo.

16 JUSTIFICAÇÃO

A justificação serve para a constituição de um documento para servir de prova para um futuro processo, o principal. Tem como objeto um fato ou uma relação jurídica. E mesmo que se exija, em princípio, a citação dos interessados, não é medida de caráter contencioso, não havendo defesa propriamente dita na medida cautelar de justificação, nem tampouco concessão de liminar, muito menos recursos de maneira geral.

Consiste apenas na coleta avulsa de prova testemunhal, que tanto pode ser usada em processo futuro ou em outras finalidades não contenciosas. Uma polêmica surge novamente. Alguns autores acreditam ser a justificação um meio de constituir provas e não de assegurá-las e, ademais, não está caracterizado o *periculum in mora*.

Outra questão a que devemos dar importância é que na justificação não há o contraditório, e nela o juiz nada decide. Limita-se apenas a aferir, extrinsecamente, a observância das formalidades legais, sem pronunciamento algum sobre o conteúdo da prova colhida.

Constatamos, então, que todas as cautelares devem assegurar a ampla defesa e o contraditório. Será que realmente podemos enquadrar a justificação como cautelar? A doutrina não é unânime, e o nosso posicionamento é de que a justificação está longe de ser uma cautelar, e sim, encontramos nela uma mera ação declaratória no caso da judicial, que poderá ou não ser posteriormente usada a favor do justificante. Neste caso não é considerada um acessório, até mesmo porque o justificante poderia impetrar uma ação sem obrigatoriamente usá-la, nem podemos dizer que a justificação tem força decisiva para a decisão final de um juiz.

A lei é bem clara nos casos em que o interessado, que não possa ser citado pessoalmente, deve ter a intervenção do Ministério Público. A justificação consiste na oitiva de testemunhas, que podem ser contraditadas e reinquiridas pelos interessados, como também existe o direito do requerente de juntar documentos, podendo o interessado se manifestar sobre os assuntos trazidos por aquele ao processo.

A justificação, medida de jurisdição voluntária, é decidida por sentença e os autos entregues ao requerente depois de 48 horas de sua decisão. A finalidade desta medida cautelar é a de que o juiz observe o cumprimento das formalidade legais, como já havíamos dito, não decidindo nada, nem se manifestando sobre o mérito da prova. Podendo ser aproveitada posteriormente por seu requerente em um outro processo.

17 PROTESTOS, NOTIFICAÇÕES E INTERPELAÇÕES

Meio pelo qual se possibilita à parte manifestar qualquer intenção, como o exemplo de prevenir responsabilidades, a de ressaltar direitos, ou ainda a de impedir futura alegação de ignorância. Obviamente não é por meio de nenhuma dessas medidas cautelares que se evite a realização de um negócio jurídico, e sim, evita que quem o celebrou alegue que não sabia que não podia fazê-lo. Ressaltando que esta impossibilidade não terá nascido do protesto em si mesmo.

As notificações, por exemplo, pelo direito material, existem em certos tipos de ações como condicionamento destas, como também as notificações têm o efeito de interromper a prescrição, como se encontra disposto no art. 172, II, do CC, e, por extensão, impede que se consuma a decadência, ou ainda constitui em mora o devedor, nas obrigações sem prazo, art. 960, CC.

Alguns autores afirmam que protestos, notificações e interpelações não sejam, na verdade, nem processo, nem ação, muito menos cautelares, e sim, meros procedimentos. É uma medida que pode ser feita extrajudicialmente. Acreditam esses que são meros procedimentos não contenciosos, conservativos de direitos, ou seja, não podem ser inclusos, tecnicamente, entre as cautelares, haja vista não se identificar nesses atos nem o *periculum in mora*, nem servem especificamente para assegurar eficácia e utilidade a outro processo.

Protesto é um ato judicial de comprovação ou documentação de intenção do promovente, revelando-se o propósito do agente de fazer atuar

no mundo jurídico uma pretensão, geralmente de ordem substancial ou material. Sua finalidade, como se encontra exposta no texto legal, pode ser: 1) prevenir responsabilidade; 2) prover a conservação de seu direito; 3) prover a ressalva de seus direitos. Como podemos constatar, o protesto não acrescenta nem diminui direitos ao promovente, apenas conserva ou preserva direitos porventura pré-existentes, não tendo feição de litígio, e sim, é unilateralmente em seu procedimento, o outro interessado apenas recebe ciência dele.

Segundo Humberto Theodoro Jr. “o protesto pode ser tido como gênero das manifestações em juízo da intenção de exercitar uma pretensão de ressalva ou de conservação de direitos. A notificação e a interpelação são espécies dessa atividade, processual conservativa, aplicáveis em casos especialmente previstos por lei (art. 873)”²⁸.

A notificação é usada para a comprovação solene de uma declaração de vontade, para atingir-se um fim de direito material. Pode ser considerada como instrumento de um ato substancial de ruptura do vínculo contratual. É por meio dela que a vontade atua no mundo jurídico, criando uma situação jurídica nova, que vai legitimar, em seguida, a retomada da coisa pelo interessado, através da via processual adequada.

A interpelação tem a finalidade de servir ao credor para fazer conhecer ao devedor a exigência de cumprimento da obrigação, sob pena de ficar constituído em mora.

São medidas que não admitem defesa. Realmente não haveria do que se defender. Pode existir, contudo, em procedimento distinto, o contraprotesto, a contranotificação ou a contra-interpelação. Não admite, também, a interposição de recurso contra seu deferimento. O próprio Código trata como meios de simples exteriorização de vontade, ou de comunicações de conhecimento.

18 HOMOLOGAÇÃO DE PENHORA LEGAL

Regulado por lei, o penhor legal encontra-se disposto no art. 776 do CC, que prevê dois casos: 1) ligado ao contrato de hospedagem, recaindo sobre a bagagem do hóspede; 2) ligado ao contrato de locação de prédio

²⁸ THEODORO JR., H. Curso de Direito Processual Civil, vol. II. Rio de Janeiro, Forense, 1997, p.518.

rústico ou urbano, sobre os bens do inquilino, que estiverem guarnecendo o imóvel.

A homologação do penhor legal não o constitui. O que acontece é o seu aperfeiçoamento com o fato de o credor tomar posse dos bens. Podemos dizer que o penhor legal é uma espécie de autotutela que remanesceu em nosso sistema jurídico. Ou seja, em face da resistência do devedor, pode o credor requerer judicialmente o seqüestro dos bens sobre os quais recai o penhor. Obviamente só recai nos bens que podem ser penhorados.

É uma medida pleiteada pelo autor, em ação autônoma, que não tem características de cautelar, pois não há vinculação a nenhum outro processo, e em sua própria sentença, homologando-se o penhor, é declarado o direito do autor.

O devedor é citado para que, em 24 horas, pague ou alegue defesa. Esta ficará adstrita às matérias listadas na lei, que são: 1) nulidade do processo; 2) extinção da obrigação; 3) não estar a dívida compreendida entre as previstas em lei ou não estarem os bens sujeitos a penhor legal, como exemplo, os impenhoráveis ou os alienáveis.

Ressaltando que os bens penhoráveis não passam a ser do credor, e sim, a ser uma garantia para posterior expropriação no momento devido. Há uma questão que os doutrinadores discutem. Uma boa parte, baseando-se na letra da lei, afirma poder ter-se uma homologação liminar no procedimento da homologação do penhor legal, assegurando a efetividade, a *inaudita altera pars* postergaria o contraditório, sendo o réu citado para pagar, e não mais é concedido seu direito de defesa, podendo, todavia, apelar desta sentença, vez que exerceria seu direito de defesa.

19 POSSE EM NOME DO NASCITURO

É uma medida cautelar que visa proteger direitos de quem não os pode exercer por si, porque ainda não nasceu. Consiste em um exame pericial para que se constate a gravidez, a cujo requerimento é anexada a certidão de óbito daquele de quem o nascituro é sucessor. Pode este exame ser dispensado se houver concordância dos interessados, que são os demais herdeiros. Neste caso, não temos o que discutir sobre os princípios que são objeto de nosso estudo.

Via de regra, a ação é ajuizada pela mãe, que é quem tem o pátrio poder. Contudo, na falta deste, será nomeado um curador para o nascituro.

Encontramos ainda neste tema divergências em relação de ser esta ação considerada de natureza cautelar. Como é o caso do doutrinador Humberto Theodoro Jr, que assim entende: “(...) Sem embargo de o Código arrolar a ‘posse do nascituro’ entre os procedimentos cautelares específicos, não se pode, do ponto de vista técnico, conceituá-la como ação cautelar. O que há, na espécie, é tão-somente a comprovação judicial da existência de um ser que ainda não penetrou no mundo das pessoas, e que, para atuar na tutela de seus interesses, precisa de um representante, Não pressupondo o periculum in mora, nem tendendo a assegurar o equilíbrio das partes numa situação de fato sobre que, necessariamente, haja de incidir um provimento jurisdicional visado por outro processo, não há como falar em ação cautelar. Tudo, na verdade, não passa de mero negócio jurídico de tutela de interesses privados, configurando tipicamente um procedimento de jurisdição voluntária, semelhantes àqueles relacionados com a tutela e a curatela”²⁹.

20 ATENTADO

Medida cautelar que visa alterar a situação de fato, documentando a violação e impor o restabelecimento do *status quo ante*. E até que seja revertida a situação pelo réu alterada, este, como punição, perderá o direito de pronunciar-se nos autos até purgar o atentado. É um caso de cerceamento do direito à defesa pelo seu mau uso.

A lei considera como atentado qualquer inovação ilegal no estado de fato relativo à situação subjacente à demanda, sendo considerada ilegal qualquer alteração que possa levar o juiz a decidir diferentemente daquilo que decidiria caso não tivesse ocorrido a modificação.

Os pressupostos constituem situação criada que há de ser nova e ilícita, a alteração deverá ter ocorrido de forma concomitante a um processo em curso, mesmo que esteja em fase de recurso ou de execução, e ainda caracterizada a lesão à parte contrária e possibilidade de induzir o juiz em erro. Lembrando que só pode haver atentado depois da instauração da litispendência, ou melhor, subseqüentemente à citação do réu. Neste caso, para que ocorra, já foram oportunizados o contraditório e a ampla defesa, como de costume em todos os procedimentos judiciais.

²⁹ THEODORO JR., H. Curso de Direito Processual Civil, vol. II. Rio de Janeiro, Forense, 1997, p.530.

O atentado é sempre incidental. Alguns autores não admitem a concessão de liminar, por ser impossível a sua execução provisória, todavia não é questão unânime na doutrina. Outros consideram a possibilidade de liminar, sendo o incidente autuado em apenso. Está claro que fora assegurada a efetividade. Além de ser um tema controverso – o da concessão de liminar ou seu indeferimento – dever-se-á estar sempre atento para assegurar o contraditório e a ampla defesa para a parte ré.

A sentença é mandamental e executiva em sua maior parte, podendo também ter conteúdo condenatório, quando for o caso de o réu ressarcir à parte lesada em perdas e danos, em consequência das causas repercutidas do atentado. A medida usada para combater o atentado é a sub-rogatória.

21 PROTESTO E APREENSÃO DE TÍTULOS

Além de ser considerada como cautelar, trata-se de uma medida administrativa que não chega sequer à intervenção do órgão judicial. É um ato extrajudicial, solene, cujo processamento ocorre perante oficial público, sem obrigatoriedade de advogado e tem por finalidade assegurar o exercício de certos direitos cambiários.

Consiste essa medida na documentação solene da apresentação do título ao devedor, realizada através de oficial público, com o objetivo de comprovar a falta de pagamento ou aceite para que sejam assegurados os direitos cambiários regressivos contra coobrigados, ou, ainda, o direito de ajuizar o pedido de falência do devedor comerciante (protesto necessário), como também pode ser usada para conseguir prova especial ou solene da ocorrência (protesto facultativo).

O CPC apenas regula o procedimento de intimação do devedor e da solução de dúvidas processadas pelo oficial de protesto, enquanto que os casos e requisitos estão regulados pelas leis especiais que regulam os diversos tipos de títulos de créditos.

A letra de câmbio e a duplicata são exemplos de títulos que necessitam de aceite do devedor. Nestes casos a lei estabelece um prazo para que o sacado restitua a cártula, com ou sem aceite, sob cominação de apreensão judicial. Não cumprida a devida obrigação, o credor poderá pedir ao juiz a apreensão do título indevidamente retido.

Se provadas documentalmente pelo credor, ou previamente justificadas, a entrega do título e a recusa da devolução, o juiz decretará a prisão

civil do devedor, tema de controvérsias, porque encontramos alguns posicionamentos que põem em dúvida a constitucionalidade da questão. Neste caso, o pedido do autor deverá obedecer aos requisitos legais e subscrito por um advogado, haja vista não mais a característica administrativa, ou seja, é um processo judicial contencioso.

Tanto em ordem administrativa como no processo judicial, o devedor deverá ter direito ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

Antes de ser preso, o devedor tem o direito de ser citado para que tome ciência do que está acontecendo a ele, momento pelo qual pode purgar sua falta. O artigo 886 do CPC indica as hipóteses em que a prisão civil cessará: cumprimento da obrigação do devedor; quando o requerente desiste do pedido; não sendo iniciada a ação penal dentro do prazo; e por último, não sendo a ação penal julgada antes de 90 dias da data de acusação do mandado de prisão.

22 OUTRAS MEDIDAS PROVISIONAIS

O juiz está investido do poder geral de cautela para que possa dar o efetivo cumprimento ao princípio de inafastabilidade do controle jurisdicional. Encontramos, então, a razão de ser do processo cautelar em assegurar esta eficácia.

São encontradas no art. 888 do CPC e denominadas como outras medidas provisionais, para as quais não se estipula rito especial, cuja admissibilidade tanto pode dar-se em caráter preparatório quanto em incidental, são elas: 1) obras de conservação em coisa litigiosa ou juridicamente apreendida; 2) a entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos; 3) a posse provisória dos filhos, nos casos de separação judicial ou anulação de casamento; 4) o afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais; 5) o depósito de menores ou incapazes castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral; 6) o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal; 7) a guarda e a educação dos filhos, regulação do direito de visita; 8) a interdição ou a demolição de prédio para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público.

Em caso de urgência, poderá ser deferida a liminar, baseando-se no parágrafo único do art. 889, observados os requisitos do art. 804, salientando que todas elas são medidas temporárias e provisórias, que atuam em

função de outro processo. Não olvidando que o contraditório e a ampla defesa não são reprimidos por causa da efetividade que o juiz prioriza quando concede a liminar, uma vez que seu direito de defesa, em sentido amplo, está assegurado.

A última delas, a interdição ou demolição de prédios, não tem caráter simplesmente cautelar, haja vista ser fato irreparável de ser corrigido. Contudo, podemos compreendê-la não como protetora do processo principal, e sim, protetora de algo mais importante, da saúde, da segurança ou do interesse público. Como podemos observar, este é o único caso em que não se faz necessária a propositura de uma ação principal, pois ela por si só tem efeito satisfativo, e não preventivo.

23 TÉCNICAS CONCILIATÓRIAS DOS TRÊS PRINCÍPIOS

Cabendo ao juiz, em favor a efetividade das oportunidades para participar depende sempre do conhecimento que a parte tenha do ato de ser atacado. Tem o sistema processual uma atividade em que o juiz e seus auxiliares devem prestar informações para o bom andamento do processo, que forneça oportunidades para ambas as partes participarem do processo, como p. ex., a citação, intimação e notificação. Só assim estará oferecendo de modo efetivo o contraditório para as partes.

Da mesma forma, entendemos que o princípio do contraditório e sua garantia impõem ao juiz que haja sua participação, através de atos como a direção, de prova e de diálogo. A lei impõe ao juiz, entre seus deveres fundamentais no processo, o de participar efetivamente.

Pode-se demonstrar a importância da efetividade no processo, que se aberto espaço para a ampla defesa e o contraditório na forma ordinária com que transcorre um processo, o direito e a justiça seriam prejudicados. Existem certos casos em que, em favor do bom direito, como podemos citar os casos de urgência em que o juiz precisa prover o *inaudita altera pars* (CPC, art. 929, 32, 937, 813 ss.) para que seja evitado o *periculum in mora*, não invalidando que o demandado possa desenvolver sucessivamente a atividade processual plena e sempre antes que o provimento se torne definitivo. P.ex. caso em que o demandante entra na justiça pedindo a custódia de um filho, sem que se escute a parte contrária, temendo que esta ao saber fuja com o menor. Neste caso observamos a importância da efetividade; em inúmeros outros, não priorizados, perde ela sua finalidade, embora, repetin-

do mais uma vez, não exclua completamente o direito à defesa, que poderá ser exercido no decorrer do processo depois de garantido a segurança do direito em litígio.

Importantes são as palavras do grande doutrinador C. R. Dinamarco, que defende ferozmente: “O processualista não pode ser conivente com a prática forense que mostra, dia após dia, que o réu obtém vantagens imorais com aquilo que imagina ser seu ‘direito de defesa’. A realidade social brasileira exige que seja realçado o valor da efetividade, já que muitos não podem esperar para receber as pequenas quantias a que tem direito, a não ser com um custo muito alto, que em vários casos significa até mesmo fome e miséria. Aqueles que tratam a ampla defesa como dogma e ainda assim falam em efetividade devem parar para pensar que a ampla defesa, quando garante ao réu, também pode retirar muita coisa do autor”³⁰.

24 CONCLUSÕES

Após a análise feita sobre a efetividade, a ampla defesa e o contraditório, pode-se constatar que as normas processuais civis precisam urgentemente se adequar às exigências da sociedade atual, dinâmica, conflituosa, angustiada.

Não se pode, por outro lado, olvidar que a ampla defesa e o contraditório, corolários do devido processo legal, deverão sempre estar presentes em qualquer processo, todavia, que não atropelem a efetividade do processo. Urge, pois que exista uma harmonia, mesmo que não absoluta, entre estes três princípios.

É errôneo apenas preocupar-se com o direito da parte de defender-se perante o juízo de algo que está sendo argüido contra si, nem tampouco dar-lhe total segurança de alegar todas as provas que tem ou se defender com todas as técnicas e recursos possíveis, se, ao mesmo tempo, um bem, principalmente de caráter não patrimonial, está sendo ameaçado e precisando de uma intervenção urgente.

Tampouco é correto, por amor à efetividade, o magistrado julgar sem ter sua opinião formulada, convicta, usando dos instrumentos que lhe são assegurados, mascarando, ou melhor, justificando não ter ferido a celerida-

³⁰ DINAMARCO, C. R. Fundamentos do Processo Civil Moderno. São Paulo, Ed. Malheiros, 2000, p.242.

de do processo e outros princípios que andam juntos da efetividade, uma vez que as medidas preventivas, feitas para resguardar um direito, não deixando a injustiça reinar, se torne a própria injustiça. Deve-se sempre ponderar, saber dosar para que a finalidade do processo consiga atingir, da melhor forma possível, o esperado.

É razoável concluir, após a presente exposição, que o bom acesso à justiça depende de fatores, já acima mencionados, muitos deles inter-relacionados, não podendo ser resolvidos um por um. Faz-se necessário que haja uma maior publicização da Justiça, como ocorre na França, em que os cidadãos conhecem melhor, tem mais instruções sobre o que é a instituição judiciária, e como a máquina funciona. Como também um melhor e mais ágil atendimento pela assistência judiciária, a redução das custas do processo, o uso de métodos alternativos para decidir causas judiciais, a simplificação de normas rebuscadas e complexas o quanto mais possível, entre outras medidas necessárias.

Constata-se, de modo geral, que a medida cautelar, mesmo sendo concedida *inaudita altera pars* pode vir a ser essencial para a efetividade do processo. O que adiantaria se o sistema jurídico não tivesse dispositivos eficazes para conservar um direito que está sendo discutido judicialmente? Da mesma forma que não suprime o contraditório e a ampla defesa, pois esses princípios são inerentes às partes e estão assegurados a partir do momento em que ambas têm o conhecimento de todos os trâmites do processo, acompanham-nos e participam de maneira ativa, defendendo-se sempre que achar necessário.

Neste sentido é válido citar Arruda Alvim: *“engendrarem-se institutos com esta finalidade de precipitar no tempo a satisfação da pretensão. A decisão proferida dentro de um sistema, mais célere, em que se prescindia de audiência, sem lesão às partes, corresponde à ambição generalizada de uma justiça mais célere. A demora dos processos é um mal universal. Esta tendência continuada dos legisladores, de tentar agilizar a justiça, tem sido a resposta correspondente ao grande número de acesso à justiça, mercê do qual o aparato estatal tradicional, seja tendo em vista o seu tamanho, a sua eficiência, não ter logrado atender com a rapidez desejável.”*³¹.

Particularmente, a medida a ser tomada é a reforma dos procedimentos judiciais em geral. Haja vista que um processo no qual impera a moro-

³¹ ALVIM, A.; Manual de Direito Processual Civil, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p.384.

cidade, em que não haja um adequado sistema de tutelas de urgência, será inibido o bom acesso à justiça, e conseqüentemente, prejudicados o direito e a justiça, peças imprescindíveis para o Estado de direito e para a democracia.

BIBLIOGRAFIA

- ABATE, M. & ABATE, M.L. **Codice di procedura civili: e leggi complementari**. quinta edizione, Itália: Cedam, 1998.
- ALVIM, A.; **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- CALAMANDREI, P. **Estudios sobre el proceso civil**, vol. III, Buenos Aires, Ed. Juridicas Europa-America, 1973.
- CAMPANHOLE, H. L.; CAMPANHOLE, A. **Constituições do Brasil**. São Paulo, Ed. Atlas, 1999.
- CAPPELLETTI, M. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.
- CARNELUTTI, F. **Instituições do Processo Civil**. Vol. III, São Paulo, Ed. Servanda, 1999.
- DANTAS, F. W. L. **Jurisdição, Ação (Defesa) e Processo**. São Paulo, Editora Dialética, 1997.
- DINAMARCO, C. R. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. São Paulo, Ed. Malheiros, 2000.
- DINAMARCO, C.; GRINOVER, A. P.; CINTRA, A. C. de A. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo, Ed. Malheiros, 1997.
- FREITAS, J. L. **Introdução ao Processo Civil**. Coimbra, Ed. Coimbra, 1996.
- FIGUEIREDO, L. V. **Estado de Direito e devido processo legal**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 209: I - IV, 1997.
- LACERDA, G. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. VIII, tomo I e II. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1999.

- MARINONI, L. G. **Novas Linhas do Processo Civil**. São Paulo, Ed. Malheiros, 1999.
- MARQUES, J. F. **Manual de Direito Processual Civil**. vol. IV, São Paulo, Ed. Saraiva, 1976.
- MÉNDEZ, F. R. **El sistema procesal español**. Barcelona, Ed. José Maria Bosch S/A, 1995.
- MORAES, A. **Direito Constitucional**. São Paulo, Ed. Atlas S/A, 2000.
- NERY JR., N. **Atualidades sobre o Processo Civil**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1996.
- NERY JR., N. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999.
- PASSOS, J. J. C. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. X, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1984.
- ROSAS, R. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- SANTOS, M. A. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo, Ed. Saraiva, 1999.
- SILVA, O. A. B. da. **Curso de Processo Civil**. vol. III, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1998.
- THEODORO JR., H. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. I e II. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1999.
- WAMBIER L. R.; ALMEIDA, F. R. C.; TALAMINI, E. **Curso Avançado de Processo Civil**, vol. III, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

