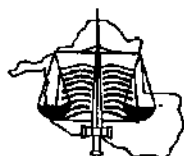


**ESCOLA DA MAGISTRATURA
DO ESTADO DE RONDÔNIA**



EMERON

**REVISTA DA ESCOLA DA MAGISTRATURA
DO ESTADO DE RONDÔNIA**
(Criada em agosto de 1996)

Ano 2003 - Nº 10
Porto Velho - Rondônia

REVISTA DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA

Conselho Editorial

*Des. Renato Martins Mimessi
Des. Dimas Ribeiro da Fonseca
Des. Eurico Montenegro Júnior
Des. Gabriel Marques de Carvalho
Des. Eliseu Fernandes de Souza
Juiz Francisco Prestello de Vasconcelos
Juiz Alexandre Miguel
Juiz Marcos Alaor Diniz Grangeia*

Divulgação

*Coordenadoria de Comunicação Social
do Tribunal de Justiça do Estado
de Rondônia*

Diagramação,

Composição e Capa

José Miguel de Lima

Fotolito, Impressão,

Acabamento e Comercialização

*Departamento Gráfico do Tribunal de Justiça
do Estado de Rondônia*

Revisão

Maria Luzia Godoi Navarrete

EMERON

Escola da Magistratura do Estado de Rondônia
*Av. Rogério Weber, 1872 - Fone-Fax (069) 217-5034
CEP 78916-050 - Porto Velho - Rondônia
Página na Internet: www.tj.ro.gov.br
E-Mail: emeron@tj.ro.gov.br*

ADMINISTRAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA - BIÊNIO (2000-2001)

Presidente

Des. GABRIEL MARQUES DE CARVALHO

Vice-Presidente

Des. EURICO MONTENEGRO JÚNIOR

Corregedora-Geral da Justiça

Des. CÁSSIO RODOLFO SBARZI GUEDES

COMPOSIÇÃO PLENÁRIA DO TRIBUNAL

Des. GABRIEL MARQUES DE CARVALHO
Des. CÁSSIO RODOLFO SBARZI GUEDES
Des. EURICO MONTENEGRO JÚNIOR
Des. ELISEU FERNANDES DE SOUZA
Des. RENATO MARTINS MIMESSI
Des. VALTER DE OLIVEIRA
Des. SEBASTIÃO TEIXEIRA CHAVES
Des. ROOSEVELT QUEIROZ COSTA
Des^a. ZELITE ANDRADE CARNEIRO
Des. JOSÉ PEDRO DO COUTO
Des^a. IVANIRA FEITOSA BORGES
Des. ROWILSON TEIXEIRA

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA

Diretor

Des. RENATO MARTINS MIMESSI

Vice-Diretor

Juiz MARCOS ALAOR DINIZ GRANGEIA

CORPO DOCENTE DA EMERON

PORTO VELHO

Dr. Arlen José Silva de Souza	<i>Direito Agrário e Hermenêutica</i>
Dr. Osny Claro de Oliveira Junior	<i>Direito Processual Civil</i>
Dr. Renato Bonifácio de Melo Dias	<i>Direito Civil</i>
Dr. Edson Jorge Badra	<i>Direito Comercial</i>
Des. Eurico Montenegro Júnior	<i>Direito Constitucional</i>
Dr. José Antônio Robles	<i>Direito Processual Penal</i>
Dr. José Jorge Ribeiro da Luz	<i>Direito Penal</i>
Dr. Marcos Alaor Diniz Grangeia	<i>Direito Tributário</i>
Dr. Sansão Batista Saldanha	<i>Direito Administrativo</i>
Dr. Álvaro Kalix Ferro	<i>Direito Ambiental</i>
Dr. Francisco Borges Ferreira Neto	<i>Direito do Consumidor</i>
Dr. João Adalberto Castro Alves	<i>Prática de Audiência e Sentença Criminal</i>
	<i>Prática de Audiência e Sentença Civil</i>

JI-PARANÁ

Dr. Edewaldo Fantini Júnior	<i>Direito Constitucional</i>
Dr. Mário José Milani e Silva	<i>Direito Processual Civil</i>
Dr. Glaucio Antonio Alves	<i>Direito Civil e Direito Ambiental</i>
Dr. Haruo Mizusaki	<i>Direito Comercial</i>
Dr. Valdecir Ramos de Souza	<i>Direito Processual Penal</i>
Drª Sandra Aparecida Silvestre	<i>Direito Penal</i>
Dr. Edson Yukishigue Sassamoto	<i>Direito Tributário</i>
Dr. Fabiano Pegoraro Franco	<i>Direito Administrativo</i>
Dr. Guilherme Ribeiro Baldan	<i>Prática de Sentença Civil</i>
Drª Maria Abadia de C. M. S. Lima	<i>Prática de Sentença Criminal</i>
Dr. Aureo Virgílio de Queiroz	<i>Direito do Consumidor</i>
	<i>Direito Agrário e Hermenêutica</i>

APRESENTAÇÃO

Dando continuidade a um sonho que se tornou realidade desde agosto de 1996, com a publicação da primeira edição da revista da Escola da Magistratura de Rondônia, colocamos em suas mãos, Caro Leitor, a de número 10.

Para a realização desta façanha nunca estivemos só, pois os artigos, até então publicados, foram matéria prima de grande valor, tendo como nossos parceiros de jornada os autores e leitores, cuja experiência intelectual trocada manteve acesa a chama necessária à continuação de sua publicação.

Esta Revista é um canal aberto, é um caminho franqueado a novas experiências com novos autores e novos artigos. E é com prazer que convidamos todos os profissionais ligados ao meio jurídico para nos acompanhar nesta trilha.

Des. RENATO MARTINS MIMESSI
Diretor

ÍNDICE

9

O Caráter Punitivo das Indenizações por Danos Morais: Adequação e Impositividade no Direito Brasileiro

Dr. Osny Claro de Oliveira Junior

39

Anotações Sobre as Mais Recentes Alterações ao Código de Processo Civil

Caetano Lagrasta Neto

65

Democratização: O Grande Desafio do Judiciário na Era dos Novos Direitos

Roosevelt Queiroz Costa

113

Incidência e Aplicação da Norma Jurídica: Uma Crítica ao Realismo Lingüística de Paulo de Barros Carvalho

Adriano Soares da Costa

139

Sobre Kant e à Paz Perpétua

Alexandre Miguel

155

Reforma do Judiciário

Bernardo Cabral

171

O Regime Jurídico das Medidas Urgentes

Cândido Rangel Dinamarco

217**A Subjetividade da Prestação Jurisdicional no Dano Moral do Consumidor**

Jorge Luiz de M. G. do Amaral

227**Sentença Criminal Programada para Computador**

Pedro Madalena
Roberto Heinze

263**Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática**

Luís Roberto Barroso

301**Posse e Propriedade no Novo Código Civil Brasileiro**

Misael Montenegro Filho

317**A Afirmação dos Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Contemporâneo**

Jorge Bacelar Gouveia

**O CARÁTER PUNITIVO DAS INDENIZAÇÕES
POR DANOS MORAIS: ADEQUAÇÃO E
IMPOSITIVIDADE NO DIREITO BRASILEIRO**

Osny Claro de Oliveira Junior
Juiz de Direito em Rondônia

O CARÁTER PUNITIVO DAS INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS : ADEQUAÇÃO E IMPOSITIVIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Osny Claro e Oliveira Junior

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Distinção entre os "punitive damages" e o caráter punitivo das indenizações por danos morais no Brasil; 3. Adequação e impositividade do caráter punitivo no sistema da responsabilidade civil do direito brasileiro; 4. O arbitramento do valor indenizatório; 5. Há mesmo no Brasil uma "indústria do dano moral"? 6. Conclusões; 7. Referências Bibliográficas; 8. Bibliografia consultada.

...O romano Nerácio passeava pelas ruas de Roma, acompanhado de um escravo, encarregado de pagar a taxa legal pelas bofetadas que se divertia em vibrar nos transeuntes. Durante a guerra peninsular, um oficial do exército inglês costumava penetrar a cavalo numa feira de Coimbra, quebrando com chicote os objetos de barro em exposição e ganhando a impunidade pela indenização... (apud Roberto Lyra, Comentários ao Código Penal, Forense, 3ª ed., vol. II, nº 33, pgs 246/247).

1. INTRODUÇÃO

Vigentes os altos mandamentos da Constituição Federal, tornou-se xpresso e incontestável no ordenamento jurídico brasileiro o direito à indenização por danos morais.

Esgotada a discussão sobre o tema específico da indenizabilidade, deslocou-se a abordagem teórica e prática para os aspectos informa-

madores da valoração dos danos morais e, com mais arraigada força, para a quantificação da indenização a ser paga pelo responsável e obrigado à indenização.

Revelando-se minimamente eficazes as indenizações concedidas, e concentradas as condenações sobre renitentes setores da sociedade que teimam em não se adequar ao consagrado princípio geral de direito que prescreve ser conduta desejada e esperada toda aquela que não causa dano a outrem, a mira das discussões passou ser o valor das indenizações, e bem assim os critérios adotados pelos juízes para o arbitramento do valor indenizatório.

Surgem então teses e teorias que objetivam desqualificar a validade jurídica da aplicação do valor de desestímulo, assim obtido por meio da imposição de caráter punitivo às indenizações da espécie, em suma sob os seguintes argumentos:

a) o caráter punitivo no Brasil é mera cópia dos "punitive damages" do direito norte-americano;

b) o caráter punitivo não é compatível com o sistema jurídico brasileiro porque, sendo uma pena, não há prévia cominação legal;

c) sendo pena, o caráter punitivo tem feições criminais, estando assim os juízes cíveis usurpando competência exclusiva dos juízes criminais;

d) os valores das indenizações por danos morais aplicados no Brasil têm sido milionários, justamente por causa da adoção do valor de desestímulo, gerando enriquecimento ilícito para quem recebe tais valores;

e) a indenização por danos morais deve apenas compensar o dano, na sua exata extensão, daí porque também não ser cabível o caráter punitivo agregado ao compensatório;

f) o acolhimento indiscriminado das ações judiciais tem colaborado para a banalização do instituto indenizatório, fomentando no seio da Justiça brasileira uma "indústria dos danos morais".

Procuraremos demonstrar neste estudo que os argumentos acima arrolados contém equívocos conceituais e sistêmicos que os tornam inválidos perante o ordenamento jurídico vigente e que, ademais, não correspondem em termos práticos à realidade refletida nas causas submetidas ao crivo judicial.

2. DISTINÇÃO ENTRE OS PUNITIVE DAMAGES E O CARÁTER PUNITIVO DAS INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS NO BRASIL

Leciona VICENTE RÃO (O Direito e a Vida dos Direitos, RT, p. 459), que, antes de alcançar a adaptação do fato ou caso concreto ao comando da lei, deve o estudioso do fenômeno jurídico ultrapassar cinco fases operacionais : a) a análise direta do fato, ou diagnóstico do fato ; b) sua qualificação perante o direito, ou diagnóstico jurídico ; c) a crítica formal e a crítica substancial da norma aplicável ; d) a interpretação desta norma ; e) sua aplicação ou adaptação ao fato, ou caso concreto.

Ocorrendo falha ou desvio neste percurso, não será de boa técnica expressar conclusões valorativas, porque restará prejudicada a suma interpretativa que se queira conferir a um determinado fenômeno jurídico.

Comprometido com este método de enquadramento jurídico do instituto da indenização em análise, o foco inicial deste estudo está direcionado ao fim de distinguir a dimensão jurídica dos punitive damages aplicados no direito norte-americano daquela alcançada pelo caráter punitivo das indenizações por danos morais no Direito Brasileiro.

Objeta-se quanto ao cabimento da adoção do valor de desestímulo, entendendo-se estar sendo aplicado no Brasil tal e qual os “danos punitivos” – punitive damages - dos norte-americanos, inclusive como que por uma tosca imitação e sem maiores preocupações de adequação ao sistema jurídico brasileiro.

Não sem motivo grafamos com aspas a locução “danos punitivos”. É que a tradução livre do inglês “punitive damages” conduz a uma expressão vazia e desprovida de conteúdo significativo no campo jurídico brasileiro. Ao pé da letra “punitive damages” quer significar punição por decorrência dos danos, por causa dos danos. Assim, nos moldes aportuguesados, dá-se a impressão de que, com o valor indenizatório, estar-se-ia impingindo um “dano ao causador do dano”, com carga vingativa, estritamente emulativa, o que absolutamente não se coaduna com o sistema de responsabilidade civil do direito brasileiro.

Embora assemelhado aos “punitive damages” do direito norte-

americano, o caráter punitivo adotado no Brasil dele se diferencia em forma e substância, sendo em nossa terra de fato mais bem aperfeiçoado e eficaz, em termos jurídicos e práticos.

No Brasil, destaca-se o caráter punitivo como fator de desestímulo, por meio da imposição de um valor suficiente a servir como uma efetiva punição ao agente lesante, a ponto de demovê-lo de novas práticas lesivas da mesma espécie ou diversa.

Frisamos que falar em desestímulo não implica em admitir a imposição de vingança, pois quem se vinga não quer, em primeira linha e primordialmente, educar o agressor, mas apenas retrucar-lhe o mal causado com outro mal que o aflija.

Desestimular é fazer perder o estímulo, ou ao menos esmaecer a incitação ou propensão do indivíduo às atividades aptas a causar danos morais. Punir é impor reprimenda, castigar. Aquele é o fim almejado ; este é o meio utilizado. Pune-se o indivíduo para desestimulá-lo da prática infracional. Noções distintas portanto, mas que, por traduções livres ou diretas do inglês, têm sido confundidas e tratadas como conceitualmente iguais.

Por outro lado, no dito sistema alienígena, agrega-se ao valor estritamente compensatório direcionado à satisfação relativa da vítima – aqui expressão do atendimento ao interesse particular - um valor punitivo concernente ao comando repreensivo e vingativo imposto pelo interesse social, a título sobretudo exemplar, dando-se por forma diferida a aferição dos valores pecuniários : primeiro, fixa-se o montante compensatório e depois estabelece-se o “dano punitivo”.

Os “danos punitivos” dos norte-americanos, invariavelmente, ultrapassam em muito o valor compensatório e são apontados de modo destacado através de deliberação do *júri* nos casos mais graves segundo o grau de culpa do agente ofensor e o sentimento de reprovabilidade social.

Portanto, desde logo se distingue o chamado “valor de desestímulo”, que é a tônica no Brasil, dos “punitive damages” norte-americanos. Mas ainda assim apontam ser a indenização por danos morais no Brasil como uma mal acabada importação do direito estrangeiro, quando aqui se adota o dito caráter punitivo.

Temos que , em verdade, no Brasil o instituto é mais bem estruturado, melhor aplicado e mais eficaz. Dois aspectos assim o demonstram.

Nos Estados Unidos, a análise do cabimento e a quantificação dos “punitive damages” são tarefas atribuídas aos júris populares, formados por cidadãos em regra leigos em ciências jurídicas, sem domínio da técnica legislativa e jurídica, e, portanto, capazes de expressar apenas juízo de valor empírico, e sem fundamento científico sobre as normas. Fica realçado o caráter vingativo da punição aplicada.

No Brasil, a tarefa da análise do cabimento e da quantificação do valor indenizatório é reservada aos Juizes de Direito, Desembargadores dos Tribunais e Ministros das altas Cortes, profissionais com formação técnico-jurídica e, portanto, preparadas para o cotejo minucioso dos fatos com a lei.

Não há resquício de vingança, mas apenas obediência às normas e aos princípios basilares do sistema jurídico, que indicam a necessidade de compensação e desestímulo - este por meio da punição agregada - tudo mediante elaboração condenatória fundamentada e motivada.

Nos Estados Unidos, vigora uma arraigada cultura do seguro e do resseguro, de modo que em grande parte dos casos de aplicação dos “punitive damages”, de pequeno ou vultoso valor relativo, o peso da condenação, na prática e em última instância, recai sobre as corporações seguradoras - ainda que os valores dos prêmios de seguro tendem a aumentar para os segurados - de modo que, a rigor, o caráter punitivo se desvia em parte, pois que o causador do dano acaba não suportando em sua totalidade um efetivo desfalque em suas finanças.

Desta forma, o montante global das condenações a título de “punitive damages” tende a concentrar-se sobre as seguradoras, que por isso fomentam a reformulação do sistema jurídico da indenizações civis naquele País (a “tort reform”).

No Brasil, inexistindo ainda a cultura do seguro, as indenizações por danos morais em regra são efetivamente suportadas pelo próprio causador do dano, de forma que o caráter punitivo e desestimulador, aqui, funciona com muito mais eficácia, pulverizando-se entre os agentes lesionadores e incidindo diretamente sobre suas finanças.

3. ADEQUAÇÃO E IMPOSITIVIDADE DO CARÁTER PUNITIVO NO SISTEMA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO DIREITO BRASILEIRO

Partindo da premissa posta no tópico anterior, opõe-se a tese de que os “danos punitivos” não seriam compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro porque, significando uma verdadeira pena imposta ao responsável pelo dano, toma feições de sanção criminal, no que estaria sendo vulnerado o primado constitucional de que não se pode aplicar pena sem prévia cominação legal, como estaria a exigir o art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal, e aduzindo-se, sob outra ótica, que, assim fazendo, estariam os juízes cíveis usurpando competência exclusiva dos juízes criminais.

A dificuldade dos que assim entendem surge da submissão irrefletida, em termos mais amplos, à “Teoria Pura do Direito” de Hans Kelsen.

Seguindo o sistema jurídico brasileiro os moldes do sistema romano-germânico, afirma GUIDO FERNANDO SILVA MORAES (Common Law — Introdução ao Direito dos EUA. RT, 1.999, pp.29/30), que:

...O pensador que melhor caracteriza o sistema romano-germânico é Hans Kelsen, com sua Teoria Pura do Direito: o direito é uma construção escalonada (stufenbau), tão racional e geométrica que, por isso mesmo, tem a forma de uma pirâmide, no ápice da qual se encontra uma norma fundamental (Grundnorm), a partir da qual as normas menos gerais retiram sua eficácia e vão perdendo sua generalidade, até aquelas normas colocadas na base (os contratos e as sentenças) em que o princípio geral guarda sua eficácia, após percorrer outros campos de particularismos (a constituição, a lei ordinária, o artigo...)

E segue advertindo que:

...Os perigos em tal tipo de sistema referem-se ao culto desmesurado à lógica formal e à racionalidade da constru-

ção dedutiva, tida como válida por seu próprio rigor arquitetural, por ela mesma válida, porque racional e coerente dentro do raciocínio abstrato, mas com um acentuado desprezo pelos resultados, na vida corrente.

Sob este vazo positivista, admitem-se como válidas, eficazes e compatíveis entre si e com o ordenamento, apenas as normas expressas literalmente pela letra da lei, sem consideração ao que está implícito e que, justamente, diz com os princípios maiores que informam o sistema.

Daí porque não ser concebível para alguns a aplicação de uma condenação implicitamente punitiva e, portanto, com feições de pena privada nas indenizações por dano moral, quando somente conseguem visualizar a prévia cominação delas no campo estritamente criminal.

Ocorre que o primado da necessária prévia cominação de pena imposta pela Constituição Federal, como referido, em seu art. 5º, XXXIX, dirige-se ao direito criminal, pois que serão considerados crimes e contrações aquelas condutas comissivas ou omissivas descritas pormenorizadamente e decodificadas em *numerus clausus* no corpo da legislação específica infra-constitucional.

A imposição da pena criminal reclama, assim, a prévia adequação do fato específico à norma tipificadora.

Esta exigência se justifica pelo grau e destinação da sanção cominada: verificado o ato (materialidade), a tipicidade e a culpabilidade, a pena incidirá diretamente sobre a pessoa do agente, privando-o da liberdade ou, cumulativamente ou não, impondo-lhe pena pecuniária.

No campo da responsabilidade civil, o comando punitivo vigora de forma diversa, e quem assim não observa desconsidera, já em ponto inicial, a existência de um preceito genérico punitivo contido no art. 159 do Código Civil ainda vigente, que prescreve:

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

O mesmo preceito é reiterado no novo Código Civil:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

O Código Civil antigo e o novo, desta forma, encerram o comando genérico da reparação civil dos danos com carga punitiva, sem necessidade de enumeração das hipóteses de fato e de direito hábeis a ensejar a obrigação de indenizar.

Atento à questão, YUSSEF SAID CAHALI (Dano Moral, RT, 2ª ed., pp. 33 a 40) argumenta:

No que contesta a reparabilidade do dano moral, argumenta-se que, se concedida a indenização no caso, esta teria caráter de pena, incompatível assim com o direito privado, na medida em que não visaria a recomposição do patrimônio ofendido...

Aliás, na jurisprudência de nossos tribunais, afirma-se que:

o direito possui valor permutativo, podendo-se, de alguma forma, lenir a dor com a perda de um ente querido pela indenização, que representa também punição (grifo nosso) e desestímulo do ato ilícito"; o que também transparece nítido no caráter admonitório e circunstancial da carga indenizatória... Atribui-se também à jurisprudência romana o mérito de haver iniciado validamente o movimento de "despenalização" total do direito privado, tendente a eliminar dele todo elemento penalístico, com a construção de um ilícito aquiliano apenas e tão-somente de caráter reipesercutório. Porém, essa tendência, segundo reconhece Albanese, não pode ser considerada plenamente realizada e satisfeita...

*Visualizando a interação do direito privado com o público, arre-mata o mestre:

...Em realidade, parece mais acertado dizer-se que o mecanismo protetivo da norma geral de ressarcimento ou reparação - *neminem laedere* - caracteriza-se pela natureza mista ... Quando por exemplo o Código Civil diz, no art. 159 que "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano", está desta forma indicando "*qual è la reazione dell'ordinamento giuridico alla commissione del fatto illecito, ragione che, in quanto tale, ha carattere sanzionatorio.*" O dever de indenizar representa por si a obrigação fundada na sanção do ato ilícito. A regra *neminem laedere* insere-se no âmago da responsabilidade civil...na solução dos interesses em conflito, o direito, como processo social de adaptação, estabelece aquele que deve prevalecer, garantido-o através de coerção até mesmo física, preventiva ou sucessiva, que não é desconhecida também no direito privado....Assim, pode acontecer que, para induzir alguém a que se abstenha da violação de um preceito, o direito o ameaça com a cominação de uma mal maior do que aquele que lhe provocaria a sua observância... Nesse caso - assinala Carnelutti - tem-se a sanção econômica do preceito; e os meios de diferentes espécies, que visam assegurar a observância do preceito, recebem justamente o nome de sanção, pois sancionar significa precisamente tornar qualquer coisa, que é o preceito, inviolável e sagrada...

Após referir-se ao caráter aflitivo conjugado ao satisfativo como característicos da sanção implícita na obrigação de indenizar, continua e completa o Mestre:

O direito moderno sublimou, assim, aquele caráter aflitivo da obrigação de reparar os danos causados a terceiro, sob a forma de sanção legal que já não mais se confunde - embora conserve certos resquícios - com o rigoroso cará-

ter de pena contra o delito ou contra a injúria, que lhe em-
prestava o antigo direito, apresentando-se agora como con-
sequência civil da infração de conduta exigível, que tiver
causado prejuízo a outrem...Aliás, segundo registra Hugue-
ney, são numerosas as manifestações do direito moderno,
apoiadas na tradição histórica do caráter punitivo da san-
ção legal, não só em matéria de responsabilidade civil, como
igualmente em outros domínios do direito privado...nessas
condições, tem-se, portanto que o fundamento ontológico
da reparação dos danos morais não difere substancialmen-
te, quando muito em grau, do fundamento jurídico do res-
sarcimento dos danos patrimoniais, permanecendo insito
em ambos os caracteres sancionatório e aflitivo, estilizados
pelo direito moderno..

No mesmo sentido é o entendimento de CARLOS ALBERTO BIT-
TAR (Reparação Civil por Danos Morais, RT. 3ª ed., p. 26.), ao discorrer
sobre a necessidade da reparação específica:

Mas interessa também ao lesado a reconstituição de sua
situação pessoal, ou, pelo menos, a minoração dos sacrifícios
suportados por força de danos ocorridos. Importa, por fim,
atribuir-se ao lesante os reflexos negativos resultantes de
sua atuação, diante da subordinação necessária à manuten-
ção da tranquilidade social. *Nessa linha de raciocínio, pre-
enche a teoria em estudo os fins de chamar à reparação
o lesante e sancioná-lo pelos danos produzidos a ou-
trem, realçando-se, em sua base, a forte influência da
Moral.* (grifamos)

Do mesmo sentir compartilha CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA
(Responsabilidade Civil, 9ª ed., Forense, 1.990, p. 60), ao abordar os
fundamentos da indenização por danos morais:

O problema de sua reparação deve ser posto em termos de

que a reparação do dano moral, *a par do caráter punitivo imposto ao agente*, tem de assumir sentido compensatório... (g.11.)

Veja-se que para o Mestre Caio Mário, o caráter punitivo é mesmo suposto, subentendido na norma e precedente ao aspecto compensatório da indenização.

Também MARIA HELENA DINIZ (Curso de Direito Civil Brasileiro, Saraiva, 11ª ed. 1º V, pg. 292) enfatiza a sanção civil encarnada na reparabilidade do ato ilícito, ao lado da função compensatória:

...quando a vítima reclama a reparação pecuniária em virtude de dano moral que recai sobre a honra, no profissional e família não pede um preço para sua dor, mas apenas que se lhe outorgue um meio de atenuar, em parte, as consequências do prejuízo. Na reparação do dano moral, o dinheiro não desempenha a função de equivalência, como no dano material, porém, concomitantemente, a função satisfatória e a de pena...

A rigor, falar em compatibilidade do caráter punitivo neste contexto não é a forma mais correta de abordagem do tema, pois o que é do próprio corpo e com ele funciona, guarda com este relação de adequação, e não de compatibilidade. Não haveria sentido em tratarmos da compatibilidade ou incompatibilidade do coração que bate no peito de um ser com o próprio corpo deste ser, a menos que advenha este coração de outro corpo e esteja implantado.

Tome-se em conta, ainda, que pena como sanção não é vocábulo exclusivo da seara criminal.

Em análise mais abrangente sobre a normatividade do sistema jurídico, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR (Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação, Atlas, 2ª ed., p. 145) leciona:

(...) Deste modo, porém, a imputação de penas é comum ao Direito Civil, tradicionalmente privado, e ao Direito Penal. A

única circunstância plausível para distinguir as sanções civis e as penais está em que as relações sancionadas com as últimas (a propriedade, a honra, a liberdade) são consideradas de tamanha relevância, estando em jogo um interesse público tão manifesto, que a elas se atribui natureza de direito público...(...)

Sim, porque existem penas civis, criminais e administrativas.

Basta ver que o próprio Código Civil prevê inúmeras penalidades, sanções mesmo com caráter aflagrante pela desobediência a um seu comando.

O Código Civil de 1.916 refere-se mesmo à cláusula penal no art. 916, sem que haja, ali, qualquer relação com crime. O mesmo ocorre nos arts. 408 e seguintes do novo Código Civil.

Há outros aspectos. No campo criminal, há a necessidade de prévia positivação e sistematização dos fatos tipificados como ilícitos criminais devido ao interesse público e social prevalecente, e à vista da invasividade drástica das penas – privação de liberdade do indivíduo – de modo que o sancionamento deve ser precedido da taxatividade das normas incriminadoras, em *numerus clausus*, nos termos da Constituição Federal, do Código Penal, da legislação especial e da legislação esparsa.

No domínio estritamente civil, a multiplicidade e a complexidade das relações estabelecidas no convívio social são tamanhas, que não seria possível enumerar previamente, com tal taxatividade descritiva, todas as condutas omissivas ou comissivas revestidas de potencial suficiente ao cometimento de ilícito hábil à geração de dano moral e da obrigação de indenizar. Ademais, prepondera aqui o interesse particular, sem exclusão, é certo, do interesse social. Assim porque, verificados a culpa (*lato sensu*), o dano e o nexo de causalidade, a sanção recairá não sobre a pessoa do lesante, mas sobre seu patrimônio apenas.

A admitir-se a exigência de prévia cominação legal, em rol taxativo, da pena aflagrante no âmbito da responsabilidade civil, sem consideração ao preceito geral punitivo implícito no art. 159 do Código Civil Brasileiro, a indenizabilidade dos danos morais ficaria condicionada à vigência de uma espécie de “Código dos Ilícitos Civis”, onde se descreveriam, em

abstrato e por sistematização articulada, os tipos causadores de danos morais, o que contrariaria a própria estrutura do Direito Civil Brasileiro.

Bem por isso CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (op.cit., p.58) se refere à previsão constitucional ampla e genérica no tocante aos danos morais:

(...) A Constituição Federal de 1988 veio pôr uma pá de cal na resistência à reparação do dano moral. O art. 5º, X, dispõe: 'são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito da indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação'. Destarte, o argumento baseado na ausência de um princípio geral desaparece. E assim, a reparação do dano material integra-se definitivamente em nosso direito moral. *É de acrescentar que a enumeração é meramente exemplificativa, sendo lícito à jurisprudência e à lei ordinária editar outros casos. Com efeito: Aludindo a determinados direitos, a Constituição estabeleceu a mínima. Não se trata, obviamente de "numerus clausus", ou enumeração taxativa. Esses, mencionados nas alíneas constitucionais, não são os únicos direitos cuja violação sujeita o agente a reparar. Não podem ser reduzidos, por via legislativa, porque inscritos na Constituição. Podem, contudo, ser ampliados pela legislatura ordinária, como podem ainda receber extensão por via de interpretação, que neste tear recebe, na técnica do Direito Norte-Americano, a designação de "construction". Com as duas disposições contidas na Constituição de 1988 o princípio da reparação do dano moral encontrou o batismo que o inseriu em a canonicidade de nosso direito positivo. Agora, pela palavra mais firme e mais alta da norma constitucional, tornou-se princípio de natureza cogente o que estabelece a reparação por dano moral em o nosso direito. Obrigatório para o legislador e para o juiz... (grifamos)*

Basta notar que, no título referente aos atos jurídicos, a partir

do art. 81, o Código Civil traça apenas os fundamentos gerais e os aspectos genéricos a serem obedecidos como condição de sua licitude.

Depois, o art. 159, ainda de forma genérica, prescreve o balizamento para a aferição da ilicitude dos atos civis, aos quais nem mesmo, a rigor, confere o *status* de ato jurídico.

Portanto, no tocante ao caráter punitivo das indenizações por danos morais, não há conflito entre o mundo civilista privado e o mundo criminalista público, sendo perfeitamente cabível a imposição de pena afliativa ao causador dos danos desta natureza, tal como indica o caráter punitivo que se lhe imprime já implicitamente o sistema como um todo e o art. 159 do Código Civil.

Leve-se também em conta que a tão-só previsão legal autorizativa da sanção punitiva não basta para servir de desestímulo ao potencial agente de uma lesão de natureza moral.

A norma em abstrato, definitivamente, não constrange, por si só, à sua obediência. Há que se impor sanção, como forma de coerção.

Ensinando com a sua peculiar autoridade, o Mestre GODOFREDO TELLES JUNIOR assim discorre sobre a coerção psíquica da norma, em seu "Iniciação na Ciência do Direito", às pp. 95/96:

Poder-se-ia pensar, quem sabe, que a norma jurídica exerce coação pelo simples fato de existir. Estando em vigor, a norma intimida: todos têm receio de violá-la. Essa intimidação, esse receio, constitui uma coerção psíquica, que a norma exerce sobre toda a coletividade. E tal coerção é uma forma que também se poderia chamar de coatividade. Considerada como contínua coerção psíquica, essa coatividade pareceria definir, com propriedade, a norma jurídica, porque ela existiria independentemente de qualquer violação do Direito. Com tal acepção, a coatividade constituiria uma qualidade da norma jurídica, ainda mais característica, quem sabe, do que a qualidade autorizante dela. Um flagrante equívoco, porém, invalida essa teoria. O que intimida, o que causa receio, não é, certamente, a própria norma, mas a idéia do que poderá ocorrer, como consequência da violação da norma. A intimi-

dação e o receio, inibidores da violação, não se prendem diretamente à norma jurídica. Resultam, isto sim, da previsão das providências que, autorizado pela norma violada, o lesado poderá tomar contra o violador. O que intimida, o que causa receio, não é a norma jurídica, não é a regra num pedaço de papel. O que intimida, o que causa receio, é a reação do lesado, após a ação violadora da norma; é a coação legal, que o lesado fica autorizado a exercer. O violador potencial não tem medo da norma. Ele tem medo do lesado. Logo, se alguma coerção psíquica existe, ela é exercida pela eventual previsão, feita na mente de algum violador potencial, das conseqüências prováveis de um ato ilícito...

De fato, compreendida a função punitiva como ínsita ao preceito geral da obrigação de indenizar no campo da responsabilidade civil, o valor da indenização deverá abranger ambos os fatores: compensatório e desestimulador. Somente assim a coercitividade terá vida prática.

4. O ARBITRAMENTO DO VALOR INDENIZATÓRIO.

Inexistindo critérios objetivos traçados em lei para chegar-se diretamente ao valor da indenização, e porque é mesmo da essência do dano moral não possuir medida material ou física correspondente, adotou-se o arbitramento como melhor forma de liquidação do valor indenizatório.

A regra está contida no art. 1.553 do Código Civil: "Nos casos não previstos neste capítulo, se fixará por arbitramento a indenização."

O arbitramento também é prescrito nestas hipóteses pelo novo Código Civil, que dispõe:

Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, de conformidade com as circunstâncias do caso.

Desse modo, judicializada a lide e, ao cabo da instrução probatória, ocorrendo suficientes elementos para a condenação, desde logo cabe ao juiz, na sentença, proceder ao arbitramento do valor da indenização.

Esse arbitramento, embora impropriamente tido como liquidação da indenização, dá-se no momento imediatamente posterior à verificação da prova do fato danoso e da obrigação de indenizar, e vem no próprio corpo da sentença.

Vigora o consenso jurisprudencial e firmou-se a maioria doutrinária no sentido de que a fixação do valor da indenização, por arbitramento do juiz, deve dar-se na própria sentença condenatória.

Em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça assim reiterou o seu posicionamento:

...o arbitramento da indenização por danos morais pode, sim, ser feito desde logo, mesmo que haja pedido para que o *quantum* seja apurado em liquidação, ... buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional (REsp n. 331.295, SP, Relator o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 04.02.2002).

(EDcl no EDcl no AgRg no Agravo de Instrumento n.309.117-SP, Relator o Sr. Ministro Ari Pargendler)

Tal momento decisório, de suma importância nas causas desta espécie - justamente porque materializa a entrega efetiva da prestação jurisdicional reivindicada -, enseja o primeiro ponto nodal a ser ultrapassado.

Cuida-se, num primeiro momento, de estabelecer os objetivos a serem buscados com a condenação, de modo a adequar o julgamento aos comandos principiológicos da responsabilidade civil. É preciso adequar o julgamento aos objetivos a serem alcançados com a condenação e adotar critério e modo de se atingir efetivamente tais desideratos.

A moderna noção de indenização por danos morais, quanto aos seus objetivos imediatos e reflexos, respectivamente, funda-se no binômio

“valor de desestímulo” e “valor compensatório”. Vale dizer que o valor a ser fixado pelo juiz deve prestar-se a um só tempo ao atendimento destas duas finalidades atributivas da condenação pecuniária.

Quanto ao primeiro termo, por seu peso nas finanças do causador do dano, objetiva-se dissuadi-lo a não perseverar na prática lesiva, de modo que ele e outros indivíduos cientes da decisão não mais venham a sujeitar outras vítimas à mesma lesão suportada pelo lesado, tudo com vistas ao objetivo maior de preservar a paz social.

No que concerne ao segundo termo, busca-se atribuir à vítima um lenitivo para o dano sofrido, ainda que apenas de forma relativa, compensatória, e não absoluta em termos de valor, dado que o dano moral não tem medida física.

Parte-se, depois, para a adoção dos critérios norteadores da fixação do valor específico da condenação, levando-se em conta o grau de culpa do agente do dano, eventual culpa concorrente do lesado, as circunstâncias peculiares ao caso e a situação sócio-econômica das partes.

Esta fase de verificação, embora comumente confundida com aquela acima exposta quanto aos objetivos da condenação, dela é nitidamente distinta.

Aqui, buscam-se critérios para a quantificação da indenização. Lá estabelecem-se fins a serem buscados com a condenação e seu valor monetário.

Amadurecido o processo e diante do momento propício para o arbitramento, o juiz fica necessariamente submetido ao princípio inserido no art. 93, IX, da CF e à previsão do art. 131 do CPC, devendo fundamentar e motivar os elementos de sua convicção quanto aos aspectos norteadores do arbitramento em curso, explicitando o caminho percorrido até chegar ao montante indenizatório.

Note-se que partimos aqui do pressuposto de que o pedido mediato do autor dirige-se ao recebimento de uma indenização pecuniária, sem prejuízo de se considerar também cabível pretender-se uma condenação ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, ou mesmo de dar coisa certa, como nos casos em que se pede a retratação formal ou o cumprimento de ato de desagravo.

O Juiz de Direito, de todo modo, pode dar somente o que é pedido, nos termos da petição inicial.

A questão prática no que concerne ao montante das indenizações por danos morais - e que é, a bem da verdade, o pano de fundo e o *leitmotiv* das oposições que lhe fazem - surge somente porque, ao explicitar os critérios utilizados para a fixação da indenização, os juízes são obrigados à expressa referência ao caráter punitivo como componente da mensuração do valor, justamente como mandam a ordem constitucional e a lei processual.

Importante notar que este procedimento confere a devida segurança ao réu eventualmente condenado, pois lhe permite visualizar a expressa menção, no corpo da sentença, dos elementos que informaram a convicção do magistrado, possibilitando alavancar recurso que ataque justamente tais elementos de convencimento para o feito de redução do valor de desestímulo.

De outro modo, fosse o magistrado constrangido ao não acolhimento e aplicação do caráter punitivo, pouca ou nenhuma diferença prática ocorreria quanto à fixação do valor final da indenização.

Basta tomarmos como exemplo um caso hipotético no qual, ao prolatar a sentença, o juiz deixa expresso e claro na fundamentação que está aplicando o critério de imposição do valor compensatório aliado ao fator punitivo, e fixa o valor da indenização num total de R\$10.000,00.

No mesmo caso, poderia perfeitamente o juiz, dentro de seu livre convencimento, fundamentar a quantificação com expressa menção apenas quanto ao fator compensatório, sem nada consignar sobre o fator de desestímulo ou o valor punitivo, ou até firmar posição contrária à imposição destes, mas terminando por fixar a indenização nos mesmos R\$10.000,00. Tudo continuaria dentro de seu livre convencimento motivado, e compreendido no arbitramento realizado.

Diga-se, ainda, que poderia ocorrer desta forma, mesmo que em vigor eventual lei limitadora dos valores das indenizações, pois o arbítrio do juiz poderia deslocar-se quantitativamente dentro das faixas limitrofes fixadas pelo legislador.

Há ainda uma incongruência que merece ser apontada e dirimida.

Afirma-se que dano moral não tem medida e que, por isso, não pode ser quantificado matematicamente, como tende a ser a redução nominal do valor da indenização.

O que se quer dizer, portanto, é que o dano moral não se mede como objeto material, mas apenas imaterial. Tanto que nunca-existiu, por parte dos julgadores, a pretensão de mensurar o dano moral em si mesmo, mas apenas a indenização a ele correspondente, compensatória e ao mesmo tempo punitiva.

Julgando caso relativo a danos morais e vindo à baila o tema do preço da dor, o Ministro Néri da Silveira referiu-se em seu voto à seguinte passagem doutrinária:

...Extraímos do magistério de J. Cretella Jr., que o *pretium doloris*, próprio ou de pessoa da família, inclui-se na categoria dos danos morais, prejuízos que não atingem direitos patrimoniais, mas direitos ligados ao nome, à honra, à vida, à integridade física ou espiritual e que o dano moral há que ser entendido como a lesão sofrida no patrimônio ideal do indivíduo, que envolve o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico (in J. Cretella Jr., Comentários à Constituição de 1988, Forense Universitária, vol. I, p. 260). Assim, o que se busca, na verdade, é uma satisfação simbólica, tendo em vista o sofrimento infligido aos familiares, visto que não há como mensurar a dor sentida pelos mesmos. No entanto, a dificuldade na fixação do *quantum* a ser ressarcido pelo dano não há que ser argumento suficiente para obstar a reparação, pois como observado pelo Mestre Cretella Jr. 'Se no próprio ressarcimento do dano material, em que o valor de uso e o valor de troca raramente coincidem, o ressarcimento nunca é perfeito, completo, integral, satisfatório do prisma do lesado, havendo sempre, por parte deste, a sensação de injustiça, como pretender que o dano moral seja ressarcido de modo total, completo, justo? E, se isto é praticamente impossível, pela natural dificuldade do cálculo, não se deve erigir tal barreira como argumento contrário à reparação total, ou pelo menos se faça tentativa sincera para a obtenção desse desideratum'. (ob.cit.)' (Resp. n. 222.795, Rel. Min. Néri

da Silveira, julgado em 08.04.02, DJ 24.05.02, unânime.)
(grifos do original)

O que se almeja, portanto, não é uma satisfação absoluta, mas relativa, quanto ao valor de compensação. Mas afirma-se, também em linha de argumento, que a indenização deve corresponder somente ao montante correspondente ao dano efetivamente sofrido, e isso a título unicamente compensatório, eis que encontrando limites na Constituição Federal e no art. 944 do novo Código Civil.

Quanto ao primeiro ponto, diz-se assim porque a Carta Magna, no art. 5º, X, refere-se à indenização decorrente do dano moral e haveria aí a imposição de limite, quicá dentro dos lindes do valor compensatório.

Depois, porque o art. 944 do novel Código Civil manda medir a indenização pela extensão do dano, daí se abstraindo limite também para a indenização por danos morais.

Ora, a Constituição não impõe nenhum limite ao valor das indenizações, sejam elas por dano moral ou material.

Não é dado ao intérprete restringir onde texto da lei não restringe expressamente.

Assim, se a Constituição garante a indenização por danos morais e não impõe nenhum limite expresso, é porque a indenização deve ser ampla, segundo a extensão do dano e aferida a sua amplitude por arbitramento do juiz.

O art. 5º, X, da CF, assegura o direito à indenização por decorrência da violação dos direitos ali mencionados, mas não prevê ou impõe correspondência com a extensão do dano.

Trata o texto constitucional apenas da valoração abstrata dos fatos hábeis a ensejar um dano moral, mas nunca se referindo à extensão do dano e muito menos dispondo sobre a quantificação da indenização ou sobre critérios para a sua aferição.

A CF, portanto, não restringe a indenização à mera compensação pelos danos morais sofridos, e menos ainda cuida ou sob qualquer ângulo delimita a quantificação das indenizações, mas apenas trata da qualificação de certos fatos que, abstratamente, são tidos como aptos a ensejar a obrigação de indenizar.

O termo extensão, ademais, não significa limite. O universo sideral tem extensão, mas não tem necessariamente limite.

O art. 944 do diploma citado, ao contrário de limitar, conferiu amplitude ilimitada ao valor das indenizações por danos morais, certo que o sujeitando ao crivo do arbitramento equânime, equitativo e fundamentado do magistrado.

Tratando do tema da amplitude e da limitação das indenizações por danos morais, assentou o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

(...) Segundo se tem assinalado, a vigente Constituição, ao prever indenização do dano moral por ofensa à honra, pôs fim à responsabilidade tarifada prevista na referida lei especial, que previa um sistema estanque, fechado, de responsabilidade dos danos praticados pela imprensa. O mencionado Arruda Miranda, a refletir a doutrina, põe-se com tal posicionamento, sustentando que 'a Constituição Federal de 1988 acabou com as limitações de tempo e valor para as ações de reparação de danos materiais e morais, ao dispor, em seu art. 5º, X, que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação' (Comentários à Lei de Imprensa, 3ª ed., RT, nº 713, p. 733)

Assente, portanto, que, onde a lei infra-constitucional previa limite ao valor indenizatório por danos morais, foi tachada de ineficaz por inconstitucionalidade flagrante, e o mesmo se dará com qualquer lei que venha a ser editada com o mesmo objetivo.

Interessante é a indagação que se apresenta quanto ao cabimento da imposição de um valor a título de caráter punitivo nas indenizações por danos morais, quando não se dá o mesmo nas indenizações por danos materiais. As objetividades jurídicas são distintas.

Para a verificação e materialização da responsabilidade civil por danos materiais, não tem relevância o grau de culpa do agente, bastando que tenha agido com culpa, em qualquer intensidade, para que seja obrigado à reparação do dano ou ressarcimento do gasto feito para a sua reparação. O valor indenizatório, no caso, está limitado e se mensura pela extensão do dano material de palpável aferição e delimitação.

Nos casos de indenizações por danos morais, o grau de culpa do agente tem relevo e prepondera para a valoração do dano e a fixação do montante indenizatório, justamente porque aqui o dano é imaterial, moral como se diz, sem medida física constatável.

Por isso é que, nos danos materiais, se prescinda imposição do valor de desestímulo, pois o dano é limitado ao corpo físico vulnerado.

Tanto assim que o Superior Tribunal de Justiça cristalizou o entendimento expresso na Súmula n.37 : " São cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundo dos mesmos fatos." (sic)

5. HÁ MESMO NO BRASIL UMA "INDÚSTRIA DO DANO MORAL"?

Alardeia-se o temor de que, por meio de indenizações por danos morais, levar-se-á ao enriquecimento indevido e/ou sem causa do receptor da indenização, e/ou ao empobrecimento do devedor da indenização.

“Não se olvida o princípio geral que manda dar a cada um o que é seu e resume o ideal maior de justiça.

O que é salutar que se evite no âmbito das indenizações por danos morais, ainda que diante da sua saudável proliferação, é o enriquecimento desmedido e desproporcional em relação às características e à dimensão da lesão em si mesma, e à condição do lesado e do lesante, mas não nenhum enriquecimento.

Neste sentido, desmedido e indevido seria o acréscimo de um valor indenizatório que levasse a vítima a saltar de um patamar sócio-econômico para outro mais elevado, tornando remediado quem era pobre, rico quem era apenas remediado, e milionário quem era tão somente rico.

Assim, mesmo para quem recebe um salário mínimo mensal ou milhares deles como paga de seu trabalho, o recebimento de um real que seja, e apenas um real, importa em substancial e efetivo enriquecimento,

porque o valor acresceu ao que normal e ordinariamente é percebido pelo beneficiado, de modo que o que enriquece é o acréscimo em si, e não o seu montante isoladamente.

Sob outro ângulo, não se tem caracterizado o propalado enriquecimento indevido ou ilícito, ou até mesmo o locupletamento ilícito por vezes aventado.

Ocorre que, até chegar ao valor final da indenização, o lesado - credor da obrigação - teria necessariamente percorrido todo o longo caminho imposto pelo devido processo legal, não se podendo admitir desta forma que, forjado o valor indenizatório sob o crivo e com a chancela do Poder Judiciário, e qualquer que seja o *quantum* da condenação transitada em julgado - frise-se, transitada em julgado - a título de danos morais, tenha ocorrido enriquecimento indevido ou ilícito, e muito menos locupletamento deste ou daquele.

Neste passo, jamais seria indevido ou ilícito o enriquecimento advindo de indenização recebida e fixada em dado patamar ao longo de fundamentada e motivada decisão judicial, prolatada ao cabo de ação judicial regularmente proposta e processada.

Sob o prisma do empobrecimento de quem paga a indenização, aplica-se inversamente o que acima foi exposto, ressaltando-se apenas que a indenização, se for irrisória diante do poder econômico do ofensor, poderá redundar, ao contrário do que se almeja, em estímulo a novas práticas lesivas pelo agente, e novo dano imaterial e psíquico ao lesado, que se sentirá desmerecido da ampla e devida proteção estatal, ainda que provados o fato da lesão moral e a sua extensão danosa.

Fala-se também em enriquecimento sem causa quando oriundo das indenizações por danos morais.

Vejamos: faltará causa somente quando o valor da indenização escapar ao que alguns convencionam como razoável, ou assim ocorrerá quando não houver fato provado a justificar a indenização?

Na primeira hipótese, parte-se de premissas falsas para chegar à conclusão desejada, mas não menos falsa, e que é assim resumida: "a indenização por danos morais só seria legítima quando baixo o seu montante e fosse, no máximo, equivalente ao valor do dano material sofrido, apenas para fins compensatórios. Além disso, seria mesmo imoral pleitear e obter indenização por danos morais."

Ora, o dano moral pode ocorrer sem que tenha corrido qualquer dano material.

Ademais, o termo "moral", nesse campo do direito, antes de designar propriamente um dado comportamental afeito aos bons costumes, quer significar um dano não-material, por contraposição ao dano material.

Conjugando-se a dita falta de causa com as alegadas cifras milionárias das condenações, concluir-se-ia haver se instaurado um verdadeiro mecanismo de distribuição de renda no Brasil, a despeito das variadas e sucessivas tentativas promovidas pelo governo a longo tempo, todas sem êxito.

Entretanto, para justificar a teoria do "dano moral imoral", recorre-se sempre a casos pontuais e extravagantes e que correspondem a uma pequena parte restrita às exceções diante de uma avassaladora maioria em que nada de excepcional se verificou, sem considerar os inúmeros pedidos que são julgados improcedentes, justamente porque os fatos da causa não ensejaram nenhum dano moral significativo a ponto de permitir a condenação.

A reboque da folclórica e imaginativa "indústria dos danos morais", chega-se a imaginar a transformação do Poder Judiciário em verdadeiro cassino, onde pessoas mal-intencionadas recorreriam às Cortes em busca das nefastas indenizações milionárias.

A afirmação é grave e revela a real intenção dos tantos quantos se opõem às indenizações por danos morais em quantias que os incomodem eficazmente, mas que ainda não os têm dissuadido da prática de reiteradas ações lesivas.

O que tem incomodado mesmo alguns setores — justamente aqueles que mais têm sido condenados ao pagamento de indenizações por danos morais — é a eficácia incontestável do valor das indenizações concedidas, e assim ocorrendo, porque representam um peso considerável nos cofres do lesionado obrigado à indenização.

Segundo pensam, dar-se-ia algo como "pediu, ganhou", embora seja evidente que não ocorre desta forma. Como antes mencionado, ao lado dos pedidos acolhidos, há inúmeros outros repelidos pelo Poder Judiciário.

Considere-se também, como dito, que todas as indenizações são concedidas no âmbito de uma ação judicial e do seu correspondente processo, mediante apresentação de petição inicial elaborada por advogado legalmente habilitado e portador de capacidade postulatória, sendo impositiva a obediência aos deveres previsto no art. 14 do Código de Processo Civil, presumida antes e acima de tudo, a boa-fé do litigante, cabendo ao interessado a prova do contrário.

Assim, como antes referido, provados os fatos descritos na causa de pedir, e sendo eles aptos a ensejar os danos morais pleiteados, julga-se procedente o pedido, sujeitando-se a sentença ao recurso próprio. Tudo mediante o devido processo legal, com oportunidade de ampla defesa e estrita obediência ao contraditório.

Nos casos em que há exagero nas condenações, tem o Superior Tribunal de Justiça exercido com presteza a revisão dos valores, de modo a adequá-los a parâmetros razoáveis segundo aqueles critérios referidos no início.

É preciso considerar, ainda, que os juízes têm, antes de mais nada, o bom senso suficiente e o necessário equilíbrio para o arbitramento das indenizações, embora queiram alguns desenhar o ato do arbitramento dos valores indenizatórios como um momento perigoso e nefasto. Mas só quando se trata de arbitramento de indenizações por danos morais.

Quando o juiz, por exemplo, arbitra os honorários do advogado, nos termos do art. 22, § 2º, da Lei 8.906/94 ou na forma do art. 20 do Código de Processo Civil, nada há de errado e nem se visualiza perigo nisso.

Por fim, é bem oportuno louvar as sábias palavras do MINISTRO FRANCISCO REZEK, ao proferir voto vista no RE 172.720, julgado em 06.02.1996, DJ de 21.02.07:

(...) Tenho para mim que a razão de se haver produzido, no plano internacional, uma imagem do Brasil como o "país da impunidade", e de se haver forjado em nossas próprias consciências a idéia penosa de que temos vivido no país da impunidade, não é só a suposta leniência do foro criminal. Isto, na

realidade, é o resultado da fiel aplicação da lei quando o processo penal não oferece prova idônea à condenação: Penso que, no plano do direito criminal, a impunidade é quase sempre o resultado da nossa situação econômica, no que concerne à alocação de verbas idôneas para que a máquina policial funcione a contento, e para que a prova no juízo criminal seja sólida o bastante, de modo que juízes conscienciosos possam proferir condenações. Em alguns casos não é isso. Em alguns casos a leniência é ideológica, como na sabida tendência do tribunal do júri a absolver homicidas em nome do bisonho argumento da legítima defesa da honra. Volto ao que agora nos interessa: receio que seja também ideológica a leniência do foro cível — que responde, tanto quanto o foro criminal, pela imagem do “país da impunidade” — no domínio das relações do cidadão, visto na sua qualidade de consumidor, com todas as forças estabelecidas no plano econômico: o comerciante, o industrial, o prestador de serviços, o banqueiro, o próprio Estado—empresário. A tendência do poder público diante dos reclamos do consumidor sempre foi — neste país mais do que nos outros — a de reagir com surpresa. O que é isto? Que história é esta? Não é o caso de indenização; não é o caso de a pessoa sentir-se tão lesada; não é o caso de pedir em juízo reparação alguma. Parece-me que essa forma de leniência no foro cível deveria finalmente, à luz da Constituição de 1988, encontrar seu paradeiro, produzindo-se uma situação nova, condizente com os termos da Carta.

(...)

Oxalá não passe o Brasil a ser também conhecido como o País das indenizações baratas, e que os modernos Nerácios não se perpetuem em desferir bofetadas impunes.

5. CONCLUSÕES.

Podemos, enfim, concluir que:

g) o caráter punitivo das indenizações por danos morais no Brasil guarda semelhança com os punitive damages do direito norte-americano, mas deles se distingue na forma de aplicação, na substância e na eficácia;

h) nem é mesmo correto falar em compatibilidade do caráter punitivo com o sistema de responsabilidade civil do direito brasileiro, pois sendo insito e próprio do dito sistema, guarda como ele relação de perfeita adequação, muito mais do que de compatibilidade. As sanções advindas da normatividade jurídica não se restringem às penas de caráter criminal, mas também às penas de conteúdo civil, que carece de enumeração taxativa dos tipos potenciais de lesão moral;

i) os valores das indenizações por danos morais aplicados no Brasil são razoáveis e até mesmo baixos, não servindo os casos excepcionais como fundamento para inquinar o todo condizente com o espírito da lei;

j) a indenização por danos morais deve compensar o lesado e impor uma punição ao lesante, servindo como fator de desestímulo a novas práticas lesivas;

k) a proliferação das indenizações por danos morais é salutar e flete um dos aspectos inerentes a conscientização plena dos cidadãos, cabendo ao Poder Judiciário apreciar e julgar os pedidos, repelindo aqueles infundados e acolhendo os demais.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. 3ª ed.. São Paulo, Ed. RT, 1.998;
- CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2ª ed.; São Paulo, Ed. RT, 1.998;
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1.995.
- JUNIOR, Gofredo Telles. *Iniciação na Ciência do Direito*, 2ª ed.. São Paulo, Ed. Saraiva, 2.002.
- JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. 2ª ed. São Paulo, Ed. Atlas, 1.994.
- LYRA, Roberto . *Comentários ao Código Penal*. 3ª ed., vol. II. Rio de Janeiro, Ed. Forense.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9ª ed. rev.. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2.001.
- RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo, Ed. RT, 1.999, 5ª ed.;
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law – Introdução ao Direito dos EUA*, São Paulo. Ed. RT, 1.999.

8. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.

- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 7ª ed.. São Paulo, Ed. Saraiva, 2.002.
- SILVA, Américo Luís Martins. *O Dano Moral e a Sua Reparação Civil*. 2ª ed.. São Paulo, Ed. RT, 2.002,

**ANOTAÇÕES SOBRE AS MAIS RECENTES
ALTERAÇÕES AO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL**

Caetano Lagrasta Neto

*Juiz do Tribunal de Alçada Criminal e Secretário-Executivo do
Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Jurídicas*

ANOTAÇÕES SOBRE AS MAIS RECENTES ALTERAÇÕES AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Caetano Lagrasta Neto

I - Comentários à Lei n. 10.352, de 26 de dezembro de 2001

A Reforma, realizada de forma típica, pretende deixar caracterizado um novo sistema de recursos, minimizando os efeitos de um processamento formalista e moroso que, ao menos nos Tribunais Cíveis do Estado de São Paulo, vem permitindo o represamento de **300.000 feitos** - dados de Dezembro de 2001. Anote-se, ainda, que o ano de 2001 apresentou fator sazonal que irá interferir na estatística, qual seja, o movimento grevista de seus funcionários.

Por outro lado, os Tribunais Superiores e os juízes federais, como um todo, não se apresentam em situação melhor, revelando-se em torno de **6.000** processos nos gabinetes de cada um dos desembargadores federais, em São Paulo. Resta saber se a Lei n. 10.259/01, que criou os Juizados Especiais Federais, irá minimizar o problema do acúmulo, ao menos para as ações cíveis, até o valor de sessenta salários mínimos (art. 3º), excluídos os executivos fiscais (§ 1º).

Crêem alguns que a razão destes represamentos esteja na proliferação dos agravos de instrumentos; no excessivo número de recursos; no pagamento de custas irrisórias para recorrer; outros, ao contrário, entendem que a razão está no processamento burocrático dos feitos, sendo que bastaria a **automação dos prazos** e do processamento, para reduzir o Tempo do Processo (Walter Ceneviva, 2002).

Antes de apresentar estas anotações, cabe reafirmar a lição de Kazuo Watanabe (1999) quando, ao examinar a combinação das várias modalidades de cognição, antecipa características da Reforma atual, no sentido de que '... as limitações ao direito do contraditório e, por via de consequência, da cognição do juiz, sejam as estabelecidas em lei processual ou em lei material, se impossibilitam a efetiva tutela jurisdicional do direito contra qualquer forma de denegação, da justiça, ferem o princípio da inafas-

tabilidade do controle jurisdicional e, por isso, são inconstitucionais (ofensa ao inc. XXXV do art. 5º da CF 88; na anterior, art. 153, § 4º)'.
Extrai, ademais, da tutela constitucional do processo, uma tríade baseada na busca de resultados efetivos na vida das pessoas (**efetividade**), na agilização dos prazos (**tempestividade**), um direito que seja justo aos cidadãos (**justiça**), para concluir que, **sem** estes predicados, o sistema processual de qualquer país torna-se ilegítimo.

Sob o pálio destas lições, iniciam-se estas breves anotações à Reforma:

Art. 475 - (Remessa obrigatória)

Sujeitam-se ao duplo grau de jurisdição as sentenças proferidas contra a União, Estados e, doravante, Distrito Federal, Município, autarquias e fundações de direito público, revogado o inc. I, que a determinava na anulatória de casamento, sem justificativa plausível após promulgada a lei do divórcio, conforme aponta o atual Ministro da Justiça, em sua Mensagem.

De qualquer modo, esta esdrúxula remessa - *que não é recurso!* - não se coaduna com as novas conquistas da ciência processual, revelando-se demasia protecionista que contradiz os princípios de economia e celeridade processuais, incentivando tratamento desigual às partes. Proteção que vem sendo reiterada através de Súmulas (45 STJ) ou mesmo da atividade de Procuradores-Gerais da União, desde os tempos do governo Collor, com restrições ou diante da concessão de efeitos suspensivos, sempre à margem da lei processual. Aqui reside, talvez, a explicação para a timidez do reformador, eis que a exclusão deste artigo poderia inviabilizar a própria Reforma.

O alcance da expressão "proferida contra" abrange as decisões de extinção do processo, sem apreciação meritória, acreditando-se que seu verdadeiro sentido seja: "decisão contrária", aos entes enumerados, quer se apresentem no processo na condição de autores ou réus (Gomes Júnior, 2002). Enquanto que a ampliação, visando autarquias e fundações de direito público, repete o dispositivo da Lei 9.469/97.

Cândido Dinamarco (2001), ao examinar a liquidação de sentença e a supressão do cálculo do contador, alertava para o fato de que o

juiz não deve arvorar-se em “defensor da Fazenda Pública”, que “... já tem tantos privilégios tipo fascista no processo brasileiro”, que não seria demasia desobrigar as partes à manifestação sobre a conta, antes da citação. Sob todos os aspectos, contudo, é excessiva a precaução de duplo grau obrigatório, uma vez que possuem as Fazendas Públicas, bem como Estado, Municípios e Distrito Federal e suas autarquias e fundações, com raras exceções, corpo de procuradores, concursados, para fiscalizarem o andamento processual, ao contrário da maioria da população, que deve recorrer à assistência judiciária. Assim, esta ampliação nada mais é do que novo protecionismo, digno da legislação trabalhista do Estado Novo, origem para o apelido: “fascista”.

O inc. III do atual art. 475 diz “julgar improcedente a execução da dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI)”;

agora alterada para: “julgar procedentes os embargos à execução”.

O § 1º existia na redação anterior - parágrafo único - com o mesmo caráter impositivo e avocatório, apenas acrescido agora da expressão “haja ou não apelação”, suprimido-se o último vocábulo (voluntária), realmente inócuo.

Bastante razoável, *dentro do sistema acolhido*, a redação do § 2º, eis que veda a aplicação obrigatória do duplo grau, se a dívida não exceder a 60 (sessenta) salários mínimos - aqui, sem interferência da Lei 10.259/01 - e, fixados no momento da sentença, ainda que de maior valor, no momento do ajuizamento (Gomes Júnior, 2002), ou nos casos de procedência dos embargos do devedor, dentro do mesmo limite de 60 salários mínimos.

No § 3º, talvez, para a explicação da publicação da Lei, durante os festejos natalinos: inserem-se, de forma sub-reptícia, duas questões não pacificadas: a) da **jurisprudência dominante**, nos Tribunais superiores e b) de suas **súmulas** (vinculantes), impostas como razão de decidir. Apesar de voltadas exclusivamente às Fazendas Públicas, não resta dúvida de que a estratificação da jurisprudência, ou de interpretações sumuladas, poderão se constituir em retrocesso, ao menos no nosso sistema civilista, codificado. Trata-se de consequência plausível no da *Common Law*, onde a evolução dos costumes é acompanhada por decisões sistematicamente adaptadas (*leading cases*), a título de precedentes - com caráter legislativo.

O sistema adotado pela doutrina brasileira apresenta-se, desde logo, como dificuldade até mesmo ao ensino jurídico, especialmente diante da inexpressiva aplicação do instituto da uniformização da jurisprudência, agora retornado, através da remessa ao órgão superior (art. 555, *infra*). Resta saber se, a partir do excessivo número de recursos, poderá ocorrer ou um reiterado e pernicioso acomodamento ou o puro e simples cerceamento de defesa, diante dos interesses do contribuinte e da convicção dos juízes.

Cónsuma-se, assim, de forma abrandada, a solução das súmulas vinculantes, sem que haja garantia efetiva à diminuição do número de recursos dirigidos às instâncias federais, mesmo aqueles de caráter interno (agravos regimentais), por absoluta falta de pesquisas, baseadas em dados confiáveis.

Em breve parêntese, recordam-se a título de exemplo os recentes posicionamentos do STJ, quanto ao alcance do Código de Trânsito Brasileiro, especialmente no que dizia o art. 32 da LCP, em que apenas a persistência dos juízes acabou por derrubar jurisprudência iterativa que insistia em considerar a falta de habilitação, como infração penal, além de administrativa; ou mesmo o teor da Súmula do STJ, n. 174 (v.g. arma de brinquedo), revogada.

Sob estes aspectos, sempre oportuna a lição de Vítor Nunes Leal, ao definir súmula como: '... um método de trabalho, um instrumento de autodisciplina do Supremo Tribunal Federal ...', que poderá servir para racionalizar os serviços judiciários. E só! Não se admitindo possa tornar-se requisito para o manejo de recursos ou, o que seria pior, para conduzir a convecção das Cortes estaduais ou dos juízes de 1º Grau.

Da mesma forma, o conceito de jurisprudência dominante é fator que oscila, conforme a composição do Tribunal e de seis órgãos fracionários: *o que é dominante hoje, não terá sido ontem e não o será amanhã*. É necessário que a jurisprudência seja cambiante, para não refletir apenas o desejo do Executivo; servir de respaldo à instabilidade econômica do país ou impedir a evolução dos costumes de um povo, etc. O divórcio, ontem execrado, hoje é permitido, até mais de uma vez. O grande exemplo da inutilidade da jurisprudência dominante ou de uma interpretação engessada - digo, sumulada - deve ser buscado no posicionamento

de juízes como Edgar de Moura Bittencourt, especialmente no que diz respeito ao concubinato, admitido, hoje, constitucionalmente, a título de entidade familiar, de companheirismo. Por fim, anote-se que os votos vencidos, raramente admitidos em publicações oficiais, ou por 'comissões de jurisprudência' dos Tribunais, vêm submetendo as decisões inovadoras a um verdadeiro controle ideológico. O colegiado, quando atuante, reflete as diferenças de entendimento, que, em hipótese alguma, podem ser confundidas com teimosia inútil.

Crê-se, pois, que o posicionamento de alguns magistrados, contrário ao julgamento vinculante ou à jurisprudência dominante, acabe por se constituir na única forma de apreciar o teor duvidoso e, até mesmo, ditatorial da maioria das Medidas Provisórias, usurpadoras da função legislativa, invasiva da atividade judiciária ou à sanha legiferante do Executivo, que obriga constantes interpretações.

O que engessa a jurisprudência - tornando-a usurpadora e dominante - também é a estratificação dos tribunais, com a excessiva permanência de seus membros, às vezes, por mais de 20 anos! De outro lado, o que permite os avanços jurisprudenciais é a modificação de composição de seus órgãos fracionários, o seu arejamento.

Art. 498 - (Recursos ordinário e extraordinário. Prazo comum e embargos infringentes)

A nova redação merece aplausos, pois vem dirimir dúvidas e interpretações restritivas, quase sempre ocorrentes. Na anterior, interpostos embargos, simultâneo aos recursos extraordinários e especial, ficavam estes sobrestados até o julgamento daqueles. Pelo novo dispositivo, 'apenas após o julgamento dos embargos e conseqüente publicação do acórdão será iniciada a contagem dos prazos para os recursos extraordinário e especial, abrangendo todo o julgado', inclusive na matéria não impugnada pelo embargante (Lenzi, 2002).

Ademais, o acréscimo do parágrafo único evidencia que, em havendo decisão parcial de unanimidade, não interpostos embargos infringentes, ao julgamento por maioria, a data do trânsito destes será a inicial para interposição dos recursos.

Art. 515, § 3º - (Apelação - Conhecimento)

Extinto o feito *sem julgamento* do mérito (art. 267), “o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar sobre questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.”

Dirão alguns que dificilmente o feito estará pronto para imediato julgamento e que sempre haverá o risco da supressão de instância, quer o tribunal o faça em situações de instrução incompleta, quer diante de causa que não esteja madura para o julgamento. Ocorre que, o juiz singular, ao sentenciar, acolhendo preliminar, nos casos elencados no art. 267, examina a matéria, preliminar e de mérito, e sua discussão, isto é, desde que colocada a matéria como **questão**. Não assim quando do indeferimento da inicial ou pendente a possibilidade de apresentação de provas ou testemunhos.

Aponta Dinamarco (2001) que, podendo ser concedida tutela antecipatória, a qualquer tempo ‘... inclusive no momento de decidir a causa ou *até mesmo depois da sentença*, estando ainda o processo perante o juiz de primeiro grau’, há que se sujeitar a regra do exaurimento da competência a uma outra ‘soberanamente superior, que é a garantia do acesso à justiça’ (pp. 348 e 350). Também na hipótese do artigo em discussão, o acesso a uma ordem jurídica justa é garantia que sobreleva àquela do duplo grau, atendidos os princípios processuais da celeridade e economia, e sem desatender aos do devido processo legal e aos do contraditório. Anote-se, ademais, que o *princípio* do duplo grau *não* se inscreve na Constituição como *garantia*.

Ainda na lição de Dinamarco (desde ‘Fundamentos’ até o recentíssimo, ‘Instituições’), examinados os pressupostos processuais e os requisitos de regularidade do processo, existe o que ele denomina de **pretensão bifronte**, no julgamento, com ou sem apreciação do mérito, ou seja, negada a pretensão ao julgamento de mérito, restará apreciar a outra pretensão, qual seja, a do bem da vida. A satisfação daquela é dada pelo Estado-juiz, enquanto que a desta, pela parte. Assim, a pretensão insatisfeita - pelo não-ressarcimento ao bem da vida - não pode estar submetida à exclusiva apreciação da pretensão ao julgamento de mérito, negada em primeiro grau, e que, diante da integral apreciação, irá atender à pretensão ao bem da vida, que, em 2ª instância desobrigará o retorno, determinado para preencher mera formalidade.

Por outro lado, a vontade do legislador, de alguma forma, vem de encontro aos anseios de muitos juízes, obrigados que estavam, ante a procedência do recurso, a novo e obrigatório julgamento, após *vencidos* na preliminar, contrário ao próprio convencimento. Por outro lado, nada garante que, ao retorno, possa encontrar-se modificada a composição da câmara ou turma e, por absurdo, antepor-se com nova contradição preliminar entre os componentes.

A apreciação do recurso é devolvida ao tribunal, por inteiro, desde que se trate de matéria de direito, não padeça de exame qualquer fato pendente e esteja pronta para o julgamento (não falte prova alguma), cabível o julgamento de mérito. Nada há no sistema processual que impeça tal atividade, conforme se extrai da redação do § 2º do art. 515, eis que o pedido ou a defesa, manejados em mais de um fundamento, se acolhido apenas um, devolve a apelação o conhecimento dos demais e, nada obstante não tenham sido objeto de apreciação meritória, acabam apreciados pelo Tribunal, sem que se cogite de supressão de instância.

Ademais, não procedem as críticas de que haja conflito entre este § 3º e o *caput* do art. 515, eis que a matéria foi discutida, contestado o mérito, o juiz a ambos examinou, concretizando o julgamento apenas da questão preliminar. Assim, o pedido existe e foi examinado, não se tratando, à evidência, de decisão além ou fora do pedido, em que não exercido o contraditório (arts. 128 e 460). No caso, o mérito não foi acolhido, nada obstante impugnado. O que se busca inequivocamente é instrumentalizar o processo, sem torná-lo escopo final da lide, com prejuízo da apreciação do próprio direito material.

Aos críticos (Silva, 2002), parece suficiente o retorno, para nova apreciação em 1º Grau, por ter o magistrado optado pela solução processual, quando, na verdade, o duplo grau é pressuposto do devido processo legal, desde que não existam os impedimentos mencionados e sem que o acesso à Justiça acabe submetido a trôpegos formalismos. Ante a morosidade e acúmulo de recursos nos Tribunais, o retorno ao 1º grau representará *sempre* - pois que sairá da fila de represamento, voltando em último lugar-quebra do princípio do acesso a uma ordem jurídica justa, lembrado por Kazuo Watanabe (*supra*).

Art. 520, VII - (Efeitos da apelação)

O art. 520, inc. VII, determina o recebimento da decisão que confirma a antecipação dos efeitos da tutela, apenas no **efeito devolutivo**. Esperava-se, contudo, (Dinamarco e Mancuso, lembrados por Gomes Júnior, *op. Cit.*) fosse este a **regra geral**, permitida a execução provisória, ante a evidente morosidade do processo, cujos princípios imbuem-se, cada vez mais, de ultrapassada retórica. Reside o risco em que os tribunais continuem abarrotados por recursos buscando o efeito suspensivo. Silvânio Covas (*idem*), em lúcida lição, mostra a *incoerência do legislador ao permitir, na antecipação da tutela em cognição parcial, a execução sumária, enquanto que à sentença, de conhecimento exauriente, não!*

Cândido Dinamarco (2001) concluiu, ante o sistema do art. 273, não ser outra a conclusão, quanto aos efeitos de apelação interposta de decisão que antecipa a tutela, diante da **probabilidade de se evitar um mal maior**, devendo os juízes estar atento às concessões liminares que, cassadas, poderão conduzir ao descrédito crescente da atividade do Poder Judiciário. Ademais, ensina que, havendo concessão definitiva da tutela, na mesma oportunidade do sentenciamento meritório, aquela será fato do passado, que já precluiu, cabendo unicamente apelação, por se constituir em *capítulo da sentença*, sem que haja nenhuma possibilidade de interposição conjunta de agravo.

Art. 523, §§ 2º e 4º - (Unifica prazos e disciplina o agravo retido)

A Reforma vai, aos poucos, extirpando lacunas e equívocos, unificando prazos, como consequência da intervenção legislativa tópica num sistema fechado. A nova feição do agravo interposto diretamente às Cortes espelha uma garantia superior aos direitos do credor e enfatiza as obrigações do devedor, mostrando o equívoco do prazo de 5 dias, para ouvir-se o agravado, que afastava o tratamento igualitário das partes no processo.

Por outro lado, com referência a expressão *ouvido o agravado*, enfatiza o legislador o disposto no art. 526, que impõe ao agravante, diante da nova redação do seu parágrafo único, o dever de, em 3 dias,

requerer a juntada, aos autos principais de cópia da petição de agravo, bem como o comprovante de sua interposição e relação de documentos que o instruem, sob pena de inadmissibilidade, desde que o agravado requeira e comprove.

A partir de 1994, entendeu-se que esta atribuição seria mera faculdade - com algumas exceções interpretativas, de doutrinadores e juízes; neste sentido, o critério adotado pelo Primeiro Tribunal de Alçada Civil e pela maioria dos componentes do STJ, conforme decidido no RESP 18135/SP, *in* RSTJ 115;383, em que o relator, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, também um dos responsáveis pela Reforma, evidenciava reverter-se a determinação legal 'de caráter cogente', não ainda como requisito, mas como oportunidade de reapreciação do decidido, pelo magistrado da decisão agravada e capaz de propiciar à parte contrária o conhecimento da integralidade do recurso. Hoje, o não-cumprimento desta determinação importa em inadmissibilidade do recurso, não mais se cogitando de mera formalidade. Ao acolher aquelas críticas, construtivas, optou-se pela manifestação do magistrado, também como requisito para a reapreciação pelo Tribunal, pois que, em sendo reformada a decisão, com comunicação obrigatória ao Relator, impede-se o conhecimento do agravo, desafogando os tribunais.

Resumindo, há uma retomada parcial dos anteriores requisitos do recurso de Agravo, permanecendo a dúvida sobre a rapidez e instrumentalidade apregoadas. Nesse sentido alguns processualistas entendem *tímida* a manutenção do agravo, apenas mitigada pela conversão em retido, pois, no dizer de Dinamarco (AASP, 2002), dever-se-ia impedir o agravo em matéria de prova, qualquer que fosse o procedimento; apenas o agravante que interpusse o recurso proibido; ou voltar ao conceito de irrecurribilidade das interlocutórias.

Com relação ao § 4º, a nova redação, ampliativa, impede que as decisões proferidas em audiência, bem como as anteriormente previstas, posteriores à sentença, possam ser objeto de agravo de instrumento, que deve permanecer retido. Retornam, desta forma, os mesmos requisitos de apreciação preliminar pelo Tribunal a implicar em pedido expresso, enquanto que a manifestação de interposição deve ser escrita - ditadas e transcritas, no termo da Audiência agravada, ou grafadas por certidão de

inteiro teor pelo Cartório, quando tratar-se de decisão posterior à sentença; de qualquer forma, sem interferir na redação do item III, do art. 280, que já previa, no procedimento sumário, a forma retida ao recurso.

Acresce-se que poderá o relator converter o agravo de instrumento em retido, assim que recebido aquele, salvo nas hipóteses excepcionadas (art. 527, II), de dano de difícil e incerta reparação (ou nas de inadmitir-se apelação e, por fim, quanto aos efeitos em que recebida esta).

Parece difícil a ocorrência de decisões interlocutórias, proferidas em audiência, que produzam males à pessoa, impedindo-a de receber o bem que lhe é devido, sendo mais prováveis na hipótese em que o *mal é causado diretamente ao processo e só atinge indiretamente o sujeito* (Dinamarco, 2001, p. 333). Esta lição ao enfatizar talvez a inaplicabilidade do agravo de instrumento, que: a) ou interrompe o fluxo procedimental, ou b) poderá ocasionar o perigo da dupla decisão, conhecida a do agravo após proferida a sentença, em absoluto tumulto processual estaria propondo um retorno à **irrecorribilidade das interlocutórias**, salvo na hipótese da decisão ocasionar um mal à pessoa?

Releva, contudo, notar que a opção pelo agravo retido, submete-o à regra geral dos demais incisos do art. 527, passível também do agravo inominado (de Regimento, *infra*), sob o risco de manejarem as partes o Mandado de Segurança.

Arts. 526 e 527 - (Agravos e Requisitos - Poderes do Juiz)

A distribuição incontinenti ao Relator proporciona razões de reclamação, por parte dos membros dos Tribunais, no sentido de que têm o tempo, quase que por inteiro, tomado pela apreciação e *julgamento de Agravos, impedido o das Apelações*. Este fato somente pode ser empiricamente observado, porque não existem dados estatísticos confiáveis, ou sequer lançamentos oficiais, que possam embasar pesquisas ou estudos direcionados a esta assertiva ou a seus contrários, como por exemplo, a redução do número excessivo de mandados de segurança, com caráter de recurso, além de outras matérias afetas ao funcionamento do Poder Judiciário, capazes de justificar ou, simplesmente, evidenciar outras razões para a morosidade da Justiça.

Ampliaram-se os poderes do Relator, que poderá negar seguimento liminar ao agravo, nas hipóteses do art. 557, cabendo, no dizer de Lenzi (2002), quando: a) **manifestamente inadmissível**, eis que não preenche os requisitos 'necessários à propositura, cabimento, legitimação, interesse, tempestividade, regularidade formal e preparo'; b) **improcedente** (contra o entendimento majoritário da Corte ou deduz matéria de cunho protelatório; e, por fim, **prejudicado**, eis que perdido o objeto, reformada a decisão em primeiro grau ou por ter sido a principal desistida, cabendo, se não conhecido ou se negado provimento, o **agravo inominado**, previsto no seu § 1º. A interposição deste recurso (agravo de regimento) será dirigida à Câmara competente para o conhecimento. *E, se negado, liminarmente, pelo Relator (art. 798, RITJESP), caberia novo agravo regimental ao Órgão Especial (art. 423, V, e 177, XII, ambos do RITJESP)?* Kazuo Watanabe entende que a única hipótese seria a de impetração de Mandado de Segurança, sempre em casos excepcioníssimos, e perante o próprio Tribunal.

A hipótese do inc.II, do art. 527 - *conversão do agravo de instrumento em retido*, deverá ser usada com moderação e de forma justificada, salvo exceções (provisão de urgência ou perigo de lesão) - pois implicam na remessa do recurso para apensamento aos autos principais, no juízo de origem; desta decisão igualmente *cabera agravo regimental*, na forma explicitada? *Eventualmente, ao Órgão Especial, etc.?* (supra). Estas circunstâncias demonstram a possibilidade (remota ou absurda) de ser o agravo - em qualquer de suas formas - objeto da decisão de reforma, em 1º grau, e de até três apreciações liminares, em 2ª instância.

Adequada se mostra a redação do inc. III, que permite ao relator atribuir efeito suspensivo aos recursos previstos nas hipóteses do art. 558 (prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução, etc), desde que requerido pelo agravante, além dos casos previstos no art. 520 (efeitos do recebimento da apelação), ora acrescido do inc. VII (supra). Ademais, poderá determinar a suspensão do cumprimento da decisão agravada até pronunciamento definitivo da Câmara ou Turma, se igualmente requerido.

Prossegue relevante a discussão sobre a concessão do efeito **suspensivo ativo**, pelo relator, que suspende os efeitos da decisão agra-

vada ou concede medida de urgência de antecipação de tutela recursal (cf. Dinamarco, Lenzi e Gomes Júnior, *op. Cit.*), eis que o STJ vinha entendendo que a decisão que denega liminar não tem conteúdo executório mandamental, sendo de nenhuma valia conferir-se efeito suspensivo a tal agravo; porém a jurisprudência o admitia, ante o raciocínio, dentre outros, de que o que era possível ao juiz singular não poderia ser negado ao colegiado, pois a decisão deste “torna positiva a pretensão denegada” (TJSP - Ag. Inst. n. 52.168-4-SP - Rel. Des. Octávio Helene, j. 4.9.97, in JTJ 203.238).

A recusa em conceder efeito suspensivo afasta o manuseio do mandado de segurança? Ou contraria flagrantemente o espírito da reforma, ainda que não mais se revista de eficácia e rapidez, ante o repasse de feitos, nos Tribunais de São Paulo?

A requisição facultativa de informações, ao Juízo *a quo*, reveste-se de importância ante a nova redação do art. 526 (supra), praticamente, tornando-a obrigatória, podendo a morosidade ser afastada pela utilização de todos os meios eletrônicos possíveis, em análise extensiva da Lei n. 9.800/99 (*Lei do Fax*).

As circunstâncias expressas nos incs. II e V referem-se a providências de caráter instrumental, úteis à intimação e processamento, enquanto que o item VI reitera a obrigatoriedade de manifestação do M.P. (art. 82, CPC), sob pena de nulidade.

Art. 530 - (Embargos Infringentes)

Em recente palestra, Cândido Dinamarco (2002) manifestou-se absolutamente contrário a que se mantivesse o recurso de embargos infringentes, uma vez que estabelece uma terceira instância ordinária. No dizer de outros (Cavalcanti, 2002), basicamente a Reforma retoma o disposto no art. 833, do Código de Processo de 1939, alterado pelo Dec. Lei n. 8.570/46, quando a modificação da sentença, por maioria, deixou de ser requisito aos embargos, prevalecendo apenas a falta de unanimidade da decisão colegiada, em sede de apelação, ou nos casos de procedência da ação rescisória, também aceita pelo Código de 1973, desprezando-se a hipótese de, ao examinar apelação, confirmar sentença, por maioria, havendo, então, duas decisões no mesmo sentido. Agora, além de ser inter-

posto contra sentença de mérito, será necessário que o acórdão embargado a reforme. Contra julgado confirmatório de sentença, mesmo de mérito, não serão cabíveis embargos infringentes, ou que dê pela procedência da rescisória.

No dizer de Gomes Júnior (2002), é claro o sentido de **prestigiar o Juiz a quo**, visto que, no sistema anterior, somando-se à sentença dois votos concordantes, apenas o dissonante era suficiente ao manejo dos embargos. Doravante, a dissonância há que se refletir na reforma meritória da sentença para utilização do recurso ou na improcedência da rescisória.

Prestigia-se o julgador de primeiro grau no exame do mérito, afastadas as intermináveis discussões de teses processuais, sempre utilizadas em prejuízo do direito material das partes. Acresce observar a nova redação do art. 531: "Interpostos os embargos, abrir-se-á vista ao recorrido para contra-razões, após, o relator do acórdão embargado apreciará a admissibilidade do recurso", providências que, se de um lado institui sadio juízo de admissibilidade, que melhor resguarda o tratamento igualitário às partes e ao contraditório recursal, de outro implicará em maior atraso do julgamento definitivo em 2º grau, através da intimação dos advogados (ou das partes?), com prazo para manifestação, controlado pelas unidades judiciárias, sobrecarregadas.

Admitidos os embargos, o processamento (arts. 533, 534 e 542) e julgamento dar-se-ão na forma e com a composição determinada pelo respectivo Regimento Interno do Tribunal, o mesmo ocorrendo com a intimação do recorrido.

Art. 544 - (Agravado, diante da inadmissão de recursos extraordinário e especial)

Ao elencar os requisitos instrutórios do agravo, avulta a autenticação das peças *por declaração dos próprios advogados*, evidente que permitida a impugnação da parte contrária sobre a autenticidade, em petição dirigida ao presidente da Corte e independente do pagamento de custas ou despesas postais, já adiantadas quando da interposição do recurso (art. 511 CPC). A autenticação pelo próprio advogado representa um avanço na direção de uma visão publicista do processo, em detrimento daquela

privatista, sempre mais formal e distante dos interesses de ordem pública, e que obriga um repensar da atividade dos lidadores do Direito, a partir da boa-fé, presumida (como no caso de inquirição de testemunhas, pelos próprios advogados ou pelos membros do Ministério Público, ante o progresso dos meios de comunicação e reprodução - vídeos, etc).

O § 2º impõe a imediata resposta do agravado e não depende de nenhum juízo de admissibilidade pelo Presidente do Tribunal Estadual, para a subida do recurso ao Tribunal Superior, onde será processado, mesmo quando, p. ex., seja intempestivo o recurso?

Art. 547 - (Descentralização do protocolo recursal)

A modificação, incluída no Capítulo - Da Ordem dos Processos no Tribunal - demonstra que o acréscimo ao art. 547 permite a criação extensiva de serviços de protocolo recursal, mediante delegação a officios de justiça em 1º grau. A medida vem facilitar a interposição de recursos, ampliando o acesso à Justiça, especialmente para advogados de comarcas interioranas ou mesmo residentes nas grandes capitais. A descentralização é sadia e, em Comarcas populosas ou Estados de larga extensão, poderá ampliar-se aos foros regionais e distritais. Ocorre, porém, que a interposição deve ser objeto de imediata e eficaz remessa ou comunicação ao Tribunal Estadual, evitando-se seja certificado o trânsito em julgado, havendo recurso pendente, aqui também por aplicação e regulamentação racional da Lei do Faz, pelos Tribunais.

Art. 555 - (Composição e julgamento da Apelação e do Agravo - Remessa a órgão superior)

A composição para o julgamento de apelação ou agravo, por três juízes, sem especificar a presença de revisor, conforme constava da redação anterior, parece salutar, pois não há por que considerar o agravo menos importante. Contudo, a experiência de judicar em 2º grau demonstra que a **credibilidade, entrosamento e confiança**, inerentes ao julgamento colegiado, podem encaminhar à rapidez ou, dependendo da composição, obrigar ao sistemático pedido de *vista de autos*, com prejuízo à celeridade.

Nas hipóteses do § 1º, já previstas em Regimentos Internos dos tribunais, retorna-se a uniformização de jurisprudência, desprestigiada por

sua complexidade e minudência (arts. 644 *usque* 656, do RITJESP). A simplificação determinada poderá facilitar uma verdadeira uniformização, desde que não sirva a escusos interesses de retardamento ou preguiça - com inútil paralisação do feito, ante a remessa ao órgão superior (Especial, onde houver, ou Plenário) por parte de relatores desavisados.

A atenção especial dispensada à **questão relevante** é endereçada àquela que repercute não só no próprio Judiciário, como também perante a sociedade, a partir de interpretação constitucional ou ao tentar prevenir divergências entre as Câmaras ou Turmas dos Tribunais, impondo-se a decisão “como precedente jurisprudencial, o qual deverá ser levado em conta nas matérias homogêneas subseqüentes” (Lenzi, op. Cit.). Aqui seria conveniente recordar as ações que envolvem professores, policiais militares; ações coletivas de meio ambiente e consumidores, aquelas com extensa repercussão na Economia etc. O **interesse público** obriga a presença do Ministério Público, sob pena de nulidade.

Trata-se de iniciativa exclusiva do relator, podendo a parte requerer ou sugerir, em preliminar, a apreciação do recurso. Negado, não caberá recursos; inexistindo juízo de admissibilidade à Câmara ou Turma.

No Estado de São Paulo, será dirigido às Seções de Direito Privado ou Público, sendo que, em matéria processual, conveniente será a união de ambas para fixar orientação dominante, como nas hipóteses de arguição de incidente de inconstitucionalidade (Erasmus Valladão França, 2002).

Tratar-se-ia de uniformização que antecede a formação de jurisprudência dominante ou de súmula? Sua regulamentação regimental não pode ser semelhante à do Tribunal de Justiça de São Paulo, eis que, sem dúvida, ocorrerá retardamento à decisão e formalismos insuperáveis. A devolução ao órgão originário, mantido o relator, deve ser objeto de regulamentação objetiva e rigorosa, admitido o juízo prévio de admissibilidade, pelo relator designado, junto ao órgão superior, em prazo exíguo.

Direito Intertemporal

Alerta Cândido Dinamarco (2001) sobre ‘a preservação das situações jurídicas consumadas sob o império da lei antiga’ mas, também, quanto à ‘eficácia dos atos já realizados *no processo*’ (p.59, *g.n.*), a nor-

tear os aplicadores da Reforma, além do que, em matéria de processo, se está no campo da ordem pública e não no da disponibilidade das partes ou do juiz, porque sua aplicação diz respeito ao funcionamento do próprio Poder Judiciário.

O mesmo autor exemplifica com **retroatividade legítima**, p. ex. nas disposições que impedem a remessa obrigatória, e **ilegítima** naquelas que impõem sanção ou multa.

II - Comentários à Lei n. 10358, de 27 de dezembro de 2001

Alfredo Buzaid já advertira, na Exposição de Motivos do Código de 1973, que:

Posto que o processo civil seja, de sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever da verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos, porque tal conduta não se compadece com a dignidade de um instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para atuação do direito e realização da justiça.

Desta forma, impunha-se ou pretendia-se um regime de austeridade, não só às partes como a seus procuradores e a todos os lidadores do direito.

Assim, no processo de conhecimento, o conceito de litigância de má-fé, com aplicação de multa, retira-lhe o caráter de indenização - que permanece nos arts. 16-18, a título de perdas e danos - que a tornava inexecutível, pois, quando e se aplicada pelos juízes, via-se constantemente reformada pelos tribunais.

Na execução forçada, o princípio dos atos atentatórios à jurisdição, que impedia a parte de falar nos autos, molestava a observância do devido processo legal e do contraditório. As leis ns. 8.952 e 8.953, além da 9.668/98, mitigaram tais excessos, modificando os arts. 18, *caput* e § 2º, e 601, tendo Dinamarco (2001) saudado a inclusão de 'norma processual', que tornou explícita a efetivação dessa responsabilidade (p. 63). Na atual redação do art. 600, a substituição por multa, fixada pelo Juiz e que reverte, desde logo, ao exequente, é exigível nos próprios autos, o que tornará a punição imediata e eficaz.

Art. 14, inc. V e parágrafo Único (Litigância de má-fé. Procedimento)

“Seria correto interpretar que a Reforma afasta o advogado, expressamente, dos deveres elencados no art. 14, indicando-lhe o caminho - previsto na nova redação do seu parágrafo único - de mera submissão aos “estatutos da O.A.B.”? Será que, ao ampliar (*caput*) o alcance para “todos aqueles que de qualquer forma participam do processo”, prevaleceria, apesar de absurda, apenas ressalvada a hipótese do inc. V?

A interpretação do Código é produto de um sistema, assim como o é a redação de qualquer artigo de lei. Quando o art. 14 envolve a *todos* os lidadores do Direito, o faz com extensão aos advogados e procuradores, sem excluir terceiros intervenientes (assistentes simples); representante legal de incapaz e pessoas jurídicas ou advogados que recebem por substabelecimento, poderes de representação (Moreira Reis, 2002).

Abrange, assim, as “**autoridades**” dos demais Poderes, que de forma reiterada desrespeitam impunemente as decisões judiciais (Hage, 2002).

Enquanto que a multa de, até 20% sobre o valor da causa, no inadimplemento, acaba inscrita como dívida ativa e será cobrada com as facilidades do Executivo Fiscal, sem omitir outras sanções e com extensão aos agentes públicos.

O inc. V admite expressamente a existência de *provimentos mandamentais* (Watanabe, 2002), expressão que abrange as eficácias cognitiva e executiva, no dizer de Moreira Reis (2002), fazendo-as conviver “...num só comando, de sorte que a decisão mandamental, sobre valer como título executivo, legítima desde logo o uso de meios coercitivos contra o obrigado, para que este cumpra imediatamente o decidido”. Evidente, ademais, que nestas se inclui a tutela antecipatória dos efeitos da sentença. Assim, as partes têm o dever de cumprir os provimentos mandamentais e sentenças, enquanto que *todos* têm o dever de não embaraçar o andamento processual, como furtar-se ao dever de depor e cumprir determinações judiciais, não podendo postular de forma ilegal ou tumultuar o procedimento.

Desarrazoado, então, pensar-se estivessem excluídos os advogados aos preceitos do art. 14 e seu parágrafo único, pois que, a com isto se concordar, ao órgão de classe caberia julgar os atos praticados no pro-

cesso pelo litigante de má-fé, à evidência, de forma invasiva à mera atividade administrativa e ética que lhe é deferida pelo sistema estatutário, delegado pelos membros da classe, enquanto que os demais lidadores, nestes incluídos juízes e promotores de justiça estariam submetidos à punição processual determinada pelo Estado.

Os atos do processo e da audiência permanecem sob o controle dos juízes, caso contrário os deveres estariam integralmente despidos de sanção - tornando a lei inexecutível e inócua.

O princípio do art. 133 da CF determina que o advogado é indispensável à administração da justiça e "inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei". Logo, ele é participante obrigatório do processo, ainda que não responda pelos atos do mandante (art. 1.313 do C.Civ.). Abrem-se, contudo, ressalvas se os pratica por iniciativa própria, como nos casos do art. 34, VI, X, XIV e XVII, do Estatuto dos Advogados.

A interpretação corrente, ademais, posiciona-se no sentido de que a inviolabilidade se aplica à própria atividade de defesa dos interesses do cliente, quando não poderá ver-se tolhido na defesa de seu constituinte, nada obstante suas manifestações - conquanto essenciais à administração da Justiça - têm como parâmetro não invadir a esfera do ilícito penal ou da agressão à honra de terceiros, sendo-lhe vedada a instalação do tumulto cartorário ou no processo, ou o desrespeito aos provimentos mandamentais. Considerados, reitera-se, como atentatórios à jurisdição, sem prejuízo da aplicação de outras sanções: criminais, civis e processuais, que, por suposto, jamais poderiam ser aplicadas pelo respectivo órgão de classe.

O que se pretende com a ressalva do parágrafo único - crê-se - é impedir que os advogados, na transgressão ética, possam ser submetidos a atos **correcionais**, impostos por magistrados, atos que poderiam ser passíveis de constituir manifestações de mesquinha ou vingança. Enfatiza o legislador que, sob este aspecto, se submetem exclusivamente ao respectivo Estatuto.

Multas e sanções por perdas e danos serão aplicadas às partes, independente do resultado da demanda, podendo aquelas ser aplicadas em qualquer grau de jurisdição, pelo juiz singular ou pelo relator, em exame preliminar, ou como sugestão à Câmara ou Grupo.

Art. 253 - (Competência Funcional - Distribuição do feito, por dependência)

A medida é ética e moralizadora, por basear-se na igualdade de todos perante a lei e o processo, visto ser corrente nos fóruns a prática de manobras espúrias, visando afastar o juiz natural, ao distribuir o litigante desleal inúmeras ações idênticas até atingir-se, através da concessão de liminar ou ante a desistência das Varas indesejadas, a “coincidência” da distribuição ao juízo que melhor atenda aos interesses das partes, ou seus advogados. Esta circunstância é comum, inclusive, junto aos tribunais, apesar do uso, na generalidade, do sorteio eletrônico.

Trata-se de fazer valer o princípio do juiz natural e, não apenas, de atender às hipóteses de conexão, para evitar divisões conflitantes. Nesse sentido, já se antecipara a Instrução Normativa n. 22, de 21 de Agosto de 2000, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Por outro lado, exemplifica-se com a concorrência da distribuição simultânea de diversas ações, todas sem procuração ou recolhimento de custas, havendo despacho pelo juízo *do interesse*, quando, então, sequer será necessário desistir das demais, ante a obrigatoriedade do decreto de extinção (Lima, 2002). Crê-se, no entanto, que a rigorosa fiscalização e a automação centralizada da distribuição poderão evidenciar a competência precedente, além da má-fé, visando preencher ‘a casa’ indesejada, considerada como atentatória à jurisdição.

A interpretação dos incs. I e II, obrigando a distribuição por dependência, quando sejam as ações conexas (comum o objeto ou a causa de pedir - art. 103); ou em que haja continência (identidade de partes e causa de pedir, podendo ser o objeto de uma, mais amplo, abrangendo o das outras - art. 104) ou onde ocorra a desistência, sendo o pedido reiterado, torna evidente tratar-se de competência absoluta, suscetível a qualquer tempo, declarando-a o juiz, de ofício, visto que implica, mesmo havendo litisconsortes, na dependência. Estas circunstâncias obrigam redobrada atenção da parte ré, se argüida a incompetência, aliás desnecessária.

Caberá, também, nos casos de abandono da causa (art. 267, III), dificilmente verificável, antes de atingir-se o objetivo vedado.

Está o Distribuidor obrigado - passível de sanção pecuniária, por ato atentatório à jurisdição, - a informar qual a primeira ação distribuída e qual o Juízo prevento para a apreciação das demais, pois que, ao sortear, será possível criar mecanismos indicando o juízo que aos demais precede.

Art. 407 - (Da produção de prova testemunhal)

Melhor regulamentado o prazo para apresentação do rol de testemunhas, com tempo suficiente para o cumprimento de eventual intimação por Oficial de Justiça e para que o advogado - em contato com a parte - possa aparelhar sua defesa, ou impugnar e contestar qualquer dos testemunhos arrolados.

Este ato não poderá ser praticado no dia do início - leia-se dia de encerramento, dia limite - através do protocolo integrado. Se assim concretizado, no dia limite do prazo de 10 dias, importa verificar se a juntada se deu com menos de 10 dias antes da audiência e, portanto, sem condições para que o Cartório possa intimar as testemunhas. Os 10 dias são integrais, especialmente para providências cartorárias, como expedição de mandado e seu cumprimento, não podendo ser reduzido por expediente da parte, que dele irá beneficiar-se, ante o adiamento, uma vez que os prazos tratam de matéria de ordem pública, não submetida à vontade ou ao interesse das partes ou do juiz. Exemplo: protocolada em Cartório a petição, no dia 17 e designada audiência para o dia 27, o prazo terá sido rigorosamente observado.

Não havendo tempo hábil, isto é, 10 dias integrais - para aquelas providências, ou bem são as testemunhas apresentadas pela parte, independente de intimação, ou a prova corre o risco de ser declarada preclusa.

Art. 431; 431-B e 433 - (Da Prova Pericial)

Restabelece-se o contraditório - que restara prejudicado, ante a revogação dos arts. 430 e 431 pela Lei n. 8.455/92, sendo que o primeiro previa a conferência entre peritos e assistentes para lavratura de laudo unânime, enquanto que o 431 estipulava condutas, no caso de haver divergência entre eles. Ambos revelaram-se inócuos, porém a pura e simples

revogação amesquinhara o princípio do devido processo e o exercício regular do contraditório.

A atual redação apresenta oportunidade para que os interessados participem, desde o início, da colheita de prova, em diligência designada pelo Juiz, ou indicação de data e local pelo perito.

É verdade que o art. 425 poderia ter sido revogado, pois representa retardo e formalismo excessivos, porque, se prevista a possibilidade de acompanhar diligência de produção da prova com a apresentação de quesitos diretamente ao perito, inegável que as partes ficam, desde logo, cientes.

Da mesma forma, a possibilidade, agora admitida expressamente, de tantas perícias quantas forem as matérias ou sua complexidade, era expediente adotado pelos juizes e resultava de apreciação cuidadosa das questões debatidas. Coloca-se apenas a dificuldade de, ante diversos peritos, chegar-se-ia um consenso sobre datas para início de diligências - acrescidas do rigor formal do citado art. 425.

A designação de data pelo juiz, quando possível e consultados os peritos, virá solucionar, ao menos em parte, esta espécie de dificuldade, devendo ser evitada a prática de atos dependentes da burocracia dos cartórios, atualmente sobrecarregados pelo número assustador - ao menos nas Capitais e Comarcas de porte - de ações em curso (em torno de 7.000, nas Varas Cíveis da Capital). Ademais, deverá ser incentivada a aplicação do art. 427, que estende os poderes do juiz na dispensa da prova pericial, substituindo-a por parecer técnico ou prova documental.

Ao cabo, não está impedida a colheita de prova em juízo, designando o magistrado data para realização em Cartório (p. ex. coleta de sangue para exame de paternidade; prova grafotécnica, etc).

A nova redação do parágrafo único do art. 433 retoma o compromisso do legislador com as garantias da ampla defesa e do contraditório, substituindo-se a diligência das partes pela intimação para que se manifestem sobre a apresentação do laudo. Esta providência, dependendo da natureza ou complexidade da prova pericial pode ser objeto de determinação do perito, comunicada aos assistentes sobre a data e horário da entrega do laudo em Cartório, que, por sua vez, comunicarão aos patronos das partes, sempre observado o prazo fixado pelo juiz para audiência e os 20 dias que a antecedem.

A **instrumentalidade** do processo - princípio enaltecido por doutrinadores e acolhida pela jurisprudência - representa um *compromisso de todos* com a agilização, economia e boa-fé processuais, pois que *todos* são responsáveis pela dignidade da Justiça e operosidade da jurisdição. Inadmissível, desta forma, seja a prática de atos processuais revestida de excessivas cautelas, capaz de tisonar a dignidade de seus lidadores. A palavra do perito, sobre ter efetivado a comunicação da diligência aos assistentes, não pode implicar na desconfiança de que estes deixem de se comunicar com os respectivos patronos das partes. A facilidade de comunicação, por telefonia celular, gravações, meios eletrônicos e outras conquistas da modernidade, deve ser utilizada com rigor e emprestar credibilidade ao desenvolvimento dos atos processuais, o que seria facilmente desburocratizado pela 'automação dos prazos'.

Arts. 575, IV e 584, III e VI - Juízo Arbitral

O legislador processual sacramenta a figura do Juízo Arbitral, previsto na Lei n. 9.307/97, ao consagrar o caráter de título executivo à *sentença* do árbitro. O que já antes fora previsto pelo art. 31 da citada lei, remetendo-se a execução de sentença arbitral ao juízo cível competente, a nova redação do art. 575, unifica a sistemática dos inc. § III, revogado, e IV atual.

O reconhecimento pelo STF da constitucionalidade, ainda que por estreita margem de 1 voto, do art. 18, daquela lei, que considerou o árbitro, *juiz de fato e de direito*, representa decisivo passo na direção da quebra do monopólio da jurisdição, antes que a busca de meio alternativo à solução de litígios. Cabe lembrar na oportunidade o tumulto - até recente data - da admissão dos 'juízes' classistas, cuja atividade nefasta se faz sentir, não apenas na inutilidade de suas presenças, como perante o Tesouro, pois que, logo, adquiriram as vantagens da magistratura, de seus vencimentos, não, jamais, de sua operosidade!

Fatos rumorosos começam, desde logo, a envolver a aplicação daquela lei, constatados pela confecção de títulos e carteiras funcionais falsas, adquiridas por elevado custo e com tipificação de estelionato, por pessoas que pretendem assumir a categoria de juiz, sem demonstrar a mínima capacitação, verificável por concurso público, constitucionalmente previsto.

Nada obstante possa, ao longo do tempo, surgir como panacéia para desafogar as instâncias, especialmente para as contendas entre empresas transnacionais que, de há muito, não mais recorrem à jurisdição ordinária, uma última observação merece destaque, neste momento em que diversos segmentos da sociedade se arvoram em controladores do Judiciário? Quem irá controlar o árbitro e garantir tratamento igual e desinteressado às partes? Os próprios demandantes? E se houver entre eles enorme diferença de poder econômico? (para evidenciar o menos ...)

O art. 584, inc. III, recebe redação ampliativa e admite o reconhecimento de título executivo às homologatórias de conciliação - previstas na Lei n. 9.099/95, dos Juizados Especiais (art. 57) - e às de transação, ainda quando versarem matéria não posta em juízo. As decisões homologatórias de conciliação e transação representam avanço ao atingir-se a desejada instrumentalidade do processo, sem que se apresentem, ao contrário da arbitragem, como invasivas às atribuições próprias da jurisdição, uma vez que são atividades desenvolvidas até mesmo com o auxílio de leigos, sempre submetidas à fiscalização pelo Poder Judiciário.

Por fim, a inclusão da sentença arbitral, acrescida pelo item VI do art. 584, igualmente, representa o reconhecimento oficial da atividade no sistema processual.

Conclusão

As reformas serão sempre bem-vindas. Assim foi com a Lei dos Juizados de Pequenas Causas e prossegue com a dos Juizados Especiais. Releva contudo notar que, ao menos no estado de São Paulo, para instrumentalizá-las, é necessário que o Tribunal de Justiça regulemente seu funcionamento, criando infra-estrutura cartorária adequada e incentivos à carreira dos magistrados que desenvolvem sua atividade após o período normal de exercício nas Varas.

De pouco adiantará a vontade do legislador, dirigida à simplificação dos procedimentos e dos recursos, se novas investidas tumultuárias e de interpretação insistirem em amesquinhar o caráter de agilização e economia processuais. Se o Executivo prosseguir legislando por meio de Medidas Provisórias, incentivadoras da litigância e dos recursos? E se não houver a tão aguardada mudança de mentalidade dos juízes, que pas-

sa, antes de mais nada, pelo reconhecimento de que o direito material tem sido relegado a plano inferior, diante das questões processuais, tornando eficaz o acesso à Justiça? Prosseguirão inutilmente as discussões como a da possibilidade do julgamento meritório, permanecendo sentenças e acórdãos nas fimbrias das preliminares, com a denegação pura e simples de Justiça, que melhor atende ao caos do represamento de recursos em 2º grau. Este será considerado, durante muito tempo ainda, a razão primeira da *morosidade e do descrédito da Justiça*, apresentando-se como fator essencial à retomada da litigiosidade contida e, via de consequência, do incentivo à *violência*.

A busca de meios alternativos, a automação dos prazos, a multa ou a punição do litigante que atenta contra a jurisdição, a cobrança de justas custas ao recurso, dentre outras, são ou poderiam se constituir em tentativas de melhorar a prestação jurisdicional, porém, mais necessário e urgente será garantir efetivo acesso a uma ordem jurídica justa, através da interpretação desarmada das novas leis. Dentre estas, somam-se as que se identificam como *de interregno* às reformas. A de n. 9.800/99 dirige-se ao aproveitamento processual dos meios eletrônicos (no Tribunal de Alçada Criminal de SP são aceitas impetração e informações em *Habeas Corpus*, por fax, enquanto que o veto apostado à ampliação do art. 154 do CPC, fundado na Medida Provisória n. 2200 (Chaves Públicas), impediu as intimações e citações por meios eletrônicos). Por sua vez, a Lei n. 10.1733/01 dispôs, de forma justa, sobre a preferência concedida aos idosos para consumação dos atos processuais.

Por fim, a mudança de mentalidade passa, obrigatoriamente, pelas Escolas de Profissionais, quer na formação quer no aperfeiçoamento dos lidadores do Direito. A criação de Juizados Especiais perante as Universidades representa um primeiro passo para a modernização do ensino jurídico, e este é um dos objetivos que devemos buscar de forma incessante.

**DEMOCRATIZAÇÃO:
O GRANDE DESAFIO DO JUDICIÁRIO
NA ERA DOS NOVOS DIREITOS**

Roosevelt Queiroz Costa

Desembargador do Tribunal de Justiça de Rondônia

Professor da UNIR e da EMERON

Pós-graduado em Direito Processual Civil (lato sensu)

Pós-graduado em Direito Civil e Comercial (lato sensu)

Pós-graduado em Metodologia do Ensino Superior (lato sensu)

Mestrando pela Universidade Federal de Minas Gerais

Doutorando pela Universidade Portucalense Infante D. Henrique

Membro Titular da Academia Rondoniense de Educação

DEMOCRATIZAÇÃO: O GRANDE DESAFIO DO JUDICIÁRIO NA ERA DOS NOVOS DIREITOS¹

Roosevelt Queiroz Costa

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DEMOCRACIA. 2.1. Concepções básicas. 2.2. Conceitos de democracia entre os modernos publicistas. 2.3. A democracia através dos séculos. 2.4. Pressupostos da democracia. 2.5. Conseqüências e aplicações do princípio democrático. 2.6. Reflexão sobre a democracia na América Latina. 3. DIREITOS HUMANOS, CIDADANIA E JUSTIÇA. 3.1. Caracterização e natureza dos direitos fundamentais. 3.2. Garantias constitucionais dos direitos. 3.3. Os direitos humanos na ordem interna constitucional. Indivisibilidade. Plenitude da cidadania. 4. O PODER JUDICIÁRIO NA BUSCA DA DEMOCRATIZAÇÃO. 4.1. A tarefa institucional do judiciário. 4.2. Acesso à justiça e as ondas renovatórias. 4.3. A democratização das estruturas. 4.3.1. Participação da sociedade na administração da justiça e seleção dos juizes. 4.3.2. Judiciário e Sociedade. Concretude da justiça com o pioneirismo de Rondônia. 5. CONCLUSÃO.

E eu passo a mostrar-vos ainda um caminho sobremodo excelente: Ainda que eu fale as línguas dos homens e dos anjos, se não tiver Amor, serei como bronze que soa ou como o címbalo que retine. Ainda que eu tenha o dom de profetizar e conheça todos os mistérios e toda a ciência; ainda que eu tenha tamanha fé, a ponto de transportar montes, se não tiver amor, nada serei. (1Co 13:1-2).

1 - Uma das monografias apresentadas no Curso de Mestrado de Direito Constitucional interinstitucional UFMG/UNIR.

O que estamos vivendo não é a crise da modernidade. Estamos experimentando a necessidade de modernizar os pressupostos sobre os quais se baseia a modernidade. A crise atual não é a crise da razão, mas a... dos motivos irracionais da racionalização, da maneira como esta tem sido buscada até agora. André Gorz.

Vivemos tempos críticos. Por isso criativos. Nos últimos anos mudou a cartografia política e ideológica mundial. Estruturas ruíram e com elas muitos esquemas mentais. Ficaram os sonhos. Como pertencem à substância do ser humano, eles sempre ficam. Permitem novas visões e fornecem o entusiasmo necessário para o pensamento e a criatividade. (Leonardo Boff).

1. INTRODUÇÃO

Objetiva o presente trabalho analisar as tendências do judiciário brasileiro, com vistas à sua democratização e conseqüente contribuição social, a partir de uma visão genérica sobre o conceito de democracia, direitos humanos e cidadania.

A democracia somente se consolida com a efetiva realização dos direitos essenciais do ser humano. Por sua vez, tais direitos requerem uma estruturação completa do Estado, por meio de seus poderes.

No primeiro capítulo é feito um breve histórico sobre a democracia e sua origem. A influência do Cristianismo marcou um diferencial na concepção de homem adotada nos últimos séculos, impregnando todas as idéias acerca da sociedade moderna. Assim, a democracia encontra seus fundamentos, atualmente, nas idéias de fraternidade cristã, de liberdade, de igualdade. A própria Filosofia proclama a liberdade (Descartes, Voltaire, Montesquieu na política), ao mesmo tempo que a inviolabilidade da pessoa humana, independentemente de raça, cor, opinião, crença.

Nesse contexto, insita a idéia de cidadania que é a participação, o atuar, o agir para a completa fruição e exercício dos Direitos Humanos.

Assim, no segundo capítulo, o tema será abordado, entendendo-se a cidadania como a completa fruição e exercício dos Direitos Individuais, Sociais, Políticos e Econômicos – Direitos Humanos – garantidos no ordenamento jurídico.

Para o bom exercício da cidadania, exige-se igualdade, não apenas jurídica, mas de oportunidades; liberdade física e de expressão; educação; saúde, trabalho; cultura; lazer; pleno emprego; meio ambiente saudável; sufrágio universal e secreto; iniciativa popular de leis; dentre outros direitos que compõem o quadro dos Direitos Humanos.

O terceiro capítulo é dedicado especialmente à análise do Judiciário no panorama atual da sociedade, apresentando o seu papel institucional, as experiências que refletem uma resposta aos anseios sociais na atualidade, bem como uma análise abrangente da democratização de suas estruturas.

Infúmeros são os desafios que se apresentam ao Judiciário nessa nova era dos direitos: a globalização, o desenvolvimento técnico-científico, as novas causas da humanidade como a proteção do direito ambiental, a proteção internacional dos direitos humanos, o combate aos crimes violadores da dignidade humana; enfim, o novo cenário mundial compele o Poder Judiciário a encontrar mecanismos internos de democratização, possibilitando a todos o acesso à justiça e, conseqüentemente, à plenitude do exercício da cidadania.

2. DEMOCRACIA

2.1 Concepções básicas

A palavra democracia, de *demos* (povo), etimologicamente significa o governo do povo.

Na antiguidade, o vocábulo “democracia” revestia-se de mau renome, como governo da plebe, incapaz de discernimento, volúvel e inconsiderado. Para Platão, a democracia consistia numa forma intrinsecamente degenerativa de governo. E Aristóteles reserva o vocábulo para a degeneração de muitos, quando se instalavam a licenciosidade, a anarquia, no governo do Estado.

Diferentemente da noção adotada pelos antigos, a democracia moderna vai buscar seus fundamentos em noções desconhecidas pelas

sociedades antigas. Maurice Block, citado por J. H. Meirelles Teixeira, observa que as sociedades modernas se formaram sob a influência do Cristianismo, que transformou completamente o ponto de vista sob o qual se consideram o homem e a sociedade.

Essa influência do Cristianismo faz um diferencial na concepção de homem adotada nos últimos séculos. Mesmo para aqueles que não aceitam os seus dogmas literalmente, o ser humano é sagrado tanto aos seus próprios olhos, como aos de seus semelhantes.

Diferencial esse que, por sua vez, vai impregnar todas as idéias acerca da sociedade moderna. Assim, a democracia encontra seus fundamentos, atualmente, nas idéias de fraternidade cristã, de liberdade, de igualdade. A própria Filosofia proclama a liberdade (Descartes, Voltaire, Montesquieu na política), ao mesmo tempo que a inviolabilidade da pessoa humana, independentemente de raça, cor, opinião, crença.

...A despeito de todas as desigualdades e diversidades, existe uma natureza humana idêntica, e nessa identidade vem a fundar-se a igualdade. Que o homem desenvolva, que o indivíduo se eleve a toda a excelência e a toda a felicidade que for capaz, eis os seus votos. Ela exalta a sociabilidade, essa fraternidade de simpatias e interesses. Entretém no coração dos homens a *idéia do Direito*. Ataca as distinções injustas, os privilégios odiosos. Ela impele, numa palavra, com o auxílio das armas que lhe são próprias, isto é, pela luz e pela razão, para a liberdade e a igualdade social.²

O mesmo autor (Teixeira) conclui o pensamento de Block afirmando que, a cada dia, mais homens são chamados aos gozos como às luzes. É a esse estado social que se denomina democracia.

O sentido moderno da palavra democracia é, dessa forma, o que pretende significar os dizeres de Lincoln "governo do povo, pelo povo e para o povo". Uma democracia não apenas formal, mas substancial, isto

2 - TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. In *Verbetes Démocratie*, Block, *Dictionnaire Politique et sociale*, 1991:451.

é, social. Nesse estado social busca-se o bem comum, a igualdade, a fraternidade. Conteúdo social que deve ser aliado ao exercício da soberania pelo povo.

2.2 Conceitos de democracia entre os modernos publicistas

Teixeira apresenta, ainda, diversos conceitos de democracia dos modernos publicistas, citando autores de nomeada, a seguir enumerados.

Para Jellineck, a democracia repousa sobre o papel de órgão supremo do Estado que desempenha a comunidade do povo.

No sentido político e quanto à forma de poder, democracia é o regime da massa dos indivíduos e cidadãos, membros do Estado. É o regime da maioria, o governo da massa, do número. Essa é a conceituação dada por La Bigne de Villeneuve.

Para Vedeul, democracia é o governo do povo para o povo. Do povo, isto é, considerado o povo como sujeito, portador do poder político, juiz de seus próprios interesses, e para o povo, como forma de governo destinada precipuamente à realização do bem comum, não apenas da maioria, ou de uma classe. Concluindo que a soberania popular ou nacional, o sufrágio universal e a representação não esgotam o conteúdo democrático.

Outros autores, como Sampaio Dória, consideram democracia como equivalente a consentimento dos governados, quer na investidura, quer no exercício do poder. Nesse sentido, Pllieri vê, na democracia, o povo como juiz de seus interesses, capaz de decisões políticas concretas, de adotar as linhas diretivas de seu próprio governo.

Carlos Schmitt vê na democracia, em primeiro lugar, "a forma política que corresponde ao princípio da identidade do povo em sua existência concreta, consigo mesmo, como unidade política". Especialmente, a democracia é o exercício do Poder Constituinte-pelo Povo - o povo "por cima" da Constituição, podendo modificá-la a qualquer momento.

Além disso, Schmitt vê, na democracia, um método para o exercício de certas atividades estatais: organização do Governo e do Legislativo com a participação mais ampla possível do povo, a separação dos poderes,

o estabelecimento e garantia de certos direitos fundamentais, etc.

A palavra democracia assume, ainda, um significado ideal, com uma pluralidade de sentidos: liberalismo, socialismo, justiça, paz universal, enfim, tudo quanto é belo, ideal, simpático.

Por fim, Schmitt termina definindo democracia como a identidade entre dominados e dominantes, entre governantes e governados, entre os que mandam e os que obedecem. Deste conceito, a seu ver, resulta a igualdade substancial, suposto essencial da democracia. A força e a autoridade dos que governam devem, portanto, repousar, não só sobre qualidades inacessíveis ao povo, mas também na confiança, na vontade do povo.

Todas as instituições do governo democrático (igualdade de direitos, sufrágio universal, representação, etc) correspondem ao esforço para realizar a identidade entre governantes e governados, isto é, para colocar o povo no governo, o consentimento da Nação na base das instituições.

As notas essenciais características da democracia em todos esses conceitos formam a conceituação adotada atualmente pela moderna Ciência Política e também pelo Direito Público: a identidade entre governantes e governados, a própria comunidade política como fonte, sujeito do poder, exercendo-o, além disso, em seu próprio benefício, pelo consentimento comum.

Em relação à justificação e ao fundamento da democracia, destacam-se as referências no tocante ao Poder Constituinte e à Soberania, bem como o princípio democrático no pensamento de São Tomás de Aquino - a comunidade, dotada de energia para consecução de seus fins; composta de homens, isto é, um misto de natureza e espírito (vontade, raciocínio, liberdade). O poder político a alimentar-se do poder humano, da coincidência de muitas vontades e forças individuais, formando a vontade superior do Estado, unidade de ação e de atuação (poder do Estado).

Logo o poder político resulta de fatores psicológicos, de consciência, que um programa de vida comum, objetivos comuns, - exercem sobre a alma dos homens. Convicção, adesão, entusiasmo, não sentimento de temor, medo ou força, estão na base do poder político legítimo, daí resultando o *status* de equilíbrio que é o Estado, igual à soma das tendências, vanta-

des e opiniões existentes no seio da comunidade política, e resultado dessas mesmas tendências, vontades e opiniões.³

2.3 A democracia através dos séculos

As democracias antigas eram geralmente diretas, exercendo-se imediatamente pelo povo reunido em assembléias. Essas assembléias resolviam, soberanamente e de modo responsável, os assuntos que lhe eram submetidos. Mas os cidadãos com direitos políticos constituíam apenas uma pequena parte da população, o que restringia consideravelmente a noção de povo como titular da soberania, no Estado grego.

Em Esparta, ao lado do rei (monarquia) e das assembléias do povo (democracia), existia um corpo legislativo vitalício (Senado) que resolvia, em colaboração com o rei, os assuntos de menor importância. A intervenção do Estado na vida individual era absoluta, inexistindo garantias legais de liberdade, eficazmente organizadas. Havia um princípio de Estado de Direito, pois a assembléia do povo, os reis e o Senado conheciam certas limitações expressas na Constituição.

Em Atenas, pela Constituição de Sólon, ao lado do povo, dividido em cinco classes, de acordo com a fortuna pessoal, existiam ainda os estrangeiros (metecos) e os escravos. Só o povo era possuidor de direitos políticos, formando assembléias populares.

Ao lado do povo como poder político, funcionava ainda o Areópago, tribunal judicial e político composto de nove arcontes⁴, anualmente eleitos pelo povo, e um Senado de 400 membros que aconselhava os arcontes e o povo.

Os projetos de lei eram elaborados pelos nomotetas, e, após opinarem o Senado e os arcontes, eram submetidos à votação popular.

Como se vê, na Grécia inexistia o princípio de igualdade política e civil, inexistiam o sufrágio universal, as garantias dos direitos individuais, o respeito à pessoa humana, etc. O direito de autodeterminação política, que deve assistir à comunidade política, existia apenas e muito limitadamente, uma vez que poucos indivíduos eram submetidos às assembléias.

3 - Ibidem, p. 453.

4 - Antigo magistrado grego, a princípio com poder de legislar, e depois simples executor de leis.

O mesmo deve dizer-se de Roma ao tempo da República.

Na idade Média, o absolutismo dos senhores feudais, a posse da terra como condição de poder político, os privilégios da nobreza e do clero, excluíam a idéia de democracia. O que então existia eram aristocracias e poder absoluto. As idéias democráticas, que então apareciam como continuação do pensamento político da Grécia e de Roma (ex. São Tomás de Aquino) não chegaram a concretizar-se na ordem das realidades políticas.

Muitos tentam dar base democrática às monarquias, especialmente os teólogos (visando, segundo Carlos Schmitt, dar supremacia aos concílios, frente ao Papado), pela fusão do pensamento grego, romano e cristão. Começam a surgir, e afirmam-se depois, as concepções do Direito Natural - direitos inatos, intrínsecos ao indivíduo, desde o seu nascimento -, a noção de lei natural, superior à lei positiva e daí o repúdio da onipotência do Estado e da lei positiva. A lei natural é anterior ao Estado, ao príncipe, ao próprio povo. Já se admite a responsabilidade do príncipe perante Deus e perante os súditos, e daí o direito de resistência às leis injustas.

Mas se estes são os princípios de uma filosofia política, a realidade política e social ainda os desmente de modo categórico.

Somente com o enfraquecimento do feudalismo, e a formação da burguesia, vamos atingir, através das monarquias absolutas, e a Renascença, afinal, a Revolução Francesa, por meio da qual os princípios democráticos vão encontrar ampla aplicação.

Observe-se, porém, que já na Idade Média encontramos os germes dos modernos sistemas representativos, quer no antigo parlamento inglês, quer ainda nos Estados Gerais (França), na reunião das Cortes (Espanha) e nos corpos representativos de certas repúblicas italianas.

As cartas e os pactos, na Idade Média, constituem, até certo ponto, reconhecimento ou afirmação do princípio democrático, isto é, dos direitos do povo, e germes das modernas Constituições.

É, porém, a partir da Revolução Francesa, a qual, como sabemos, foi abeberar-se nas idéias jusnaturalistas, em Rosseau, nos enciclopedistas e nos exemplos que vinham da Inglaterra e da Revolução norte-americana, que a democracia surge afirmando os princípios básicos que

até hoje a caracterizam: liberdade, igualdade, soberania nacional, separação de poderes, direitos individuais inalienáveis, representação etc, como única forma política que corresponde à própria essência da natureza humana. A democracia moderna volta, no fundo, ao ponto de partida do Direito Natural: todo homem tem um direito igual, decorrente da própria natureza humana, de participar do poder estatal, de concorrer para a formação da vontade geral.

2.4 Pressupostos da democracia

Para Teixeira, a efetiva prática da democracia requer certos pressupostos ou requisitos, implícitos em seu próprio conceito.

Do ponto de vista político, isto é, da origem popular da soberania, como governo da maioria dos cidadãos, como identidade entre governantes e governados, a democracia supõe, primeiramente, certos graus de cultura geral e cívica, certo conhecimento, por parte dos cidadãos, dos problemas do governo, ao menos em suas linhas gerais.

Além desse grau de cultura, a prática efetiva da democracia exige a existência de uma opinião pública organizada e esclarecida, o que se concretiza por meio dos partidos políticos.

Mas, opinião pública esclarecida, organizada em partidos, supõe discussão de problemas, e esta exige a existência de certas liberdades: liberdade de pensamento, de imprensa, de reunião, de associação, de cátedra etc; liberdades essas que devem ser efetivamente asseguradas, por meio das garantias legais e de aparelhamento estatal adequado. O fato de constar dos textos das constituições modernas tais direitos, estas de nada adiantam se não houver aparelhamento e garantias legais para sua eficiência.

Assim, uma das grandes tarefas de todos os governos, nas imperfeitas democracias modernas, é a de proporcionar essas condições, entre elas, especialmente, a educação, isto é, a elevação intelectual, cívica e moral do povo, constituindo o aspecto político-formal.

Complementando os requisitos para a efetivação da democracia, pelo aspecto substancial, ou seja, sob o prisma da realização concreta do bem comum, temos como pressupostos um grau verdadeiramente religioso de virtude, desprendimento, espírito de fraternidade, de solidariedade e justiça; requer, enfim, "a observância dos próprios ideais do Cristia-

nismo, pois, como bem assinala Merriam, a ética da democracia é a própria ética do Cristianismo.”⁵

2.5 Conseqüências e aplicações do princípio democrático

Mais uma vez citando Carlos Schmitt, Teixeira assinala que as conseqüências do princípio democrático podem agrupar-se em três rubricas: a) tendência e esforços pela realização da identidade democrática; b) fixação da qualidade de cidadão e condição deste na democracia; c) métodos democráticos para determinação de autoridades e funcionários.

Nesse momento é oportuno trazer a conceituação de Kelsen, para quem a democracia é autodeterminação, formulação de normas jurídicas por aqueles mesmos que devem obedecê-las, com exclusão de toda influência estranha.

Então, a primeira conseqüência do princípio democrático será, realmente, a necessidade de tornar, tanto quanto possível, efetiva, real, essa identificação entre governantes e governados, ou seja, tornar mais ampla possível a participação do povo no governo.

Extremamente democrática é a Constituição Brasileira, ao prever o sufrágio universal e as mínimas restrições ao direito do voto.

Outra conseqüência do princípio democrático é a eleição direta para escolha de autoridades e representantes do povo.

Insculpido na Carta Magna está o conceito de cidadão, como pertencente à esfera política, em primeiro plano. A igualdade perante a lei, a igualdade política, de encargos públicos, de direito privado e a supremacia do interesse público, são outros indicadores da fixação da qualidade de cidadão e condição deste na democracia.

Temos, ainda, os métodos democráticos para designar autoridades e funcionários. Apesar de ser um tema um tanto polêmico, tendo vários estudos acerca dos referidos métodos, satisfaz as exigências dos ideais democráticos, a igualdade dos cidadãos, preconizada na Constituição Federal, aliada à exigência de concursos públicos para esse ingresso.

O autor em referência acrescenta às classes de conseqüências do princípio democrático, enumeradas por Schmitt, a responsabilidade dos

5- TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. In *Verbete Démocratie, Block, Dictionnaire Politique et sociale*, 1991: 461.

governantes e detentores de qualquer parcela de poder, autoridade ou função. A esse respeito, é crescente a preocupação com a responsabilidade de quem administra bens públicos. O Presidente da República, Ministros de Estado, Senadores e Deputados, autoridades estaduais e municipais, juizes e funcionários públicos não escapam de previsão constitucional e ordinária no sentido de serem responsabilizados e virem a sofrer sanções no caso de descaso e irresponsabilidade com a coisa pública.

Por fim, o direito de autodefesa constitui-se também como uma consequência ou corolário do regime democrático ao ser declarado, constitucionalmente, *vedada a organização, registro ou o funcionamento de qualquer partido político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade de partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem.*

2.6 Reflexão sobre a democracia na América Latina

Refletir sobre as nascentes democracias na América Latina é uma missão conjunta com uma análise sobre a estrutura e a dinâmica do capitalismo latino-americano.

Os avanços políticos registrados nos anos 80 foram acompanhados por uma marcada piora das condições de vida das grandes maiorias nacionais, o que só pode colocar sombras sobre o futuro da democracia nos nossos países.

Na América Latina a redemocratização veio acompanhada pela pauperização de extensas faixas da sociedade civil. A questão crucial é até que ponto pode progredir e se consolidar a democracia em um quadro de miséria generalizada, como o que hoje afeta as nascentes democracias sul-americanas, que corrói a cidadania subjetiva das maiorias precisamente quando mais se exalta sua emancipação política.

A democracia não convive pacificamente com os extremos: a generalização da extrema pobreza e sua contrapartida, o fortalecimento da plutocracia, são incompatíveis com seu efetivo funcionamento. Quando os pobres se transformam em indigentes e os ricos em magnatas, sucumbem a liberdade e a democracia. (BORON, 1994:13)

O período de transição aberto na década de 80 trouxe de novo o fato de que as lutas populares tiveram como eixo principal os temas fundantes da teoria democrática clássica (soberania popular, representação política, império do direito, divisão dos poderes, exercício das liberdades e as dimensões da igualdade), mas complementando-os com as novas preocupações pela justiça e pela igualdade que, graças à secular luta das classes subalternas, se converteram em componentes essenciais das novas reivindicações democráticas.

Ocorreu, na verdade, uma “ressurreição” da sociedade civil, re-colocando radicalmente os termos da questão democrática, uma vez que, em sua formulação convencional, esta se circunscrevia à natureza política.

A tarefa que tem diante de si a democracia latino-americana vai muito além de assegurar a restauração das formas políticas congruentes com os princípios fundamentais do regime democrático. Deve demonstrar, também, que a democracia é uma ferramenta eficaz para assegurar a transformação social e a construção de uma sociedade melhor.

Os principais problemas que afetam as perspectivas abertas na atual fase de redemocratização, na lição de Boron, são: a instabilidade e a debilidade de forças que sustentam o regime democrático; o novo auge ideológico internacional: a chamada “crise das democracias” e o auge das doutrinas neoconservadoras; problemas de governabilidade; o contexto econômico da democratização latino-americana; a política externa norte-americana e a democracia na América Latina.

Assim, encontramos-nos diante de uma situação em que as demandas geradas na sociedade civil se multiplicam, levando em conta as injustiças, as privações e os sofrimentos provocados tanto pela crise capitalista como pelas políticas de ajuste e a recomposição global que lhe sucedem, o que origina um verdadeiro aluvião de reivindicações de distinto tipo. Por outro lado, estas se acham facilitadas pelo clima de liberdade, de pluralismo e de tolerância que caracterizam as novas democracias latino-americanas. Mas a própria crise que impulsiona as renovadas exigências das classes e camadas subalternas reduz notoriamente as capacidades efetivas do Estado para financiar e produzir as políticas necessárias, a fim de contrapor-se ou compensar os efeitos desintegradores da crise.

E apesar das enormes dificuldades apontadas, quanto à concretização da democracia, num momento em que os imperativos da expansão econômica e da plenitude democrática se apresentam como pólos quase que opostos e excludentes, em que o mapa da política contemporânea se encontra em fase de reformulação, a revitalização da liberdade e da dignidade humana passam, sem qualquer dúvida, pela conquista e consolidação dos direitos humanos.

3. DIREITOS HUMANOS, CIDADANIA E JUSTIÇA

3.1 Caracterização e natureza dos direitos fundamentais

Têm-se como superadas as diversas denominações dos direitos humanos ao longo do tempo, podendo ser elas unificadas no significado abrangente de Direitos Fundamentais.

Admitindo como sinônimas as expressões Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, Quadros Magalhães recorre aos ensinamentos de Joaquim Carlos Salgado, anotando que são “matizes de todos os demais; são direitos fundamentais, direitos que dão fundamento a todos os demais”, e que não devem estar previstos em nenhuma lei, mas garantidos por uma lei também fundamental – a Constituição.

Ainda falando sobre a relevância dos direitos humanos na atualidade, para Daniel Bardonnnet, esses direitos:

... têm um lugar mais considerável na consciência política e jurídica contemporânea e os juristas só podem se regozijar com seu progresso. Implicam eles com efeito estado de direito e o respeito das liberdades fundamentais sobre as quais repousa toda a democracia verdadeira, e pressupõe a um tempo um âmbito jurídico pré-estabelecido e mecanismos de garantia que assegurem sua efetiva implementação. Os direitos humanos tendem a tornar-se, por todo o mundo, a base da sociedade.⁶

6 - ALVES JR., Luís Carlos Martins. *In* Direitos Humanos, municipalização & globalização, à luz do direito constitucional comparado. *Jus Navigandi* - doutrina - Direitos Humanos.

Segundo Bonavides, citando Konrad Hesse, os direitos fundamentais almejam criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana.

Carlos Schmitt, continua Bonavides, estabeleceu critérios formais e materiais de caracterização dos direitos fundamentais.

Podem ser designados como direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados na Constituição. Pelo segundo critério, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança, sendo imutáveis ou de mudança dificultada. Já pelo critério material, os direitos fundamentais variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra.

Assim, Schmitt retrata com exatidão o caráter dos direitos fundamentais como os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado.

Por outro prisma, a vinculação dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, conduz ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana.

3.2 Garantias constitucionais dos direitos

Embora a Carta Constitucional não faça a distinção da categoria de direitos e da categoria de garantias, a doutrina tem entendido que para fazer valer os direitos, nas ocasiões em que forem discutidos ou violados, existem as garantias, com natureza diversa daquele.

Para José Afonso da Silva, os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto que as garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e o gozo daqueles bens e vantagens.⁷

O mesmo autor, na mesma obra, distingue, ainda, dois grupos de garantias que formam o sistema de proteção social, política e jurídica dos referidos direitos: garantias gerais, relativas à estrutura social alicerçadora da existência real dos direitos fundamentais, e garantias constitucionais

7 - SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 1997: 392.

consistentes nas "instituições, determinações e procedimentos mediante os quais a própria Constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais." (SILVA, 1997:185).

As garantias constitucionais podem ser subdivididas em garantias constitucionais gerais e garantias constitucionais especiais. No primeiro tipo, encontram-se as instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes, simultaneamente contendo arbítrios e constituindo técnicas de garantias e respeito aos direitos fundamentais. Já o segundo tipo, as garantias constitucionais especiais "são normas constitucionais que conferem, aos titulares dos direitos fundamentais, meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos para impor o respeito e a exigibilidade de seus direitos." (SILVA, 1997:186).

As garantias constitucionais especiais, nos termos do direito Constitucional positivo, agrupam-se em *garantias constitucionais individuais*, compreendendo o princípio da legalidade, o princípio da proteção judiciária, a estabilidade dos direitos subjetivos adquiridos, perfeitos e julgados, o direito à segurança e os remédios constitucionais; *garantias dos direitos coletivos*; *garantias dos direitos sociais* e *garantias dos direitos políticos*.

Assim, as garantias constitucionais revestem-se da natureza instrumental para assegurar a concretude dos direitos fundamentais, sendo nos dizeres do Professor José Afonso da Silva:

...os autênticos direitos públicos subjetivos, no sentido da doutrina clássica, porque, efetivamente, são concedidas pelas normas jurídicas constitucionais aos particulares para exigir o respeito, a observância, o cumprimento dos direitos fundamentais em concreto, importando, aí sim, imposições ao Poder Público de atuações ou vedações destinadas a fazer valer os direitos garantidos.⁸

A esse respeito, oportuno mencionar os ensinamentos de Capelleti sobre a posição do direito processual em relação ao direito subs-

8 - Ibidem, 186.

tancial, sendo aquele instrumento eficaz de realização da justiça, pois sua função precípua é ser instrumento hábil para garantir a efetividade dos direitos.

3.3 Os direitos humanos na ordem interna constitucional. **Indivisibilidade. Plenitude da cidadania**

O sempre lembrado professor José Luiz Quadros de Magalhães, focalizando os Direitos Humanos, na ordem interna constitucional, uma das perspectivas pelas quais esses direitos podem ser estudados, apresenta uma visão elucidativa do estudo integrado dos direitos individuais, sociais, econômicos e políticos fundamentais. Com proficiência, o eminente constitucionalista assim os classifica:

Grupo 1 - Direitos Individuais.

O ponto de convergência dos Direitos Individuais será a liberdade, sendo que estes direitos são relativos à vida, liberdade, propriedade, segurança e igualdade.

Encontramos na doutrina referência a “direitos de personalidade” (vida, liberdade), “direitos da intimidade” (vida privada, inviolabilidade de domicílio), “liberdades públicas” (liberdade de reunião, de associação, etc), todas estas denominações se incluem dentro dos direitos individuais fundamentais...

Grupo 2 - Direitos Sociais.

Compreendem os Direitos Sociais, os direitos relativos à saúde, educação, previdência e assistência social, lazer, trabalho, segurança e transporte.

Estes direitos estão a pedir uma prestação positiva do Estado que deve agir no sentido de oferecer estes direitos que estão a proteger interesses da sociedade, ou sociais propriamente ditos.

Grupo 3 - Direitos Econômicos.

Os Direitos Econômicos são aqueles direitos que estão contidos em normas de conteúdo econômico que viabilizarão uma política econômica. Classificamos entre direitos econômicos, pelas características marcantes destes direitos, o direito ao pleno emprego, transporte integrado à produção, direito ambiental e direitos do consumidor.

Estes direitos Econômicos contêm normas que estão protegendo interesses individuais, coletivos e difusos...

Grupo 4 - Direitos Políticos.

Os Direitos Políticos são o quarto e o último grupo de direitos que compõem os Direitos Humanos. São direitos de participação popular no Poder do Estado, que resguardam a vontade manifestada individualmente por cada eleitor sendo que a sua diferença essencial para os direitos individuais é que, para estes últimos, não se exige nenhum tipo de qualificação em razão da idade e nacionalidade para o seu exercício, enquanto que, para os Direitos Políticos, determina a Constituição requisitos que o indivíduo deve preencher...⁹

Ao esquadrihar a manifestação dos ditos direitos nos ordenamentos jurídicos, Paulo Bonavides (1997) entende que a referida institucionalização formal se deu por meio de um processo cumulativo e qualitativo de três gerações de direitos, vindo a consolidar a chamada universalidade material, ocupando o lugar da universalidade abstrata enfocada pelos jusnaturalistas do século XVIII.

Esses direitos vêm conformando-se nos sistemas jurídicos, numa ordem crescente, sendo inegável que, de acordo com as peculiaridades de cada sistema, às vezes, são contidos por recuos. No entanto, é

9 - MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Curso de Direito Constitucional*. Tomo I. Belo Horizonte: Mandamentos. 2000: 12-14

visível a trajetória de reconhecimento formal, concretizando-se parcial e progressivamente até alcançar a amplitude máxima e a institucionalização formal.

Os direitos de primeira geração, direitos da liberdade, direitos civis e políticos têm por titular o indivíduo, em oposição ao Estado, exprimindo faculdades ou atributos da pessoa, sendo o seu traço mais característico a subjetividade.

Da mesma forma que os direitos de primeira, os direitos de segunda geração nasceram de intensas formulações especulativas em esferas filosóficas e políticas de acentuado cunho ideológico.

Compõem essa categoria os direitos sociais que, por sua natureza a exigir do Estado determinadas prestações materiais, passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa. Remetidos ao *status* de normas programáticas por não contarem para sua concretização com aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade.

Após esse período de transição entre a eficácia duvidosa dos direitos sociais e a sua inserção na esfera programática, finalmente foram os direitos sociais elevados ao âmbito constitucional, com a formulação do preceito da aplicabilidade imediata, em recentes Cartas Constitucionais, inclusive no Brasil. Aqui vale a exortação de alguns autores de que não há, numa Constituição, cláusulas a que se deve atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições, pois todas têm a forma imperativa de regras.

Acrescendo historicamente os direitos da liberdade e da igualdade, estão os direitos de terceira geração. São direitos dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, tendo como destinatário o gênero humano, por isso denominados também de direitos da fraternidade ou da solidariedade: direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito da comunicação, não se olvidando que a descoberta e a formulação de novos direitos não é o que sinaliza o fim de um processo, considerando que, uma vez conhecidos e reconhecidos alguns direitos, abrem-se novas esferas da liberdade para serem exploradas.

Paulo Bonavides elenca, ainda, os direitos de quarta geração, ou seja:

... o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (1997:525).

O autor em referência conclui que o ápice da pirâmide composta pelos direitos de primeira, segunda e terceira geração traduz-se na nova universalidade dos direitos fundamentais, colocando-os num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia.

Nesse compasso, Cláudia Silveira esclarece que se requer uma interpretação das modernas constituições sociais, no sentido de se construir a idéia de indivisibilidade dos Direitos Humanos. Estes como complementares entre si, isto é, sem a fruição de seu todo, não atingirão a totalidade do exercício da cidadania.

Cidadão, portanto, é aquele que possui e exerce todos os ditos Direitos Humanos, constitucional e legalmente garantidos. O voto seria apenas um dos elementos constitutivos da cidadania, pois ela abrange a participação efetiva na construção do futuro, englobando todos os instrumentos de que precisa para sua concretude, podendo, destarte, “afirmar que, por cidadania, se entende a completa fruição e exercício dos Direitos Individuais, Sociais, Políticos e Econômicos – Direitos Humanos – garantidos no ordenamento jurídico.”¹⁰

Importante ressaltar que não basta a garantia formal destes direitos, mas a sua efetivação, sendo imprescindível a implementação de todos eles, pois só em conjunto é que a materialização se dará plenamente.

Ainda na esteira da citada autora, para o bom exercício da cidadania, exige-se igualdade, não apenas jurídica, mas também de oportunidades; liberdade física e de expressão; educação; saúde; trabalho; cultura; lazer; pleno emprego; meio ambiente saudável; sufrágio universal e secreto; iniciativa popular de leis; dentre outros direitos que compõem o quadro dos Direitos Humanos.

10 -SILVEIRA, Cláudia Maria Toledo. *Cidadania. Evolução histórica*. Monografia na Internet, tendo como orientador o Professor José Luiz Quadros de Magalhães. 2001.

E não há que se falar em incompatibilidade de alguns Direitos Fundamentais, como o asseguramento do direito de propriedade simultaneamente com a garantia de sua função social. Importa a noção de que não são excludentes os preceitos, mas complementares, devido à nova dinâmica de atuação do Estado Democrático.

Contudo, frente a um caso concreto o intérprete e julgador deve ter sensibilidade jurídica para enfrentar a questão - sopesar normas e princípios.¹¹

CARVALHO, Edson Ferreira, da Universidade do Acre, apresenta algumas soluções e conclui que, numa demanda possessória:

a) a ordem de reintegração na posse seria uma decisão fundamentada na norma, não fazendo sentido perguntar se fez justiça por que aplicou a norma. Prevaleceu o direito de propriedade absoluto, gizado no Código Civil, sobre o princípio constitucional da dignidade humana e da função social da propriedade;

b) e as decisões calcadas nos princípios constitucionais da função social da propriedade e da dignidade da pessoa humana, atendem a doutrina moderna dos princípios, "entretanto, ainda representa uma tímida possibilidade na moldura do Direito e da prática do Judiciário brasileiro".

Naquela posição (item a) se vê então Kelsen, o sistematizador máximo do positivismo legalista, enquanto noutra vertente ("b") estão o norteamericano Ronald DWORKIN e outros jusfilósofos que mostram a insuficiência do positivismo e do utilitarismo.

Eis algumas anotações para reflexão, merecendo ainda destacar a exortação final com BONAVIDES: "Justiça neste País é, também, o respeito e a concretização de todos os princípios superiores da ordem constitucional". Não é preciso dizer que fazer justiça não significa apenas

11 - Pois diante de uma indeterminação - antinomia - entre a norma gizada no art. 524 do CC (direito do proprietário de usar, gozar e dispor de seus bens e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua) e a *Lex fundamentalis* - incs. XXII (a propriedade na sua função social) e XXII do art. 5º (garantia do direito de propriedade) e o art. 226, *caput* (a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado) e o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) como resolver o problema? O que deve ser sopesado? Resposta na esteira de Carvalho, Kelsen, Dworkin e Bonavides. Vide acima.

aplicar a lei. Temos dito que juiz não é alguém robotizado, inerte, nem mero escravo da lei.

O conceito de cidadania fundamenta-se, dessa forma, não apenas no direito material, substancial, mas também no direito processual, instrumental, dela indissociável, sem o qual não se teriam meios para arguição daquele, mas é preciso não esquecer que o processo é apenas um meio (o instrumento de realização da justiça) e não um fim em si mesmo, e tem ele o objetivo de ver garantido o direito substancial.

4. O PODER JUDICIÁRIO NA BUSCA DA DEMOCRATIZAÇÃO

4.1 A tarefa institucional do Judiciário

Como frisamos anteriormente, a democracia é possível diante de uma estruturação completa dos órgãos do Estado. Dai falar na teoria dos freios e contrapesos, que assim se configura na acepção de Teixeira (1991):

... o princípio da separação dos poderes não deve absolutamente ser entendido como separação rígida, isolamento de órgãos do Estado, no exercício das respectivas funções, mas, sim, no de coordenação, cooperação num jogo de salutares influências, controles e limitações recíprocas, tendo como objetivo o equilíbrio político, a limitação do poder estatal e, daí, a efetiva proteção da liberdade e a melhor realização do Bem Comum.

O essencial da “Separação dos Poderes” não é a distinção, pretensamente científica, de três funções do Estado - legislativa, administrativa e jurisdicional -, e, conseqüentemente, a identificação de três poderes especializados, entre si independentes - Legislativo, Executivo e Judiciário. A crítica a essa classificação de funções não a atinge, nem a desvaloriza, pois, na verdade, Montesquieu pregou uma receita de arte política que restringisse o poder, dificultando o abuso, salvaguardando a liberdade.

Assim, o fulcro da separação dos poderes está em que, se quiser constituir um Estado respeitoso da liberdade dos cidadãos, é mis-

ter dividir o poder, estabelecendo um sistema de freios e contrapesos, garantindo a existência de um verdadeiro equilíbrio político e a garantia da liberdade.

O constitucionalismo moderno, quando se refere à separação de poderes, não cogita delimitação e exclusividade, mas préponderância de funções, num sistema harmônico assemelhado a vasos comunicantes, considerando que o poder do Estado é uno e indivisível.

Embora cada órgão tenha funções diferenciadas, a Carta Constitucional de 1988 manteve a cláusula “independentes e harmônicos entre si”.

... *A independência dos poderes* significa: a) que a investidura e a permanência de pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais...

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito.¹²

Proclama a Constituição Federal, dessa forma, que é relativa a divisão de funções entre os órgãos do poder, bem como sua independência. Busca-se o equilíbrio do poder estatal, por meio de interferências que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, favorecendo a realização do bem da coletividade, evitando-se o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro, e especialmente dos governados.

12 - SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 13ª edição, 1997: 111.

Com o advento do Estado moderno, trazendo consigo a organização do poder social sob a forma de Estado e a abolição das formas de justiça privada, coube ao Estado a distribuição da Justiça. Significa dizer que a incumbência de pronunciar-se sobre o direito aplicável a cada caso concreto nas hipóteses de conflito é do Estado.

Não basta a existência de uma ordem reguladora, como é o direito, pois insuficiente ante a possibilidade de seu descumprimento, diante de diferentes naturezas de insatisfações geradas na sociedade. Assim, mister se faz a criação de mecanismos destinados a compor os conflitos sociais.

É nesse contexto que se expressa a jurisdição, função do Estado moderno, pela qual o Judiciário tem a tarefa de garantir a harmonia social, o estado democrático de direito, fazendo prevalecer a ordem, a segurança e certeza na vida social.

A obra *Judicialização da Política e das Relações sociais no Brasil*, de Luiz Werneck Vianna e outros, resultado de pesquisa sobre o Poder Judiciário em suas relações com a política e a sociabilidade do país, indica grandes mudanças nas linhas de atuação do judiciário brasileiro nas últimas décadas, apontando para um crescente envolvimento com a questão social e, ao mesmo tempo, abandonando progressivamente o *canon* enraizado do positivismo jurídico Kelseniano.

... O Poder Judiciário, antes, um Poder periférico, encapsulado em uma lógica com pretensões autopoieticas inacessíveis aos leigos, distante das preocupações com a agenda pública e dos atores sociais, se mostra uma instituição central à democracia brasileira, quer no que se refere à sua expressão propriamente política, quer no que diz respeito à sua intervenção no âmbito social.¹³

Entendem os autores citados que há uma judicialização da política brasileira, fenômeno corrente nos países de democracia avançada,

13 - VIANNA, Luiz Werneck *et al.* *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: 1999; 9.

como Alemanha, Itália, Espanha, França, Inglaterra e EUA, entre outros, apontando para a convergência entre os sistemas *civil law* e *de common law*.

O Judiciário Brasileiro tem se destacado, também, pelo processo de judicialização das relações sociais, processo universal e com ampla fixação nas democracias consolidadas, representado aqui pela criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, responsáveis pelo atendimento direto aos anseios por direito e cidadania dos menos favorecidos econômica e socialmente.

4.2 Acesso à justiça e as ondas renovatórias

Um dos fenômenos mais evidentes do direito no mundo contemporâneo é a democratização do acesso à justiça. Desde a década de 1960, quando se tornaram evidentes os obstáculos que os sistemas jurídicos interpunham às chamadas pequenas causas e à prestação jurisdicional para autores individuais, especialmente os pobres, a percepção internacional do problema já estava consolidada.

...Como se sabe, sob o sistema *laissez-faire*, a incapacidade de muitas pessoas se valerem da Justiça e de suas instituições era indiferente ao Estado, pois a ele cabia garantir apenas a titularidade formal dos direitos.. Ainda no contexto da vigência plena do *Welfare State*, ..., a atuação positiva do Estado concentrou-se em universalizar os direitos sociais básicos, privilegiando, ademais, as formas organizadas de demanda e os autores coletivos já incorporados ao sistema da ordem.¹⁴

Contudo, foi somente com as reformas introduzidas no sistema de *Welfare State* - em grande parte motivadas pela emergência de novos direitos individuais e "públicos" - que os sistemas jurídicos começaram a se preocupar em dotar os indivíduos de condições de apelar à Justiça na qualidade de consumidores, locatários, empregados ou mesmo de usu-

14 - *Idem*. p. 157.

frutuários de um meio ambiente poluído. Assim, conforme Capelleti e Garth, a origem da democratização dos sistemas jurídicos esteve indissociavelmente ligada à emergência dos chamados direitos difusos, quando, então, a concepção que definia o processo civil como um assunto a ser resolvido entre duas partes precisou ser revista, alterando as regras determinantes da legitimidade dos autores para agir, os procedimentos tradicionais e a própria atuação dos juízes.

Dessa forma, foram sendo introduzidas inovações no processo civil e no sistema judiciário, permitindo uma nova forma de visão e de atendimento pela máquina judiciária, isto é, passou-se a atuar no judiciário de forma a satisfazer os seus clientes, do ponto de vista externo, atendendo a camadas da população que nunca tinham sido contempladas. Nesse contexto, surgiram os tribunais especializados, tendo nas pequenas causas uma de suas expressões mais importantes.

O acesso à justiça é primordial à efetividade dos direitos humanos, tanto na ordem jurídica interna como na internacional. O cidadão tem necessidade de mecanismos próprios e adequados para que possa efetivar seus direitos. As diferenças entre os litigantes, no que se refere ao sistema judicial, e a disponibilidade de recursos não podem ser deixadas de lado pela processualística contemporânea:

O movimento fez-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos. Esses novos direitos humanos, exemplificados pelo preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, são, antes de tudo, os necessários para tornar efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos, os direitos antes proclamados. Entre esses direitos garantidos nas modernas constituições estão o direito ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação. Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos.¹⁵

15 - CAPELLETTI, Mauro e Garth, Bryant, *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998: 10-11.

Esse acesso efetivo à justiça, como instrumento garantidor da plenitude da soberania, é um direito social básico. Capelletti e Garth, ao tratarem do significado de um direito ao acesso efetivo à justiça e dos obstáculos a serem transpostos, elencam alguns problemas, como: as custas judiciais e a dispendiosa solução formal dos litígios; honorários advocatícios; pequenas causas; tempo; possibilidades das partes e recursos financeiros; aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa; litigantes "eventuais" e litigantes "habituais"; problemas especiais dos interesses difusos; as barreiras ao acesso.

Para tornar efetivos os direitos do cidadão comum, os sistemas jurídicos passaram por grandes mudanças ao longo das últimas décadas, que foram denominadas ondas renovatórias, nos estudos de Capelletti e Garth. Hoje não há como se falar em democratização da justiça, sem analisar e citar esses autores que, pelas suas pesquisas, se tornaram referência no assunto.

Assim, a democratização do acesso à Justiça, em seu primeiro movimento, foi concebida como uma chave individualista e igualitária, privilegiando-se as iniciativas voltadas para proporcionar uma assistência judiciária a litigantes de baixa renda, sem condições de custear as despesas com um advogado.

A despeito das suas importantes realizações e progressivos aperfeiçoamentos nos países em que foi implementado, tal sistema tem a sua eficácia limitada por preservar uma concepção tradicional do processo civil, principalmente no que diz respeito à representação de ações coletivas em favor dos pobres, a menos que elas possam ser justificadas pelo interesse de cada indivíduo, à extensão desse tipo de assistência a novas áreas de direitos que não as que envolvem matérias criminais ou de família, as únicas reconhecidas espontaneamente pela clientela pobre, e, finalmente, à proteção de pequenos interesses individuais, cujos custos da ação tendem a fazer com que não sejam acolhidas pelo sistema público de assistência judiciária, dispondo de um número insuficiente de advogados, e, por isso, bastante seletivo na escolha dos casos a assistir.

A segunda onda renovatória consiste na tutela dos interesses metaindividuais, através de institutos como a ação popular, a ação civil pública e a ação coletiva para a tutela dos consumidores.

A motivação original dessas reformas deriva da mencionada emergência dos direitos difusos, assim chamados os interesses grupais que, por sua natureza, diferem daqueles portados especificamente pelos pobres. Contudo, uma certa falência dos mecanismos engendrados pelos sistemas welfareanos para a proteção social, inclusive com a retração do papel tradicionalmente exercido pelas instituições governamentais, pode ter contribuído para a percepção de que o governo poderia desempenhar sozinho, e de modo eficiente, a defesa de interesses públicos.

Finalmente, a terceira onda renovatória consiste no chamado “novo enfoque do acesso à justiça”, através do qual se buscam meios mais adequados de tutela dos consumidores do serviço de prestação da justiça, isto é, a conjugação de vários meios, dentre os quais se destacam a deformalização das controvérsias e a valorização dos meios paraestatais de solução dos conflitos. Coube, nesse momento, ampliar o enfoque presente nas etapas anteriores, pois, mais do que a proteção legal dos direitos, seu objeto tem sido a mudança dos procedimentos judiciais em geral, para tornar esses direitos realmente exeqüíveis.

Nesse quadro, tanto se tem caminhado na reforma dos tribunais regulares quanto se têm produzido alternativas mais rápidas e menos dispendiosas, como são as do juízo arbitral, da conciliação, dos “centros de justiça da vizinhança” e dos acordos por incentivos econômicos, para a prevenção ou o tratamento de alguns tipos de litígios. Com isso, ampliam-se as relações entre Judiciário e o conjunto da população, bem como se expõe o tecido da sociabilidade à intervenção do direito, seus procedimentos e instituições.

Ao se observar a seqüência proposta pelos autores, o Brasil teria atingido a terceira grande onda de democratização do acesso à Justiça sem que a intervenção estatal, para garantir eficácia na assistência judiciária, estivesse plenamente cumprida, do que é exemplo o fato de o instituto da Defensoria Pública não se ter generalizado no país, e sem que a proteção dos direitos difusos conhecesse grande avanço, exceto no caso dos consumidores.

Enquanto o direito de acesso à Justiça corresponde ao exercício efetivo da cidadania, é através da assistência jurídica que se garante a todos os indivíduos da sociedade, de forma igual, a possibilidade do exer-

cício desse direito, independentemente de sua posição na hierarquia socioeconômica.

Motivada pelo princípio da igualdade, a assistência jurídica é o instrumento da efetividade do direito de igualdade perante a lei, ou seja, de igual tratamento dado pela justiça.

Ao contrário da sua tradicional reatividade, a maior complexidade da vida social e a codificação dos novos direitos impelem o Judiciário para uma resposta, posto que ocupa uma posição de evidência dentro da arena sociopolítica.

Assim, a assistência judiciária passou a ser uma exigência de democratização da administração da justiça, na medida em que incorpora ao sistema de justiça conflitos sociais que antes se encontravam excluídos. Não se limita, dessa forma, a meras questões processuais, passando a ser concebida como assistência jurídica, compreendendo também a informação, a orientação e a possibilidade real de exercício da cidadania.

Luiz Werneck Vianna e outros atribuem essa singularidade da experiência brasileira, pelo fato de ter sido concebida no âmbito de um movimento de auto-reforma do Poder Judiciário, sem nenhuma mobilização da sociedade, mesmo de seus setores organizados na luta pela democratização do país, e em um contexto em que as organizações populares, notadamente as de grandes centros urbanos, já tinham sofrido os efeitos desestruturadores do longo período de vigência do regime militar.

Por outro lado, o mais básico dos direitos humanos, em qualquer sistema jurídico que se pretenda garantir e não apenas proclamar o direito de todos, já se pode ver, no Brasil, a antiga burocratização das formas processuais ser substituída por meios mais eficazes de acesso da população ao Poder Judiciário. Nesse sentido, aumenta-se o número de Juizados Especiais, dando oportunidade de resolução de controvérsias sem formalidades excessivas e de forma mais rápida a um número cada vez maior de pessoas.

4.3 A democratização das estruturas

A organização e a administração da justiça definem-se, primeiramente, em satisfazer o direito fundamental do cidadão à tutela judicial

efetiva. Em nosso entender, a democratização do Judiciário passa pela melhoria de alguns aspectos que são de grande impacto no resultado aos destinatários dos serviços prestados.

Merece ser melhor,avaliado o relacionamento do Judiciário com a sociedade, tendo como foco de análise dois aspectos: a participação popular na administração da Justiça e o conhecimento, pela população, de sua estrutura e funcionamento.

4.3.1 Participação da sociedade na administração da Justiça e a seleção dos juízes

Silvio Dobrowolski, citando a obra de Hans Kelsen, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, distingue democracia e autocracia, conforme a participação ou não dos indivíduos na produção das normas jurídicas.

... É politicamente livre o indivíduo que se encontra sujeito a um ordenamento jurídico em cuja criação participa. (...) A democracia significa que a vontade representada na ordem legal do Estado é idêntica à vontade dos súditos. O contrário da democracia está na servidão implícita na autocracia. Nesta forma de governo, os súditos estão excluídos da criação do ordenamento jurídico.¹⁶

A distinção engendrada por Kelsen é valiosa, tanto que Norberto Bobbio a considera a única inovação interessante na teoria das formas de governo ocorrida ultimamente. Em relação ao Judiciário, que desempenha papel de importância na criação das normas e na fixação do seu significado, pode-se dizer que será democrática uma organização na qual se assegure a presença de juízes populares nos órgãos julgadores. As decisões por eles tomadas terão, com grande probabilidade, o selo da identificação com a vontade popular. Ademais, essa presença é instrumento de controle de poder.

16 - KELSEN, Hans. 1969: p. 337, in *Poder Judiciário: independência, democratização e controle social*, Revista de Informação Legislativa n. 129. 1996: 174.

Entre as técnicas de intervenção do povo na justiça, destaca-se o júri - aplicado, no país, por enquanto, para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, composto de pessoas escolhidas mediante sorteio para tomarem parte no julgamento de um caso, sob a presidência de um juiz togado, devendo os jurados manifestarem-se exclusivamente sobre a matéria de fato, tocando ao magistrado a aplicação do direito, de acordo às respostas dos julgadores populares. Nos Estados Unidos, a extensão do instituto para outros delitos e até para questões cíveis é meio de participação popular nas decisões judiciais.

Outros exemplos de participação popular na Justiça, previstos constitucionalmente, são a de "juizes leigos" e "conciliadores" nos juizados especiais, sem olvidar que a mini-reforma do Código de Processo Civil também incluiu a figura do conciliador na Justiça formal - nas causas de procedimento sumário, o que já é uma realidade em Rondônia, passando a contar as varas com os respectivos auxiliares (bacharéis, assessores). Também transparece na nova Carta Federal a "Justiça de paz", composta por cidadão eleito, a quem se atribui a atividade conciliatória, embora sem caráter jurisdicional.

Alguns autores admitem que a democratização do Judiciário passa pela adoção de critério eletivo dos juizes. Porém, a prática observada em países que adotaram o sistema (assim a França pós-revolucionária e os Estados Unidos) revela ser ilusória a vantagem da eletividade. Na ponderação de Mário Magalhães, citado por Sílvio Dobrowolski, faltam ao juiz eleito dois requisitos essenciais: a independência e a imparcialidade, pela subordinação aos chefes de partido responsáveis por sua escolha e em vista da necessidade de cortejar o eleitorado, sob pena de não se elegerem no futuro.

O método eletivo, ademais, nem sempre serve para recrutar os mais capazes, podendo ascender, dessa maneira, maior número de juizes incompetentes e sujeitos a pressões externas.

O concurso público de provas e de títulos, ao revés, evita, em princípio, as baldas apontadas ao recrutamento eletivo. É um método democrático, porque aberto a candidatos portadores de título de bacharel em direito, submetidos à aferição de conhecimentos, em igualdade de condições, observada a fiscalização da sociedade, pela presença de represen-

tantes da Ordem dos Advogados do Brasil nas bancas examinadoras, consoante exigência constitucional.¹⁷

A legitimação democrática do magistrado depende não tanto da indicação eletiva, como do desempenho funcional. Juizes honestos, diligentes, capazes e abertos para o social e afinados com as transformações da sociedade, alcançam legitimar-se pelo desempenho do cargo, mesmo não tendo sido eleitos pelo voto popular.

Na verdade, como informa Ricardo A. Malheiros Fiúza, o sistema de eleição para a magistratura está em desuso no mundo inteiro, tanto que os países da antiga "cortina de ferro" que o adotavam já não o fazem mais, sendo uma preocupação atual dos países da união européia a busca de orientação sobre o critério de seleção e formação de magistrados.

Costuma-se citar os Estados Unidos como exemplo de escolha para o cargo de juiz, via eleições populares. No entanto, isso não representa a realidade, pois a justiça federal não adota o malfadado sistema, e a adoção desse critério não abrange a totalidade dos Estados da Federação.

Lembra Fiúza que o Professor Daniel Meador, catedrático de Direito da Universidade da Virgínia, especialista em Organização Judiciária, assevera que a pretensão às eleições para ocupar um posto na magistratura vem sempre cercado de problemas, seja nos Estados que exigem filiação partidária - o que é pior! -, seja quando admitem candidatura sem partido. Ironicamente o catedrático questiona sobre que "plataforma" o candidato deve apresentar. Ainda faz acrescentar outro grave problema: o financiamento da campanha e explicita que:

... as campanhas para a judicatura têm-se tornado crescentemente caras, situação exacerbada pelo alto custo da publicidade televisiva, considerada essencial para o sucesso da disputa. O candidato precisa levantar esses fundos com outras pessoas, principalmente com advogados que lhe podem aparecer na frente no futuro. O dano à objetividade judicial e à aparência dessa objetividade é óbvio.¹⁸

17 - Constituição Federativa da República, art. 93, inc. I.

18 - FIÚZA, Ricardo A. Malheiros. *Eleições para juiz de direito?! Artigo na Internet. Matérias Jurídicas*. 2001.

A democratização do Judiciário exige, ainda, uma legitimação de origem dos membros do Supremo Tribunal Federal, em virtude do elevado grau de politicidade de suas decisões no controle de constitucionalidade. A missão precípua dessa corte, de guardião da Constituição, exige que seus integrantes, além de qualidades específicas para o desempenho das tarefas (elevado preparo técnico, distanciamento das forças político-partidárias, notável sensibilidade jurídico política e reputação ilibada), tenham maior legitimidade democrática do que os demais juízes. Esse entendimento tem sido adotado em muitos países, como informa Gomes de Canotilho (1993):

De um modo geral, em todos os tribunais constitucionais criados no pós-guerra, teve-se em conta a necessidade de legitimação democrática dos juízes através dos órgãos da soberania, direta ou indiretamente legitimados na eleição ou escolha dos seus membros.

Mas isso não significa, frise-se, que o sistema eletivo, no nosso entender, seja o único (e melhor) para se reconhecer legitimidade a magistrados, muito menos no Brasil, pois, embora nossa federação tenha como modelo a federação norte americana, nosso direito e nosso sistema judiciário são muito mais “europeus” que “americanos”. Salienta o mesmo Fiúza que na Europa não se fala em eleição popular para o ingresso na magistratura, conquanto visitando e pesquisando a organização judiciária concluiu:

Em Portugal, a seleção dos magistrados dá-se por concurso público no Centro de Estudos Judiciários, onde os aprovados serão preparados por vinte e três meses, antes de assumirem a função judicante.

Na Itália, os candidatos a juiz submetem-se a provas escritas e orais disputadíssimas, posteriormente fazem um curso de tirocínio de, “no mínimo, seis meses” em Frascatti.

Na França, os pretendentes à magistratura ingressam por concurso na *École Nationale de la Magistrature*, e aí recebem formação inicial de dois anos e sete meses.

Na Espanha, com sua pioneira Escuela Judicial, os aspirantes a juiz têm que se submeter a um concurso público de dissertação oral e, posteriormente, farão um curso de dois anos em Barcelona.

Na Alemanha, também não há eleições para juiz e nem há concurso público. As nomeações levam em conta os graus obtidos nos exames finais das faculdades de Direito.

Excluindo a Europa e seguindo para o Oriente, temos que: No Japão, os futuros juízes terão que passar por um vestibular rigorosíssimo no Instituto Jurídico de Treinamento, onde estudarão por dois anos, após os quais, se aprovados, serão nomeados.

Na Austrália, os magistrados são escolhidos e nomeados pelo Governador-Geral (representante da Rainha), assessorado na escolha pelo Conselho Federal, entre nomes de pessoas altamente qualificadas.

Também da referida pesquisa assinala-se que até o heróico Timor Leste, cujas normas judiciárias - com a colaboração do citado Fiúza, por delegação da ONU, já cuidam de ter um concurso para ingresso na judicatura seguido de curso de formação.

Conclui-se então que em todo o mundo há uma preocupação com a seleção dos juízes, exatamente em razão da especificidade e relevante função, devendo ficar afastado o indesejável sistema eleitoral, pois da verificação e exemplos ao longo da história, não é o melhor para a magistratura nem para aqueles que buscam a garantia e segurança de seus direitos.

4.3.2 Judiciário e Sociedade. Concretude da Justiça com o pioneirismo de Rondônia

O distanciamento do Judiciário, no Brasil, em relação ao povo, decorre de posturas elitistas pelos magistrados e outros membros do Poder Judiciário e até por motivo de ineficiência da máquina judiciária, asseverada de trabalho acumulado que não consegue vencer.

A sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da Justiça, a complicação procedimental, tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à Justiça e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários. (GRINOVER, 1996:19)

O crescimento do número de litígios, em quantidade insuperável pelo esforço dos magistrados, a pequena produtividade de alguns deles, a conservação de excessivo formalismo nas leis do processo, a par de novas tarefas jurisdicionais, ainda não assimiladas convenientemente pelos operadores jurídicos, tudo colabora para a impressão que tem o jurisdicionado de que a Justiça é algo inacessível para ele.

Diversas são as alternativas viáveis para a maior rapidez na prestação jurisdicional, como a simplificação da legislação processual, em ordem a afastar os formalismos desnecessários, bem como a criação de juizados especiais para causas de menor complexidade em todas as esferas da justiça.¹⁹

Aqui abro um parêntese para registrar que a hipótese versanda não é pacífica. Perdura a celeuma na doutrina e nos tribunais, acerca da inovação trazida pela Lei 10.259, que passou a vigor a partir do ano 2002. Particularmente, entendo que a nova lei trouxe nova definição aos crimes de menor potencial ofensivo e que como tal se aplica tanto aos crimes no procedimento comum como nos especiais, não prevalecendo a restrição no art. 61 da lei (de 1995), pois a tenho como revogada, tacitamente (LICC 2º § 1º).

Ademais, à luz dos princípios isonômicos (CF 5º), da *lex mitior* (CF 5º XL c/c CP 2º) e do juiz natural, constitucional (CF 5º LIII c/c 98 I e art. 60 da Lei 9.099/95), *d.v.*, não vejo como prosperar entendimento contrário, mas a discussão é nacional e está bastante acesa a controvérsia sobre a matéria. Vide alguns dos exemplos de injustiça, de desigualdade, a prevalecer posição contrária: a) Um crime de desacato contra um policial militar (vara criminal) e um outro desacato contra um policial rodoviário federal (juizado especial criminal com as benesses da lei nova); b) desacato a um delegado ou magistrado federal (juizado especial), mas se ao contrá-

19 - Seja estadual, federal ou especializada, e de forma a não haver *discrimen* como vem ocorrendo na interpretação e aplicação da recente Lei n. 10.259/2001, vindo a lume com a Emenda Constitucional n. 22 - autorizadora da criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, que terminou ampliando a competência prevista na Lei 9.099/95: no cível, de 40 para 60 salários mínimos e, no crime, infrações penais de menor potencial ofensivo que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano para "não superior a dois anos".

rio, se delegado ou juiz estadual parecem que são autoridades mais importantes, pois quem os desacatar será julgado em uma vara criminal e não haverá que se falar em aplicação de institutos despenalizantes.

Em conclusão, fico com a exortação de GOMES, Luiz Flávio, na assertiva de que "ao jurista do terceiro milênio cabe transcender o ensino jurídico do milênio passado, todo ele fundado no legalismo formalista ou positivismo legalista (que nasceu no final do século XVIII e começo do século XIX). Temos dois olhos exatamente para mirar a lei com um deles e a Constituição com o outro. No caso de conflito, aplica-se a Lei Maior (evidentemente)". Conclui o autor, "para não haver injustiça. Os iguais devemos tratar igualmente. Os desiguais desigualmente."

Em suma, e fechando o parêntese, não é que os legalistas (positivistas, formalistas e napoleônicos) não vejam a solução. O que eles não mais enxergam é o problema. Isso é grave!, gravíssimo.

As iniciativas técnico-processuais são importantes, como também um controle mais rígido dos tribunais sobre a sua produtividade e a dos juizes a ele vinculados. Não bastam, todavia, para romper com a tradição de afastamento da magistratura em relação aos jurisdicionados. É fundamental a mudança de mentalidade dos magistrados e do povo a respeito deles, promovendo-se a democratização do judiciário, aproximando-o da sociedade.

Essa alteração conceitual da qual falamos passa pela constante atualização dos magistrados, implementando-se "cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento" previstos no art. 93, IV, da Carta Constitucional de 1988. Os Juizes podem participar de estudos interdisciplinares para ampliar a sua formação intelectual, deixando de ser meros especialistas em técnicas jurídicas, e, assim, compreenderem melhor a sociedade a qual devem jurisdicionar.

Além disso, a freqüente realização de debates e seminários, com a participação de especialistas em diversos ramos do saber e de representantes do Ministério Público, da advocacia, dos partidos políticos, das entidades de classe, sindicais, religiosas e culturais, para permitir o confronto de idéias e de representações jurídicas existentes nas diferentes esferas sociais.

A abertura democrática da Justiça exige o permanente diálogo entre a magistratura e o povo, não apenas nos conflitos submetidos a

julgamento, onde isso ocorre, de acordo a modo específico de procedimento jurisdicional. É preciso que Tribunais e juizes utilizem os meios de comunicação de massa, com os objetivos de divulgar o seu trabalho e de apontar deficiências e necessidades materiais a serem supridas. A prática pode suscitar debates úteis para desnudar falhas merecedoras de correção, bem ainda manter informado o homem comum quanto ao que se pode esperar do Judiciário.

A peculiaridade de estar à frente de pessoas todos os dias, para resolver suas lides, traduz-se para o Judiciário como uma oportunidade rica de fazer-se conhecer. Muitas audiências são realizadas e seguidas vezes o jurisdicionado sai dela sem sequer dirigir a palavra ao juiz. Não seria um espaço apropriado para fazer-se entender perante as pessoas que ali se encontram?

É importante que o magistrado tenha em mente a necessidade de comunicar-se com a comunidade em que vive. Para tanto, pode servir-se de todos os meios disponíveis, seja realizando palestras em locais públicos ou fechados, ou, particularmente, em linguagem coloquial, nas audiências, explicando o papel que o Judiciário exerce na defesa do cidadão e na construção da democracia no país, seja informando seu público, através da imprensa, a respeito de processos cuja repercussão desperte o interesse da comunidade, ou, ainda, por meio de escritos e artigos na mídia impressa e divulgação via internet.

Democratizar implica prestar contas do exercício do Poder à sua fonte. O juiz tem de estar sujeito ao controle da opinião pública. Para isso servem as exigências do texto constitucional, no sentido de que devem ser públicos todos os julgamentos e fundamentadas as decisões do Poder Judiciário.²⁰ A publicidade é por si mesma uma forma de controle.

O exame crítico dos motivos pelos quais o magistrado justifica seu entendimento complementa essa fiscalização, ao fazer o povo conhecer essas razões, com oportunidade de discuti-las. Com isso, o juiz pode saber as reações causadas pela solução adotada em determinado caso e modificar o seu modo de ver, para o futuro, se ficar convencido da inconveniência ou erronia de sua decisão.

20 - É como está expresso no art. 93, inc. IX.

O controle da opinião pública é a contrapartida pela ampla liberdade de que desfrutam os juizes para formularem suas decisões. Como sua sujeição à lei não é aquela formulada pelo constitucionalismo iluminista, e a jurisdição é, na verdade, exercício de poder, é preciso que os julgamentos sejam públicos e expostos com clareza os seus motivos, a fim de evidenciar que não são meros atos de arbítrio. Na lição de Norberto Bobbio, o regime democrático se define "como o governo direto do povo ou controlado pelo povo - e como poderia ser controlado se mantivesse escondido?"

Descabe argüir incompatibilidade entre a crítica pública aos julgamentos e a autonomia judicial. A pretensão de estar imune a críticas, não faz parte do conceito de independência, sendo razoável superar o preconceito quanto à discussão pública sobre os julgamentos.

As entidades pluralistas podem atuar, nesse âmbito, com eficiência. Cabe-lhes ativar o exercício dessa crítica fiscalizadora, promovendo a discussão, pelos meios de comunicação e em encontros com juristas e outros intelectuais e pessoas comuns, sobre as decisões judiciais, substituindo, nessas iniciativas, os seus aderentes que, isolados, dificilmente dispõem de recursos para levar a bom termo essa tarefa.

A modernização da administração dos tribunais e melhoria das condições de trabalho, passando-se a uma atuação político-institucional mais efetiva, é outro item que deve compor a pauta de discussões em torno da democratização do judiciário.

Destacam-se, nas modernas formas de administração dos tribunais, a informatização interligando os vários órgãos do Poder e os jurisdicionados, a adoção de mecanismos que assegurem uma prestação jurisdicional mais eficaz e com mais rapidez, abrangendo as melhorias das condições de trabalho no Judiciário e o estabelecimento de parcerias com organizações governamentais e não-governamentais (Universidades, ONG's, outros Poderes), buscando discutir problemas atuais como o meio ambiente, a adoção, moradia, enfim, temas que de certa forma têm influência direta na qualidade de vida de uma comunidade.

Desburocratização da justiça e pioneirismo de Rondônia. Merecia um capítulo neste trabalho sobre este enfoque, mormente quando no contexto desta despretençiosa reflexão o tema assim o sugere. Contudo,

o espaço é diminuto ficando a minudência, com outros enfoques, *in opportuno tempore*.

Nada obstante, cumpre assinalar que durante o tempo de nossa judicatura,²¹ ocasião em que, por ano e sem a necessária estrutura, era instaurada uma média de 700 processos/ano, e após o intenso trabalho de divulgação e a comprovação de que ali a meta era aplicar em toda a sua inteireza os princípios norteadores do processo e do procedimento (oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação), chegou-se, sem demora, a quadruplicar o número.²²

Procurou-se propalar que na Justiça informal o magistrado deve estar despido do formalismo e isso sempre foi repetido, porque assistiu-se muitas vezes que o juiz chegava no Juizado informal trazendo as formalidades da justiça formal, o que é grave por destoar daquilo pensado e concebido, ou será que devemos ordinarizar (formalizar, dificultar, complicar, retardar) o procedimento sumaríssimo (informal, facilitado, simples, célere)? Infelizmente há algumas mentes insensíveis, neste sentido, sem falar de certos formalistas, tempos idos, chegaram a propalar que os Juizados deveriam ser extintos e isso chegou a ser documentado. Pasmem!...

21- Como Diretor do Juizado Especial de Pequenas Causas na Capital deste Estado-R0 (1989/1992), tudo procuramos fazer, pois a meta era não só solucionar as controvérsias que lá chegavam em quantificação inexpressiva, mas também chamar a atenção para uma nova Justiça, pronta a atender o jurisdicionado sem pompas, despesas ou burocracia, enfim, mostrar uma nova cara da Justiça, pois um juiz se dispunha a cumprir rigorosamente o comando da nova lei, ao que se alardeava (positivamente tanto pela imprensa local quanto nacional) sobre o Juizado em Rondônia, onde algo diferente estava sendo empreendido (justiça nômade, e mais, frisamos, o timoneiro do TJRO de então, FONSECA, Dimas Ribeiro, não só incentivava o nosso labor (inédito) no Juizado, mas o difundia nas comarcas do interior - também novidade e exemplo deste Estado, que mais uma vez saía na dianteira.

22 - Sem falsa modéstia, foi sim, com denodo, dedicação, abnegação, durante o tempo de nossa judicatura no Juizado, que, além de divulgá-lo, registramos, documentamos o pioneirismo de Rondônia, deixando o conforto do ar-condicionado para ir ao encontro do jurisdicionado, do povo nos Bairros distantes, quando então nasceu neste País a tão decantada "Justiça Itinerante" - orgulho não nosso, mas principalmente do jovem Estado (criado em 1981) com justiça instalada em 1982 e que já em 1990, exatamente, dava um exemplo de vontade política concretizada, um registro histórico singular, diria, iluminação da criatura pelo Criador. Gratíssimo ao bom e misericordioso Deus, em quem descansamos sempre, pois Ele é o nosso refúgio, fortaleza e socorro bem presente.

A conclusão é que de nada adiantava a lei (boa) revolucionária, pois na verdade os homens precisam mais da justiça do que da lei; muito mais do juiz que do legislador. É inegável que um povo tenha boas leis, mas é melhor ainda ter bons juízes. O bom magistrado, já lembraram os juristas: resiste às leis manifestamente iníquas, corrige as imperfeitas, dá polimento e vida às excelentes e põe em prática a norma que se aproxima do ideal, ou seja, sempre encontrará meios de fazer a tão desejada justiça.

Sem mais delongas, por que pioneirismo em Rondônia? Porque foi neste Estado, por iluminação divina, que fizemos nascer a tão propalada "Justiça itinerante" (1990).²³ Tudo começou em 1990 (ou 1982? Vide conclusão e nota 28) numa barraca de lona (dentre outras em que o Governo assistia o povo carente dos bairros), a pedido nosso, para *in loco*, receber as reclamações (causas) e ali mesmo instauravam as audiências conciliatórias. Foi um sucesso que se prolongou até a nossa despedida (1992) por conta de remoção para outro juízo, mas lá deixando a marca da abnegação, do querer, do fazer, do realizar, não importando se ausente a estrutura²⁴ para um melhor desempenho.

Cumpra assinalar, ainda como participação da sociedade na Justiça, também por nossa iniciativa, com os acadêmicos de direito, nos finais

23 - "Justiça Itinerante", posteriormente denominada "Justiça Rápida" e "Justiça no Trânsito Estadual" - RO, e na Justiça do Trabalho, 14ª Região, "Unidade Móvel do TRT" e em outros Estados: "Justiça de Quatro Rodas" e denominações outras.

24 - Sim. A falta de estrutura não se restringia apenas ao quantitativo de servidores que na ocasião nenhum estímulo havia - por conta de baixíssimos salários. Enfim, foi o tempo em que o Executivo em conflito com o Judiciário não disponibilizava recursos materiais muito menos melhoria salarial, daí não poder contar com o labor extraordinário que era executado aos sábados e domingos, quando então nos socorremos dos acadêmicos da Unir para continuidade do trabalho itinerante com poucas máquinas datilográficas (velhas, estragadas, de mau funcionamento), sem móveis e prédios adequados, sem veículos e tudo mais para que desestimulasse o Ideal de Justiça. Há uma grande distância do que foi feito naquele momento em que estivemos a frente do Juizado (89/92) com os dias atuais - pessoal treinado, qualificado, estrutura adequada, veículos novos e especiais (*Van Sprinter*, *Micro-ônibus*), *Lap Top* já com modelos de atos processuais e tantos outros mecanismos e meios facilitadores da vida dos magistrados, servidores e conciliares na empreitada da justiça desburocratizada, além de alguns incentivos. Parabéns àqueles que encamparam, incentivaram e levaram avante o projeto. Semente que foi plantada, germinou e floresceu dando muitos frutos, e para todo o sempre.

de semana aos bairros de Porto Velho administrar a justiça àqueles que têm sede e querem fazer valer seus direitos.²⁵

Era preciso dar o passo inicial, e este foi dado. Os frutos estão aí, não podendo ainda deixar de enaltecer a preocupação, o trabalho e o apoio do então Presidente do Tribunal de Justiça Des. Dimas Ribeiro da Fonseca que, também pioneiramente, implantou os Juizados no interior neste país, em Rondônia,²⁶ ensejo em que o acompanhamos na peregrinação de mais um trabalho de bandeirante.

Enfim, os tempos são críticos e vivemos a crise da modernidade. Estruturas ruíram e com elas muitos esquemas mentais. Ficaram os sonhos, mas estes integram a substância do ser humano e sempre perderão, dando novas visões e fornecendo aos entusiastas do direito o repensar e o criar para vencer as crises, modernizar os pressupostos sobre os quais se baseia a modernidade.

Ainda por derradeiro, está faltando na humanidade o amor genuíno e verdadeiro de Deus.

O amor é paciente, é benigno; o amor não arde em ciúmes, não se ufana, não se ensoberbece, não se conduz inconvenientemente, não procura os seus interesses, não se exaspera, não se ressentido do mal; não se alegra com a injustiça, mas regozija-se com a verdade; tudo sofre, tudo crê, tudo espera, tudo suporta.²⁷

5. CONCLUSÃO

O grande desafio que se apresenta, hoje, ao Judiciário Brasileiro é a sua democratização.

25 - Mais que isso, na ocasião (1992), os alunos tinham também a tarefa de prestar assistência e orientação jurídica integral, informal e gratuitamente, cumprindo, destarte, mandamento constitucional, na medida do possível, marcada pelas limitações naturais. Foi o que se procurou fazer, e efetivamente se fez.

26 - FONSECA, Dimas. Durante a sua gestão frente ao Governo do Judiciário, Biênio (1990/92).

27 - 1Coríntios 13:4-7.

A democracia no Estado moderno assenta suas raízes no ideal cristão de fraternidade, liberdade e igualdade. Uma democracia não apenas formal, mas substancial, isto é, social, que proporcione a realização do bem comum.

No entanto, a redemocratização de alguns Estados, principalmente na América Latina, veio acompanhada pela pauperização de extensas faixas da sociedade civil, colocando a questão crucial da progressão e consolidação da democracia em um quadro de miséria generalizada que corrói a cidadania subjetiva das maiorias.

As novas reivindicações democráticas não se restringem aos temas fundantes da teoria democrática clássica, como a soberania popular, representação política, exercícios das liberdades e as dimensões de igualdade. Complementam essa pauta as preocupações pela justiça e pela igualdade.

Assim, a tarefa que tem diante de si a democracia latino-americana vai muito além de assegurar a restauração das formas políticas congruentes com os princípios fundamentais do regime democrático. Deve demonstrar, também, que a democracia é uma ferramenta eficaz para assegurar a transformação social e a construção de uma sociedade melhor, garantindo efetivamente o exercício da cidadania.

Percuciente neste trabalho ficou a anotação elucidativa do estudo integrado dos direitos individuais, sociais, econômicos e políticos fundamentais, que Quadros Magalhães tão bem delineou classificando-os em grupos. Também presentes e significativas as anotações sobre os direitos da primeira à quarta geração, nos ordenamentos jurídicos, formados por um processo cumulativo e qualitativo; ainda relevantes e pertinentes à temática geral são as ondas renovatórias, pelas quais chegam ao chamado "novo enfoque do acesso à justiça".

Tudo em atenção ao cidadão, mas cidadão aquele que possui e exerce todos os ditos Direitos Humanos, constitucional e legalmente garantidos. Não apenas aquele que vota, mas participa da construção de seu futuro, com a detenção dos instrumentos de que precisa para se autodeterminar, ou seja, a completa fruição e exercício dos Direitos Individuais, Sociais, Políticos e Econômicos – Direitos Humanos – garantidos no ordenamento jurídico.

Nesse quadro, o Poder Judiciário tem o seu grande desafio. Adequar sua estrutura para atender às novas exigências sociais que se apresentam, sendo um dos primeiros itens a compor a agenda de democratização, a aproximação desse Poder com a sociedade.

Entre as providências que vêm sendo debatidas e efetivadas, os Juizados Especiais são um exemplo do que o Judiciário Brasileiro pode fazer para afastar o sentimento de deslegitimidade arraigado na consciência da população, especialmente das classes menos favorecidas.

É preciso dar meios aos excluídos e aos pobres para que possam ver solucionados seus litígios, mas não é só. De fato, o Poder Judiciário tem a grande empreitada de propiciar condições a toda população para assegurar concretamente a sua cidadania, como a assistência judiciária abrangendo, além de questões meramente processuais, a informação, a orientação e o debate em torno dos temas atuais sobre a melhoria da qualidade de vida.

Por outro lado, a participação popular na administração da justiça é um outro foco de atenção com que se depara o Judiciário. As decisões vindas dessa categoria de julgadores terão, com grande probabilidade, o selo de identificação com a vontade popular, além do que se constitui como mais um instrumento de controle do poder.

Democratização do Judiciário. Alguns poucos apregoam para tanto um sistema de eleição para a magistratura, mas isso está em pleno desuso, e no mundo inteiro, pois até os países da antiga "cortina de ferro", que o adotavam, já não o fazem mais.

A percepção clara e verdadeira é que o visto pelo mundo afora é sim uma grande preocupação com a seleção dos juízes - dada a singularidade do mister judicante - mas em momento algum se tem a recomendação pelo processo eleitoral, e sim o concurso público que é tão democrático quanto às eleições.

Salienta-se, por oportuno, que o refugo da eleição não é porque o eleitorado brasileiro seja despreparado para tal tipo de sufrágio, o que não é verdade, mas, sim, porque o sistema eleitoral para a seleção de magistrados é que não é aconselhável.

Não podemos concordar, portanto, com a assertiva de que os juízes não possuem legitimidade democrática porque o povo não lhes ou-

torgou poder. Os magistrados possuem legitimidade democrática, sim, porquanto o *poder institucional*, aquela força derivativa do Estado, é granjeado, indubitavelmente, pela investidura legal, após o certame público de provas e títulos, como acontece em nosso País.

Desburocratização da Justiça. Foi aqui em Rondônia, quando estávamos a frente do juizado de pequenas causas (1990), que fizemos os primeiros trabalhos de "justiça itinerante" neste país, pioneirismo nosso e não só naquele ano mas iso já havia sido experimentado em 1982²⁸. Hoje, seguido pela maioria dos Estados da Federação. Também relevante lembrar que, com os acadêmicos de Direito, repetimos o mesmo labor, somando-se a assistência e a orientação jurídica nos bairros periféricos da cidade, bem como foi este Estado o primeiro a implantar os juzizados especiais no interior; enfim, tivemos a felicidade de receber a luz e a orientação divina para dar os primeiros passos, a sair do pedestal e ir ao de encontro do povo, ao jurisdicionado tão carente de justiça.

É assim que, efetivamente, estabelece a abertura democrática da Justiça, que se confirma o diálogo entre a magistratura e o povo, mas sem burocracia, sem entraves. Um outro exemplo efetivo foram as inúmeras palestras em Colégios, Câmara de Vereadores, Polícia Militar, Exército, Aeronáutica, Universidades, Faculdades e outros, sobre a Justiça informal. Ensejo em que pudemos demonstrar e comprovar por atos e gestos a simplicidade e a informalidade do Juizado (da Justiça) na prática, propondo e prontificando instaurar, desde então, a sessão de conciliação (Lei em vigor 9.099/95 - art. 17 e também a antiga, revogada, 7.244/84, no mesmo sentido) e ali, *in loco*, solucionar a controvérsia, desde que as partes em conflito estivessem presentes e solicitassem a nossa atividade judicante.

Excelente é que se tenha bons juízes do que boas leis, enfim, que realizemos, efetivamente, o que é a essência do direito - a justiça realizada concretamente, de forma prática, real. Que sejamos juízes e não burocratas do direito!

28 - Em verdade a tão decantada justiça andante nasceu naquele ano, se considerar nossas atividades no âmbito da Justiça Eleitoral, pois fomos o único magistrado que não só defendemos, mas que efetivamente colocamos urnas nas linhas vicinais, na zona rural, objetivando facilitar a vida dos eleitores, também aí fizemos alistamentos eleitorais e, com um helicóptero, requisitado do governo, assistimos os neófitos mesários nos lugares de difícil acesso.

Mais uma palavra final. Reformas no e do Judiciário são necessárias para permitir a todos o acesso à justiça, evitar abusos de natureza administrativa, lentidão da prestação jurisdicional, o exagerado formalismo, bem como outras situações que maculam a credibilidade do sistema jurídico e dos princípios constitucionais erigidos na Carta Magna, como pilares do Estado Democrático de Direito.

Que não fiquemos apenas nas palavras (vãs, bonitas), mas pratiquemos, já que o direito concreto não recebe somente a vida e a força do direito abstrato, mas devolve-o por sua vez.

É oportuno rememorar que a relação entre abstração jurídica e a sua concretude é como a circulação do sangue cuja corrente parte do coração para ali voltar.

Em tudo até exposto, deve-se ter como alvo a plenitude do ser humano, a sua felicidade, tudo que lhe é de direito, mas sem olvidar do AMOR,²⁸ dom Supremo.²⁹

28 - O Amor é o próprio Deus - que jamais acaba (1Co 13:8), o amor de Cristo (Ef 3:14-21) - amor insondável. Como entender esse amor? Somente no espírito. Deus, o Pai da glória, concede espírito de sabedoria e de revelação no pleno conhecimento dele (Ef 1:17). Tomai o capacete da salvação e a espada do Espírito, que é a Palavra (viva) de Deus (Ef 6:17). Precisamos da espada do Espírito. "Pois, em um só Espírito, todos nós fomos batizados em um corpo, quer judeus, quer gregos, quer escravos, quer livres. E a todos nós foi dado beber de um só Espírito (1Co 12:13). "Sede, pois, imitadores de Deus, como filhos amados; e andai em amor, como também Cristo nos amou e se entregou a si mesmo por nós..." (Ef 5:1-2). Como Deus é amor, nós somos filhos do amor e devemos andar em amor. Isso é viver e andar pela natureza divina que ganhamos de Deus mediante a regeneração. "Nisto conhecemos o amor: que Cristo deu a sua vida por nós;" (1João 3:16). Ainda continuando na questão de andar em amor, em 1 João 3:10, lemos: "Nisto são manifestos os filhos de Deus: todo aquele que não pratica justiça não procede de Deus, nem aquele que não ama a seu irmão". Por fim, a origem, a fonte, do amor é a vida, a vida divina. O Senhor refere-se ao amor que vem do princípio, que vem do Verbo da vida. E o Verbo estava com Deus, e o Verbo era Deus (Jo 1:1).

29 - "Porque pela graça sois salvos, mediante a fé; e isto não vem de vós; é dom de Deus" (Ef 2:8).

6. BIBLIOGRAFIA

- BÍBLIA. Português. *A Bíblia Sagrada*. Traduzida por João Ferreira de Almeida. Revista e atualizada no Brasil. 2ª ed. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p.755.
- _____. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa* (Por um Direito Constitucional de luta e resistência Por uma Nova Hermenêutica Por uma repolitização da legitimidade) São Paulo: Malheiros, 2001, p.280.
- BORON, Atílio A. *Estado, Capitalismo e Democracia na América Latina*. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1994.
- CARVALHO NETTO, Menelick. *Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sobre o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In Revista de Direito Comparado, vol. 3. Belo Horizonte: Ed Mandamentos, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p.1414.
- CAPELLETTI, Mauro e Garth, Bryant, *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p.168.
- CATONNI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 288.
- COSTA, Roosevelt Queiroz. *Ideal de Justiça: desburocratizada e dinâmica*. In: Julgados da Justiça de Rondônia. Vol. 5, 1987, p. 59-94.
- _____. *A Magistratura faz História*. In Julgados da Justiça de Rondônia. Vol. 5, 1989, p.16-50.
- _____. *O Tribunal do Cidadão*. Apud Revista Institutas - Centro Acadêmico do Curso de Direito da UNIR, n. 1, 1992, p. 59-94.
- _____. *Uma retrospectiva dos Juizados Especiais e o Pioneirismo de Rondônia*. In: Boletim dos Juizados Cíveis e Criminais. 1997, p. 11-18.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em evolução*. Ed. Forense

Universitária, 1ª edição, 1996.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional. Tomo I.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 414.

SALGADO, Joaquim Carlos. *Os Direitos Fundamentais.* Revista Brasileira de Estudos Políticos. Separata n. 82 - Belo Horizonte - Brasil 1996. p.70.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional.* 1ª ed. São Paulo: Editora Forense Universitária, 1991. p.785 .

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América Latina.* São Paulo. Ed. Belo Horizonte, Ed. Itatiaia, Co-edição com Ed. da Universidade de São Paulo, Trad. e notas de Neil Ribeiro da Silva, 3ª Edição, 1987.

**INCIDÊNCIA E APLICAÇÃO DA NORMA
JURÍDICA: UMA CRÍTICA AO REALISMO
LINGÜÍSTICO DE PAULO DE BARROS
CARVALHO**

Adriano Soares da Costa

Advogado. Ex- Juiz de Direito do Estado de Alagoas.

Autor do livro Instituições de Direito Eleitoral, 4ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

INCIDÊNCIA E APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA: UMA CRÍTICA AO REALISMO LINGÜÍSTICO DE PAULO DE BARROS CARVALHO

Adriano Soares da Costa

RESUMO: A norma jurídica tributária é significação sócio-cultural das fontes de direito. A sua incidência sobre a conduta humana por ela regrada se dá infalivelmente no mundo do pensamento, como causalidade normativa, independentemente da vontade de um intérprete individual. O direito, que é processo de adaptação social, utiliza-se da norma jurídica como técnica para influir na zona material das condutas humanas, se valendo da dimensão simbólica do homem. Incidência e aplicação da norma não se confundem: enquanto a incidência ocorre no mundo dos pensamentos, a sua aplicação dá-se na concretude da vida, através dos seus destinatários ou dos órgãos competentes para fazê-lo.

SUMÁRIO: 1. Fontes de direito e modelos jurídicos: texto e norma. 2. Conceito de incidência da norma jurídica na doutrina e a reviravolta do realismo lingüístico de Paulo de Barros Carvalho. 3. Incidência da norma como fenômeno do plano do pensamento (Pontes de Miranda). 4. Distinção entre incidência e aplicação da norma jurídica tributária. 5. Conclusão.

1. Fontes de direito e modelos jurídicos: texto e norma.

O ser humano vive, desenvolve-se e percebe-se em sua humanidade na *outridade* de ser-social. Sou e percebo-me como tal, por meio de minhas múltiplas relações com os outros, no ir e vir da vida, em que a minha subjetividade se impõe e se amolda aos parâmetros das rela-

ções com múltiplas subjetividades. Há o meu horizonte; há o horizonte do outro; há o nosso horizonte comum. Há comunidade.

O Direito é processo de adaptação social. Por ele, e através dele, o ser humano estabelece condutas, permitindo a vida em sociedade, contendo as subjetividades em sua *ipseidade*, em proveito para a *alteridade* social. Não visa ele suprimir o *eu*, mas tornar possível a *polaridade do eu-tu*, de modo que o Direito só cumpre a sua finalidade se transcendendo a subjetividade do eu para alcançar a intersubjetividade do nós, tornando possível a existência saudável da relação eu-tu.

Como processo de adaptação social, o Direito busca interferir na zona material das condutas humanas, através de sua coercibilidade, solidificando o tecido social e impedindo, o mais que possível, que nele surjam conflitos, que quebrem a paz social. O Direito, portanto, é fato social, e como tal, há de ser analisado e estudado como objeto do conhecimento. A perda da dimensão social do Direito, de sua teleologia, tem sido causa de surgimento de teorias as mais abstratas, as mais gasosas, que perdem essa dimensão *terrena* do ser-jurídico, concebendo-o como mera arquitetura lógica, distante do terra-a-terra da vida.

A norma jurídica é das mais importantes criações do homem. Por ela se fixam as condutas relevantes para o Direito e se atribuem efeitos jurídicos que devem ser atendidos, posto por vezes muitas não sejam. Mas é preciso deixar assente, desde já, que *as normas jurídicas mais são atendidas que desatendidas, ou do contrário não cumpriria o Direito a sua função de meio de adaptação social*. Aqui reside fundamental afirmação de que algumas teorias gasosas confundem e empanam: o Direito visa a influir sobre a conduta humana, conformando-a. Se a norma jurídica é desatendida, existe patologia que deve ser reprimida pelos meios de coerção previstos pelo sistema jurídico.

As normas jurídicas ingressam no sistema jurídico através de *fontes de direito*, previstas pelo próprio sistema, que são criadas validamente se atenderem o processo de produção previamente determinado. Utilizo aqui a expressão *fonte de direito* no sentido preciso de veículos introdutórios de normas jurídicas, vale dizer, como *estrutura normativa que processa e formaliza, conferindo-lhes validade objetiva, determinadas diretrizes de conduta ou determinadas esferas de competên-*

cia¹. As fontes de direito, de conseguinte, são sempre resultado de um processo formal de ponência de normas jurídicas, que constituem o seu conteúdo. Constituição, leis, decretos, resoluções, portarias são fontes de direito, no sentido de que são instrumentos formais de criação de normas jurídicas; as normas jurídicas, ao revés, não se confundem com as fontes de direito, sendo seu conteúdo. A lei, enquanto suporte físico, enquanto instrumento introdutor de normas jurídicas, é fonte de direito, vale dizer, é o texto que contém (note-se bem: contém) a norma jurídica posta pelos produtores legitimados pelo ordenamento jurídico. Em que sentido e de que modo é que podemos afirmar que as fontes de direito introduzem e contêm as normas jurídicas, isso é o que ao adiante abordaremos. Para o momento, concentremo-nos ainda um pouco mais nesses pontos aqui tratados.

As fontes de direito põem normas jurídicas. A norma jurídica é, pois, conteúdo da fonte de direito por ela enunciada, a fim de determinar seja obrigatória, proibida ou permitida alguma conduta, ou serem especificados certos âmbitos de competência, em dada conjuntura histórica². Tomo o signo modelo jurídico como sinônimo de norma jurídica, para expressar uma linguagem expressiva do conteúdo das fontes de direito; nesse sentido, modelo jurídico é a significação prescritiva do texto positivo, formando um todo significativo, com todas as notas necessárias para consumir o processo de jurisdicização³. Assim, há a fonte de direito e o modelo jurídi-

1 - REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, p.2, *passim*.

2 - *Idem*, p.23.

3 - É fundamental anotar aqui que Miguel Reale, diferentemente de nós, faz a distinção entre norma jurídica e modelo jurídico. A norma jurídica, para Reale, seria a significação de um texto legal específico, enquanto o modelo jurídico seria a significação total de diversos textos, vale dizer, a soma de diversas normas, que constituiria um todo significativo. Diz ele: "(...) o modelo jurídico resulta de uma pluralidade de normas entre si articuladas compondo um todo irredutível às suas partes componentes" (p.30). Aqui, nesse particular há semelhança com a distinção que, posteriormente, fez Paulo de Barros Carvalho (Direito planos: o da literalidade textual (fonte de direito, em Reale), o das significações enquanto enunciado prescritivo (norma jurídica, em Reale) e o das normas jurídicas, como unidades de sentido obtidas mediante agrupamento de significações que obedecem a determinado esquema formal (modelo jurídico, em Reale). Abolimos a figura intercalar do "enunciado prescritivo" (ou "norma jurídica", em Reale) por não guardar relevância para a Ciência Jurídica, uma vez que não forma uma unidade mínima de significação deontica, dotada de eficácia.

co: a fonte de direito entendida como totalidade de textos jurídicos que formam uma estrutura expressional; e o modelo jurídico (ou norma jurídica) compreendido como uma totalidade significativa que forma uma unidade completa de sentido conativo ou prescritivo. Nem o texto isolado de seu todo (ainda que seu todo implique a soma de textos sintaticamente de diversos escalões hierárquicos), nem a significação incompleta, reivindicando complemento, formam fontes de direito e modelos jurídicos.

Há, porém, ponto de supina importância que não pode ser olvidado. O processo de apreensão da significação dos textos jurídicos só tem sentido, para o direito, como processo de apreensão da norma jurídica sacada da fonte de direito, no sentido antes precisado. O modelo jurídico, a norma, é apreendido da fonte de direito através de um processo interpretativo.

Embora não seja o processo hermenêutico objeto desse estudo, convém desde já deixar assentado alguns aspectos sem os quais fracassará a nossa abordagem seguinte. Há estudiosos que apreendem a interpretação como o processo de *atribuição* de significado aos enunciados, ou seja, como um processo individual, pessoal, de outorga de significação aos sinais gráficos estampados no papel. Assim, a norma jurídica seria construída pelo intérprete, a partir da literalidade do texto positivo, em um processo de construção de sentido.

Paulo de Barros Carvalho assevera que a norma jurídica é construída a partir dos enunciados e não contida ou involucrada neles⁴. Desde que se mostre como manchas de tinta sobre o papel, insiste o professor paulista, não se poderia imaginar, em sã consciência, que essa base empírica (o texto) contivesse, dentro dela, como uma jóia, o conteúdo significativo, algo abstrato, de estrutura eminentemente ideal. Para ele, o sentido é construído ao longo de um processo iniciado, na hipótese, pela percepção visual das letras, dos vocábulos, organizando formações mais amplas. É o ser humano que, em contato com as manifestações expressas do direito positivo, vai produzindo as respectivas significações⁵.

Não é bem assim, porém. O processo hermenêutico não pode ser visto como um processo arbitrário, em que o intérprete atribui, como queira, significação ao texto analisado. Dizer que o signo não possui, ele

4 - *Ibidem*, p.23.

5 - *Ibidem*, p.69.

próprio, uma significação é fácil dito, mas com isso se emascula o processo comunicacional, que apenas pode ser realizado dentro de um código comum ao emissor e ao destinatário. Quem expressa alguma mensagem, buscando ser compreendido, expressa dentro de uma gramática comum à comunidade do discurso. Sem isso não há possibilidade de comunicação. Existe, pois, entre o emissor e o destinatário um código comum, e, por isso, uma série de regras que atribui ao signo um significado⁶. Desde o segundo Wittgenstein já não mais se pode admitir uma linguagem privada. A lingüística no mundo é fato social, dá-se como constituinte da relação eu-tu, da intersubjetividade⁷.

Ninguém melhor do que Castoriadis⁸, estribado em Lacan, soube afirmá-lo:

O simbolismo não pode ser nem neutro, nem totalmente adequado, primeiro porque não pode tomar seus signos em qualquer lugar, nem pode tomar quaisquer signos. Isso é evidente para o indivíduo que encontra sempre diante de si uma linguagem já constituída, e que se atribui um sentido 'privado' e especial a tal palavra, tal expressão, não o faz dentro de uma liberdade ilimitada, mas deve apoiar-se em alguma coisa que 'aí se encontra'.

Essa visão idealista à base do discurso de Paulo de Barros Carvalho impõe que o sujeito cognoscente *crie* o objeto conhecido, que apenas existiria como realidade "em mim", como realidade mental. Procede ele, e os que com ele comungam, como o etnometodologista referido por John R. Searle⁹, que sustentava demonstrar que os astrônomos, na verda-

6 - Por todos, ECO, Umberto. *O Signo*. 5ª ed., Lisboa: Editorial Presença, 1997, p.22.

7 - Ensina GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: RT, 1988, p.62: "O 'objeto' do conceito jurídico não existe 'em si', dele não há representação concreta, nem mesmo gráfica. Tal objeto só existe 'para mim', de modo tal, porém, que sua existência abstrata apenas tem validade, no mundo jurídico, quando este 'para mim', por força da convenção normativa, corresponde um - seja-me permitida a expressão - 'para nós'".

8 - CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. 3ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 1995, p.146. O texto de Jacques Lacan, citado por Castoriadis, é o seguinte: "Há uma eficácia do significante que escapa a toda explicação psicogenética, pois essa ordem significante, simbólica, o sujeito não a introduz e sim a encontra.

9 - *Mente, linguagem e sociedade*. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, p.26.

de, criam quasares e outros fenômenos astronômicos através de suas pesquisas e de seus discursos. Em debate havido entre os dois, houve a seguinte passagem: "Imagine que fôssemos dar um passeio sob a luz da lua, e eu dissesse: 'Que lua bonita hoje', e você concordasse. Estaríamos criando a lua?", perguntou-lhe Searle. "Sim", teria respondido o etnometodologista. Quer dizer, a "lua" seria criação do discurso e não um *dado* exterior a ele, por ele referido e pensado.

A significação contém-se no texto, mas não apenas nele. Há texto e há contexto. Contexto do texto e contexto do intérprete. Cada texto tem sua historicidade, os valores que o impregnam, os fins a que visam. Cada intérprete tem os condicionamentos históricos, psicológicos, culturais, axiológicos. Tem uma carga de valores a condicioná-lo como sujeito cognoscente.

Para terminar essas ponderações superficiais, devo ainda fazer mais uma observação. A norma jurídica, enquanto significação dos textos prescritivos postos pelo ordenamento jurídico, há de ser entendida e analisada como fato cultural, vale dizer, em sua dimensão social, intersubjetiva. A norma jurídica não é, e nunca será, a significação que um intérprete individualizado, psicologizado, saque das fontes de direito. Como fato sócio-cultural, a norma jurídica é significação prescritiva, que visa a disciplinar e influenciar a zona material da conduta humana. Logo, para cumprir o seu fim, a norma há de ser vista e compreendida como significação socialmente aceita, ou seja, como *vivência intencional*¹⁰.

Essa concepção fustiga, como se pode ver, o idealismo kantiano de um poder *nomotético* absoluto do espírito. Aqui ganha em sentido o processo hermenêutico, como processo de conhecimento de *algo* (objeto, texto) que nos é dado, enquanto sujeitos cognoscentes. Consoante nos ensina o jusfilósofo Miguel Reale¹¹:

10- Utilizo a expressão "vivência" (*Erlebnis*) próximo ao sentido gadameriano. Vide GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997, p.117, *passim*.

11- "Teoria do conhecimento e teoria da cultura", *Cinco temas do culturalismo*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.30-31, grifos originais. Vide, ainda, sobre a historicidade da criação dos modelos jurídicos, *Fontes e modelos do direito*, p.49 e segts.

Admitido, com efeito, que a consciência se envolve necessariamente para *algo*, que também é pressuposto *a priori* do ato de conhecer, não se pode mais apresentar o sujeito como constitutivo de per si do objeto, uma vez que este somente o é enquanto *algo* se lhe oferece para ser interpretado.

E segue: Por outras palavras, não mais se admite que o sujeito possa, em si e de per si, pôr os objetos como criação exclusivamente sua, porquanto suas faculdades cognitivas dependem de *algo objetivo* que se oferece à percepção subjetiva, mas representa um *processo de interpretação* da coisa que se lhe apresenta, havendo, pois, um *ato hermenêutico* da coisa para a qual a consciência intencional se dirige.

E no que mais de perto nos interessa, ensina Reale¹²:

Parece-nos da maior relevância essa nova compreensão da Teoria do Conhecimento, da qual não tomam ciência os que se mantêm apegados ao logicismo abstrato de Kant, sem perceber que - na linha de meu pensamento, coincidente com o acima exposto - somente se pode falar em 'possibilidade do conhecimento' como problema inserido em um processo histórico-cultural, uma vez que a densidade histórico-cultural do sujeito abre intencionalmente a intelegibilidade dos objetos do conhecimento e é condição de suas possibilidades na ordem do tempo.

A afirmação de que *a norma jurídica é produto da interpretação individual de um sujeito psicologizado* conduz a um beco sem saída da finalidade social do Direito. A interpretação, consoante pensamos, é processo de revelação do conteúdo do texto positivado, vale dizer, é processo de construção da significação expressa no suporte físico que é o grafema adscrito em uma folha de papel. Mas esses signos são dados, no sentido de que estão ali para expressar algo, por meio de um

12- "Teoria do conhecimento e teoria da cultura", *Cinco temas do culturalismo*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.32

código convencionado pela comunidade do discurso. Não fosse assim, os signos nada significariam, sendo a significação algo exterior a eles, atribuída pelo intérprete de forma arbitrária. A comunicação, desse modo, seria de impossível realização, uma vez que não haveria critérios objetivos e convencionados para a emissão da mensagem e para o seu recebimento.

O processo de revelação da norma jurídica, através das fontes de direito, é processo de construção de sentido, partindo de um dado, do que aí se encontra. Mais ainda: a norma é a significação construída a partir do texto positivado, na medida em que essa significação seja socialmente aceita, ou ao menos cumpra o seu papel de incidir na zona material da conduta humana, conformando-a. Não basta, portanto, para que estejamos diante de uma norma, que haja uma interpretação individual da fonte de direito: sem que haja *vivência* social dessa significação, a interpretação não cumpre o seu papel de interferir na atividade humana, condicionando as relações intersubjetivas.

2. Conceito de incidência da norma jurídica na doutrina e a reviravolta do realismo lingüístico de Paulo de Barros Carvalho.

A preocupação do presente estudo não é com o problema da interpretação jurídica, que demandaria algumas longas digressões. Se ferimos alguns aspectos que julgamos relevantes, é para que pudéssemos estar de posse de algumas ferramentas teóricas importantes para analisar o objeto principal de nossas reflexões: o conceito de incidência da norma jurídica e o seu papel operacional para o fenômeno jurídico.

Por incidência da norma jurídica se tem entendido o seu efeito de transformar em fato jurídico o suporte fático que o direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico¹³. Sendo a norma jurídica formada logicamente por uma proposição descritiva ligada à outra prescritiva pelo conectivo *dever-ser*, toda vez que ocorre no mundo os fatos previstos em seu descriptor, ela incide, qualificando-os de jurídicos: criam-se assim os fatos jurídicos.

13- SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento tributário*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p.55; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1993, p.58; BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3ª ed. São Paulo: Lejus, 1998, p.307.

Deve-se a Pontes de Miranda essa concepção do fenômeno da jurisdicização como produto da incidência da norma sobre o seu suporte fático. Embora tenha esse gênio alagoano formulado o conceito de incidência com todos os cuidados que sua formação filosófica o exigia, houve uma profunda incompreensão do seu pensamento, que terminou por ser desnaturado e transformado numa visão mecanicista ingênua, indigna da sua estatura intelectual. Tal incompreensão da teoria de Pontes de Miranda se revela mais nítida na crítica formulada por Paulo de Barros Carvalho. Segundo esse eminente tributarista, quando se fala em incidência jurídica estar-se-a a pressupor a linguagem do direito positivo projetando-se sobre o campo material das condutas intersubjetivas, para organizá-las deonticamente¹⁴. Sem embargo, entende ele que não se dará a incidência da norma sobre o fato por ela previsto e ocorrido no mundo se não houver um ser humano fazendo a subsunção e promovendo a implicação que o preceito normativo determina. Assim, enfatiza que *a norma não incide por força própria*.

Numa visão antropocêntrica, requerem o homem, como elemento intercalar movimentando as estruturas do direito, extraindo de normas gerais e abstratas outras gerais e abstratas ou individuais e concretas, e com isso, imprimindo positividade ao sistema "(...). E essa participação humana no processo de positivação normativa se faz também com a linguagem, que certifica os acontecimentos factuais e expede novos comandos normativos (...) "¹⁵.

Eurico Marcos Diniz de Santi, em sua tese de doutorado¹⁶, aca-
tou esses ensinamentos com a seguinte argumentação, que merece aqui
ser transcrita:

De fato, a norma não tem força própria para atingir a realidade, pois depende dos homens, dos aplicadores do direito, como observa Gabriel Ivo, com sua desconcertante questão: 'O sujeito do verbo *incidir* seria a norma?' Entreveamos

14- *Op. cit.*, p.07.

15- *idem*, p. 09 e 10.

16- *Decadência e prescrição no direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.56-58.

aqui que a pretensa funcionalidade do direito independentemente de ato de aplicação humana, parece sedimentar-se numa visão jusnaturalista, segundo a qual o direito funcionaria como a natureza, como nuvens carregadas de hipóteses e mandamentos que, consolidados no mundo fático, incidiriam qual raios, fulminando os seus suportes. (...) Ora, sem nuvens e numa perspectiva realista, necessário se faz admitir que até que a autoridade aplique o direito, quer dizer, realize o ato de lançamento, juridicamente nada há: nem fato nem obrigação. O fato jurídico e o crédito nascem, concomitantemente, como ato de aplicação do direito.¹⁷

Os pontos de partida da crítica formulada podem ser facilmente observados na percepção de que a norma jurídica seria a significação atribuída, construída pelo seu aplicador no ato de concretização do direito. Como poderia a norma incidir sobre os fatos por ela previstos se apenas haveria norma no momento da aplicação, através do processo de construção de sentido chamado interpretação? Ou seja, como poderia incidir automática e infalivelmente a norma jurídica se ela não existiria no momento da ocorrência do fato no mundo (chamado por Paulo de Barros Carvalho, com assinalo em Habermas e Tércio Sampaio Ferraz Jr., de *evento*), mas seria criada pela autoridade administrativa ou judicial, posteriormente ao próprio *evento*, pela interpretação?

Assim, como resposta a essas questões logicamente postas, não haveria como dar-se outra solução senão a de que a incidência não ocorreria sozinha, tanto porque a norma não existe sem passar por um processo anterior de interpretação, que a crie no ato de aplicação, como também porque entre a norma e os *eventos* por ela regrados estaria o homem, que a cria, vertendo-a em linguagem competente. Noutra giro, a norma seria "incidida" sobre o fato, que não é declarado, mas construído pela autoridade¹⁸.

17- *Idem*, p.57.

18- *idem*, p.58. É CARVALHO, Paulo de Barros (*Op.cit.*, p.11) quem ensina: "Assim como um evento qualquer, para tornar-se fato, exige relato em linguagem competente, qualquer acontecimento ou mesmo qualquer fato social que pretenda ingressar no reino da facticidade jurídica precisa revestir-se da linguagem própria que o direito impõe".

Não será aqui o local apropriado para enfrentarmos os aspectos problemáticos da abordagem proposta por Paulo de Barros Carvalho, que não são poucos. Teremos ensejo de fazê-lo noutros estudos nossos, que estão em preparo. Sem embargo disso, não poderíamos seguir sem fazer algumas poucas observações que nos serão úteis adiante.

Quando se reduz o conceito de *fenômeno jurídico* ao direito aplicado pelas autoridades competentes, ainda que sob o fundamento lingüístico, nada mais se faz do que revisitar o velho *realismo jurídico*¹⁹. Quando assim procede a teoria carvalhiana, há de, em numerosos e difíceis momentos, excluir do mundo jurídico a maioria dos fatos que têm significação jurídica e que não precisam ser vertidos em linguagem competente pela autoridade judiciária, simplesmente porque não gerariam controvérsia, ou seja, porque o direito, a norma, foi atendida.

Se levarmos em conta que as normas jurídicas mais são atendidas do que desatendidas (aspecto de natureza sociológico), veremos que a redução do direito que tal teoria faz é arbitrária e injustificada, apenas possível naqueles ramos jurídicos extremamente formalizados, como o direito tributário, mas mesmo assim com enormes aporias, que serão em momento oportuno mostradas. Poder-se-ia objetar que o signo "norma", que aqui se está utilizando, é diverso daquele utilizado pela teoria carvalhiana, quando afirmamos que ela mais é atendida que contrariada. Mas tal objeção é sem sentido, se partirmos do conceito de norma geral e abstrata que visa a influir na zona material de conduta, como *crescente estímulo para que os comportamentos sejam modificados*²⁰. Se os comportamentos se deixam modificar pelas normas jurídicas, tornando possível a vida em sociedade, é porque ela é *prius* ao seu cumprimento ou à sua aplicação²¹. Aqui reside ponto de relevo, que adiante aferiremos.

19- Sobre o realismo jurídico, vide a didática exposição de WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito - Interpretação da lei, temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994, vol. I, p. 57-59.

20- CARVALHO, Paulo de Barros. *op. cit.*, p. 08.

21- Sobre o apriorismo da norma jurídica, VILANOVA Lourival. *Causalidade e relação no direito*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 41-46, 87.

3. Incidência da norma como fenômeno do plano do pensamento (Pontes de Miranda).

Chama a atenção entre os autores que adotaram a teoria pontiana, bem como entre os que a fustigaram, a ausência de preocupação em compreender com a devida profundidade o seu pensamento. Há os que defendem, como há aqueles que criticam, a afirmação feita por Pontes de Miranda, segundo a qual, a incidência seria infalível: todas as vezes que os fatos previstos na norma ocorressem, sofreriam a sua incidência inapelavelmente. Mas tanto a uns quanto a outros faltou a exata dimensão da intuição do gênio pontiano. Os que defendem que a incidência ocorre mecanicamente, como fato da natureza²², ou que incide porque incide, ou porque é próprio da norma jurídica incidir, a par das tautologias que sustentam, procedem como se o texto positivo (fonte de direito) tivesse uma significação unívoca, literal, ou como se a norma jurídica tivesse uma vida própria por si mesma. E, ao assim agirem, submetem-se à crítica mordaz do próprio Pontes de Miranda: "O aplicar a lei porque está na lei, o resolver pelo sentido literal, porque assim quis o legislador, corresponde ao fazer porque está no Evangelho, no Talmude, no Korão, no *Corpus Iuris*, porque o nosso pai fez, e ao ingênuo 'porque mamãe disse' das crianças"²³. Já os que negam a incidência da norma jurídica, o fazem por entender impossível essa vida física da norma, autônoma, *como nuvens carregadas de hipóteses e mandamentos*. Mais ainda: o fazem porque compreendem a norma como produto da interpretação no processo de aplicação dos enunciados prescritivos.

Todavia, na exposição do pensamento pontiano, tanto pelos seus adeptos como pelos seus críticos, faltou quem desse ênfase aos aspectos primordiais de sua concepção. Ora, todas as vezes que Pontes de Miranda define o que seja incidência, sublinha que é *ela fato do mundo do pensamento*. A essa expressão, constante em suas diversas exposições sobre o tema, nunca foi dada a devida importância. Afinal, o que seria esse mundo do pensamento, a que se referia Pontes de Miranda? Qual o sentido do seu emprego para explicar o significado e a operacionalidade do conceito de incidência?

22- BECKER, Alfredo Augusto. *Ob.cit.*, p.308-309, incorreu nesse equívoco.

23- *Sistema da ciência positiva do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsó, 1972, t.II, p.90.

Antes de respondermos a essas indagações, vejamos algumas oportunidades em que Pontes de Miranda fez uso dessa expressão: “A incidência da regra jurídica ocorre como fato que cria ou continua a criar o mundo jurídico; *é fato dentro do mundo dos nossos pensamentos*, - perceptível, porém, em conseqüências que acontecem dentro do mundo total”²⁴. Noutra oportunidade afirma: “A incidência da lei, pois *que se passa no mundo dos pensamentos* e nele tem de ser atendida, opera-se no lugar, tempo e outros ‘pontos’ do mundo, em que tenha de ocorrer, segundo as regras jurídicas. É, portanto, *infalível*”²⁵.

Para que compreendamos o que Pontes de Miranda denomina de *mundo do pensamento*, é necessário ter presente que ele não desconhecia a lógica moderna, nem tampouco lhe eram estranhos os problemas da filosofia da linguagem, sobretudo aqueles enfrentados pelo primeiro Wittgenstein do *Tractatus logico-philosophicus*, obra inclusive citada no *Tratado de direito privado*. Embora não tenha tido a preocupação de empregar de modo distinto os signos “lei” e “regra jurídica”, a ele não passou despercebido a distinção entre texto e significação, tão cara à teoria carvalhiana. Porém, ao contrário do eminente professor paulista, Pontes de Miranda não via o direito apenas como linguagem, mas sobretudo como processo de adaptação social. O direito existe para submeter o mundo social a uma certa ordem e previsibilidade. Sendo assim, o conteúdo dos sinais ópticos dos textos positivados, apreendido pelo intérprete, não esgota o processo de revelação da norma jurídica.

A interpretação individual não cria norma: a norma é fato do mundo social:

Deve o intérprete (jurisconsulto, juiz) procurar, na aplicação da regra, não o conteúdo dos sinais ópticos, ou sonoros (ordens verbais), mas, com o auxílio deles, o que se neles contém, mais ou menos o que se perdeu ou se argumentou no trabalho de expressão. Em vez de início em si, apenas é a lei a forma intermédia. Durável, mas dúctil, para conservar o

24- *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000, t.I, p.53 (§ 2, 3), grifei.

25- *idem*, p.62 (§5, 1), grifei a expressão sob análise.

dado, ainda que isto o deforme". (...) Não seria social a aplicação da lei, se não houvesse entre a norma viva (o dado) e a aplicada (o julgado) o veículo social (costume, jurisprudência), ainda que, após a permanência individual (ditame do legislador), se comunique, se socialize pela linguagem, fenômeno caracteristicamente social²⁶.

Para Pontes de Miranda a palavra é sinal, notação; por trás dela está o conceito. Mas à ciência interessa o estudo do real, que não é de todo exprimido pelo conceito. Entre a palavra e o real está o conceito. Ficar na interpretação de palavras apenas seria subordinar às designações as coisas que se designam. Seria branco o amarelo pelo simples fato de lhe chamar de branco²⁷. O real do direito é o real-social.

O legislador cria a forma das normas jurídicas, raramente a substância delas; não só por se achar no direito costumeiro ou na doutrina, ou por lhe ser sugerido, espontaneamente pela própria vida dos grupos ou sociedades, como porque, feitas e impostas, ainda a investigação doutrinária e a jurisprudência lhe vão descobrir, pela analogia (argumento *a pari* ou *a fortiori*) ou pela exclusão (argumento *a contrário*), quer por outros meios não lógicos (arbitrários ou científicos), o verdadeiro conteúdo delas²⁸.

Como se pode perceber, não era Pontes de Miranda um ingênuo ao formular o conceito operacional de *incidência*, como se imaginasse ele que as normas jurídicas não precisassem ser interpretadas, produzidas em certo sentido, passando por todo um processo complexo até se tornar um *dado* para a sociedade, uma *norma viva*.

(...) se o legislador, pela expressão, inicia a socialização, é ao doutrinador e principalmente ao juiz que incumbe ultimá-la. Em vez de se limitar a induzir da lei, o que não satisfaria, induzirá das realidades, e a regra escrita apenas lhe serve de guia. (...) Não é o dado conceptual que se quer, mas - o que é bem diferente - o dado concreto e imediato²⁹.

26- *Sistema da ciência positiva do direito*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Borsóti, 1972, t.II, p.91.

27- *Idem*, p.101.

28- *Idem*, p.192.

29- *Idem*, p.91.

A norma jurídica, pois, é a significação socialmente aceita, vivida e aplicada: é socialmente um *dado*, um “estar aí”, uma *vivência intencional*. Mas esse *dado* é proposição vertida em linguagem prescritiva, como objeto cultural que é. Há quem diga que Pontes de Miranda não aceitava a distinção entre ser e dever-ser, equiparando às leis da natureza as leis do direito. Não é bem assim, contudo. Soube ele distinguir as *leis do preciso* e as *leis do deve*: leis que querem expressar algo que impreterivelmente se realiza (proposição descritiva) e leis que ordenam o que é possível fique irrealizado (proposição prescritiva)³⁰. Por isso, essa significação social das fontes de direito é o que se pode chamar de norma jurídica.

A norma jurídica que incide infalivelmente é a norma que ganhou em densidade simbólica, como fato do mundo social, no seu subconjunto, o mundo do pensamento. O pensamento aqui é visto como algo comunicável e vivido de modo público, como processo social, que vai além de uma idéia privada do sujeito cognoscente. Frege estabeleceu uma distinção entre *idéias privadas* (*Vorstellungen*) e *pensamentos*, que são realidades abstratas habitantes de um terceiro domínio platônico. Teria se baseado nos seguintes pontos: (a) um pensamento, isto é, aquilo que alguém pensa, é verdadeiro ou falso independentemente de alguém pensá-lo; (b) duas pessoas podem ter o mesmo pensamento; e (c) os pensamentos podem ser comunicados. Em seu uso mais fundamental, fregiano, o pensamento significa proposição (*Satz*). Um pensamento é uma “figuração lógica dos fatos”, isto é, uma figuração idealmente abstrata, cuja única forma pictorial é sua forma lógica e cuja representação prescinde de qualquer meio específico³¹.

30- *Idem*, p. 185.

31- Vide GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 272-277 e 287-291. Vide, outrossim, FREGE, Gottlob. *Sobre o sentido e a referência*, in: *Lógica e filosofia da linguagem*, São Paulo: Cultrix/USP, p. 65: “A representação, por tal razão, difere essencialmente do sentido de um sinal, o qual pode ser a propriedade comum de muitos, e portanto, não é uma parte ou modo da mente individual; pois dificilmente se poderá negar que a humanidade possui um tesouro comum de pensamentos, que é transmitido de uma geração para a outra”. (grifei).

Esse terceiro domínio platônico fregiano é justamente o mundo do pensamento, que não é o meu ou o seu mundo, mas o nosso mundo formado pela relação eu-tu. E o segundo Wittgenstein veio a negar, nesse particular, o solipsismo da linguagem, vale dizer, a possibilidade de uma linguagem privada, como sustentada pelo primeiro Wittgenstein³². A final de contas, a linguagem deseja ser comunicada, e não prescinde da alteridade. É pelo *outro* que me descubro como *eu* na vivência do discurso³³. É nesse sentido que podemos, então, compreender o papel do *simbólico* como representação social de *algo que está aí*. O direito, como instituição social, não se esgota no simbólico de suas normas *instituintes*, mas está nele entrelaçado para cumprir o seu papel no jogo de linguagem social. Aqui, é de todo importante uma reflexão sobre o pensamento de Castoriadis, para onde remetemos o leitor interessado, dadas as limitações desse nosso estudo. Como bem demonstra ele³⁴:

...uma organização dada da economia, um sistema de direito, um poder instituído, uma religião existem socialmente como sistemas simbólicos sancionados. Eles consistem em ligar a símbolos (significantes) significados (representações, ordens, injunções ou incitações para fazer ou não fazer, consequências, - significações no sentido amplo do termo) e fazê-los valer como tais, ou seja a tornar esta ligação mais ou menos forçosa para a sociedade ou grupo considerado.

O simbólico (a norma), de conseguinte, é *objetivação conceitual* que qualifica o fático, através da causalidade da incidência; e, cumprindo a sua função de processo de adaptação social, adquire forma de *objetivação social* pelos múltiplos processos de aplicação pelos seus

32- Sobre o solipsismo, de modo didático, vide FAUSTINO, Sílvia. *Wittgenstein - o eu e sua gramática*, São Paulo: Ática, 1995, p.82 e segs.

33- Sobre os aspectos social e histórico como elementos constitutivos da linguagem, indicamos como fontes úteis e didáticas de pesquisa: BRANDÃO, Helena H. Nagamine. *Introdução à análise do discurso*, 7ª ed., Campinas: Unicamp, s/d, e ORLANDI, E. A. *A linguagem e seu funcionamento*, São Paulo: Brasiliense, 1984.

34- CASTORIADIS, Cornelius. *Ob.cit.*, p.142.

destinatários, ou, na sua inobservância, pelos órgãos legitimados. É pela incidência, *no mundo do pensamento*, que se dá a objetivação conceptual, simbólica, do processo de jurisdicização; é pela *aplicação* da norma jurídica que incidiu, que se dá a sua objetivação social na concretude da vida. Como diz Lourival Vilanova:

A norma, que é uma *objetivação conceptual*, passando para o campo dos fatos adquire a forma de *objetivação social*. Adquire algo de *coisidade* do social, no sentido durkheimiano. (...) O fato jurídico, pois, é uma concreção que se dá num ponto do tempo e num ponto do espaço. Mas o fato é jurídico porque alguma norma sobre ele incidiu, ligando-lhe efeitos (pela *relação de causalidade normativa*)³⁵:

A norma jurídica, nesse sentido, não é "incidida"; ela *incide pela causalidade normativa*. À pergunta sobre qual o sujeito da oração "a norma jurídica incide", só pode haver uma resposta, gramatical e jurídica: a norma. É ela que incide, no *mundo do pensamento*. Incide independentemente da vontade psicológica do sujeito cognoscente: incide como processo histórico-social do simbolismo jurídico³⁶. Ou, como preferia Pontes de Miranda³⁷:

Se bem meditarmos, teremos de admitir que a incidência é no mundo social, mundo feito de pensamentos e outros fatos psíquicos, porém nada tem com o que se passa dentro de cada um, no tocante à adesão à regra jurídica, nem se identifica com a eventual intervenção da coerção estatal. A

35- *Ob.cit.*, p.90. COUTINHO, Aldacy Rachid. *Invalidez processual: um estudo para o processo do trabalho*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.33, percebeu esse aspecto do pensamento ponteano, sem aprofundá-lo contudo, nas seguinte observação: "Enquanto objeto cultural, a incidência ocorre na ordem do 'dever ser' e não no campo do 'ser', da causalidade natural. Portanto, a incidência da norma jurídica, que torna o fato 'jurídico', ocorre por vezes somente no mundo dos nossos pensamentos, não impondo necessariamente transformações na ordem do 'ser'. No entanto, poderá implicar ainda alteração no mundo naturalístico". E adiante: "Algumas normas jurídicas prevêm hipóteses normativas que jamais existiram no mundo dos fatos, mas permanecem no plano da idéia, da abstração".

36- Vide *Tratado...*, p.53.

37- *Idem*, p.57.

incidência da lei independe da sua aplicação; sem aqui trazer-mos à baila que os homens mais respeitam do que desrespeitam as leis, ou que as sanções são menos freqüentes que as observâncias, porque, então, estaríamos no plano fático (físico) da sociologia do direito, em vez de nos mantermos no plano lógico da teoria geral do direito.

Com essas observações, podemos agora proceder à distinção entre incidência e aplicação da norma jurídica, buscando retirar desta as suas consequências teóricas fundamentais.

4. Distinção entre incidência e aplicação da norma jurídica tributária.

O realismo jurídico, seja de que vertente for, limita o fenômeno jurídico ao ato de autoridade (administrativa, judicial ou de outra espécie). *Grosso modo*, apenas seria direito o que as autoridades dizem que é, no ato de aplicação da norma.

Essa amputação do mundo fora dos tribunais e das repartições públicas do fenômeno jurídico é um reducionismo injustificado, que retira do direito a sua função de processo de adaptação social. Observemos esses fatos cotidianos: um adolescente apanha um ônibus, dá ao cobrador um passe-estudantil, passa pela roleta e segue viagem até sua escola; um jovem bebe um refrigerante e paga o valor devido ao garçom; uma mulher, em seu veículo, pára quando o sinal fica vermelho e segue seu percurso com a luz verde; um homem encontra no chão uma barra de ouro e a apanha; uma loja de calçados anuncia uma promoção, pelos jornais, na venda de um determinado modelo de sapato. Todos esses fatos são conhecidos nossos, vividos por uma infinidade de pessoas. E eles ocorrem com naturalidade, sem muitos percalços, porque todos nós, como sujeitos situados numa realidade histórica, em tempo e espaço delimitados, participamos de uma mesma realidade simbólica, um *tesouro comum de pensamentos* (Frege). Se a mulher pára o carro quando o sinal está vermelho, atende à norma jurídica que determina ser essa a conduta devida; se o ultrapassa, sua conduta é ilícita. Há uma significação social, meta-individual, no comportamento dessa

mulher: pouco importa sabermos que tenha ocorrido, ou que tenha sido na calada da noite.

A significação é objetiva e adjetiva esse fato como jurídico pela causalidade da incidência normativa. Se houve testemunhas, se o radar eletrônico fotografou o veículo no momento do descumprimento da norma, isso é outra questão: é matéria afeta à aplicação autoritativa da norma. Mas toda vez que essa mulher parar diante de um sinal vermelho, ela estará aplicando a norma que incidiu: ela estará cumprindo a norma.

Quando o estudante, do exemplo acima, entrega um passe-estudantil ao cobrador do ônibus, está querendo ser levado a alguma lugar e paga para isso: juridicamente, celebrou um contrato de transporte. A norma incide nesse complexo de fatos, qualifica-o de jurídico e irradia efeitos: direito a ser transportado e dever de transportar. Se o transporte for corretamente feito, houve o exercício do direito e o seu atendimento. Houve fato de significação jurídica. Quando o jovem toma o refrigerante e paga celebrou um contrato de compra e venda, consumindo o seu objeto. Quando uma loja de calçados faz anúncio ao público, manifestando vontade, obrigou-se perante todos: celebrou negócio jurídico unilateral de oferta ao público. Se houver aceitação da proposta por alguém, houve outro negócio jurídico unilateral. A oferta e a aceitação, juntas, formam o negócio jurídico bilateral de compra e venda.

O realismo lingüístico de Paulo de Barros Carvalho exclui todos esses fatos do mundo jurídico. Se a mulher ultrapassasse o sinal vermelho e colidisse com outro veículo, e se não houvesse acordo entre ambos os condutores, aí então, submetida a questão ao poder judiciário, haveria uma sentença que relataria esse *evento* em linguagem competente, subministrada pelas provas admitidas em direito, e, através de um enunciado protocolar, constituiria o fato jurídico³⁸. O mundo jurídico, desse modo, seria o mundo formalizado nos tribunais, e não um processo de adaptação social. Aqui, justamente nesse ponto caro à teoria carvalhiana, é que Pontes de

38- "Fato jurídico tributário será tomado como um enunciado protocolar, denotativo, posto na posição sintática de antecedente de uma norma individual e concreta, emitido, portanto, com função prescritiva, num determinado ponto de positivação do direito" (CARVALHO, Paulo de Barros. *Ob.cit.*, p.105).

Miranda faz uma avassaladora crítica ao realismo jurídico, em texto que vale a pena ser transcrito integralmente pela sua lucidez e atualidade:

Um dos motivos para o erro de somente considerarmos fenômenos jurídicos os revelados pela linguagem, pela aplicação da regra jurídica mediante a *iuris dictio* oral ou escrita, está na ignorância da integridade da vida psíquica e no vulgar verbalismo da lógica. Como se hão de aplicar regras jurídicas, se juízes, funcionários, ou, pelo menos, as próprias partes não as observarem?

E prossegue o gênio alagoano:

Se quiséssemos evitar a discussão, diríamos apenas: *nos fatos*. Realmente: a continuidade da vida doméstica, com todos os incidentes diários e as mínimas ações e omissões, é série imensa de fenômenos de direito, realizados sem palavras e sem autoridade, - e se compararmos a soma de tais aplicações de normas com a imposição oficial de uma dezena de artigos de lei, com diminuta média de observância, à nossa perplexidade logo se imporá a seguinte proposição: há outro direito que se realiza na vida social e independe da ação e da coação.³⁹

Não por outra razão, é inválido e sem sentido o desafio lançado por Paulo de Barros Carvalho, no prefácio à 2ª edição do seu livro amiúde citado: “desisto de tal perspectiva teórica agora, se alguém apresentar-me um fato jurídico sem revestimento lingüístico”⁴⁰. Tal desafio assemelha-se em muito com aquela pergunta, feita provocativamente às crianças, sobre qual seria a cor do cavalo branco de Napoleão. Ora, o saber-se de antemão, através da própria pergunta, qual a cor do cavalo, já a invalida desde o início, pois a pergunta já traz expressa em si mesma a resposta. Quando o professor paulista lança seu desafio, parte de um axioma previamente posto: só é fato jurídico o enunciado protocolar, denotativo, que

39- *Sistema...*, p.109-110.

40- Vide também SANTI, Eurico M. Diniz de. *Decadência...*, p.57, onde repete o desafio de seu mestre.

puder sustentar-se em face das provas em direito admitidas⁴¹. Assim, é evidente que nunca poderia ele encontrar nenhum fato jurídico fora desse axioma previamente determinado, por mais que procurasse, porque nenhum fato jurídico (como aqueles acima narrados), que lhe fosse apontado fora da definição axiomática previamente por ele dada, cairia fora do âmbito de aplicação daquele conceito. Vê-se, pois, que o argumento possui inegável circularidade, fundada numa *petitio principii*.

Esse aspecto fica visível quando se sai da arquitetura simétrica e perfeita da construção teórica para os aspectos salientes do cotidiano jurídico. Volvamos, mais uma vez, ao exemplo do acidente de trânsito. Se a mulher observasse a norma jurídica que determinava parar o veículo no sinal vermelho, a sua observância seria irrelevante para o direito; agora, se tendo descumprido essa norma, viesse a colidir com o outro veículo, surgindo uma demanda judicial, tal *evento* geraria o fato jurídico pelo relato protocolar da sentença. Esse compromisso com o seu ponto de partida (a definição de fato jurídico como enunciado documental protocolar), exclui do mundo jurídico todos os fatos que não se submetam à autoridade judiciária ou administrativa, simplesmente porque houve atendimento à norma jurídica, o que os tornaria irrelevantes para o direito. Como diz surpreendentemente Paulo de Barros Carvalho⁴² (...) em certas circunstâncias, o legislador determina a necessidade absoluta de que o fato jurídico, para existir como tal, venha revestido de linguagem competente, como no caso do tributo; em outras, porém, faz incidir a linguagem *para qualificar a conduta oposta* (grifo original), vale dizer, aquela que identifica o inadimplemento da prestação, *permanecendo a observância, isoladamente considerada, no domínio dos meros fatos sociais, sem o mesmo timbre de juridicidade*. É a hipótese clássica de previsões penais, em que o legislador opta por qualificar o delito e não o cumprimento do dever (os últimos grifos são meus).

41- *Ob.cit.*, p.98. É ainda CARVALHO, Paulo de Barros quem afirma: "Fixei como premissa a imperiosa necessidade de regra individual e concreta para que os comandos gerais e abstratos possam ferir as condutas inter-humanas, no convívio social". É dizer: só haverá direito onde houver aplicação da norma pela autoridade constituída.

42- *Idem*, p.211.

Clarificando ainda mais a sua teoria, e sendo fiel a ela, continua o ilustre tributarista:

Recaindo sobre a conduta lícita, no direito tributário brasileiro, além da prestação pecuniária, grande parte dos deveres formais são estabelecidos mediante normas individuais e concretas. Ao lado deles, dos deveres, há prescrições genéricas cuja efetivação, no caso protocolar, assumirá relevância jurídica apenas e tão-somente em caso de descumprimento. O exemplo clássico está no *dever de suportar o procedimento de fiscalização*, como está, também, no *dever de assegurar publicidade aos documentos* que ele, sujeito passivo, tiver a incumbência de produzir⁴³.

Mas aqui está a grande aporia e contradição da teoria carvalhiana: se há um *dever de suportar o procedimento de fiscalização*, ou mesmo um *dever de assegurar publicidade aos documentos*, são eles anteriores ao descumprimento, que venha de ensinar a enunciação protocolar da norma individual e concreta. O *dever* do sujeito passivo de atender às normas administrativas procedimentais (reconhecido como existente por Paulo de Barros Carvalho) é produto da sua incidência, que juridicizando fatos por ela previstos (ser comerciante + outros fatos, para o ICMS; ser proprietário + outros fatos, para o IPTU, etc.), gera uma relação jurídica entre o Estado-fisco e o contribuinte (ou responsável, ou substituto, etc.), da qual nasce o direito potestativo do fisco de fiscalizar e a sujeição do contribuinte de ser fiscalizado; o direito subjetivo público do fisco à publicidade de documentos que o contribuinte tenha que produzir, e o dever deste de produzir e dar publicidade. O atendimento, pelo contribuinte, à norma jurídica que incidiu é ato jurídico lícito; o seu desatendimento, ato jurídico ilícito, que faz incidir a norma sancionadora, a ser aplicada através de procedimento administrativo próprio.

Como se vê, a própria teoria carvalhiana já contém, em si mesma, o germen de sua refutação.

43- *Idem, ibidem*, com grifos meus.

Nem *toda* aplicação da norma é produto de algum fato jurídico, como sustenta Eurico Marcos Diniz de Santi⁴⁴; ainda menos de ato de autoridade. O proprietário que colhe o fruto de suas propriedades aplica a norma jurídica, que lhe permite agir lícitamente dessa forma. Tal conduta não é fato jurídico: é exercício de poder que enche o direito subjetivo de propriedade⁴⁵. A mulher, do exemplo antes amiúde citado, que colidiu com outro veículo por culpa sua e fez o ressarcimento dos danos sofridos, aplicou norma jurídica que prescreve o dever de indenizar, através de ato jurídico unilateral. Não há necessidade *sempre* de ato de autoridade para que haja aplicação da norma que incidiu; - haverá por vezes, quando assim o determinar, através de norma de competência, o ordenamento jurídico.

Quando da classificação dos fatos jurídicos, podemos catalogá-los pela sua conformidade a direito em fatos lícitos e ilícitos; pelo elemento cerne do seu suporte fático, partindo da participação ou não de ato humano volitivo, em fato jurídico *stricto sensu*, ato-fato jurídico e ato jurídico *lato sensu*; e pelos seus efeitos em declaratórios, constitutivos, condenatórios, mandamentais e executivos. Se afirmo que *todo* ato de aplicação é constitutivo do fato jurídico, como faz a *teoria do realismo lingüístico*, não haveria espaço para as sentenças declaratórias, por exemplo, que dizem respeito ao ser ou não-ser das relações jurídicas, anteriormente à sentença que as declarou. Como também seria de se excluir a existência dos efeitos mandamentais e executivo *lato sensu*, que vão além do plano do pensamento (plano normativo puro), para atuarem no mundo dos fatos. Mas isso é tema específico de outro estudo nosso⁴⁶, onde melhor aprofundaremos esses aspectos aqui tocados epidermicamente.

5. Conclusão.

Toda a nossa exposição, até agora feita, tem por finalidade resgatar a intuição da genialidade de Pontes de Miranda, quando concebeu o

44- *Lançamento tributário*, p.69-73. Afirma ele: "Aplicação, reiteramos, definindo estipulativamente, é o fato jurídico suficiente, realizado por ato jurídico de autoridade, para produção de normas jurídicas".

45- Sobre o conceito de exercício de direito, vide PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, Campinas: Bookseller, 2000, p.103 e segs.

46- *Notas sobre o fato jurídico tributário*, inédito.

conceito operacional de *incidência da norma jurídica* como causalidade normativa, diversa da causalidade física. E, para tal *aggiornamento* do pensamento ponteano, nada melhor do que colocá-lo dialogicamente em contato com a teoria de Paulo de Barros Carvalho, um dos mais eminentes juristas do nosso tempo e criador do que venho denominando de *realismo lingüístico extremado*, uma vez que o realismo escandinavo já tinha o colorido lingüístico que o professor paulista adelgaçou.

O conceito de incidência é um dos mais importantes nascidos da pena de Pontes de Miranda, devendo ser preservado, naturalmente sob uma fundamentação diversa daquela que alguns vêm dando, que colidem e afrontam o real pensamento do maior jurista brasileiro do século passado. Ao lhe preservarmos, por certo somos obrigados a rejeitar a teoria carvalhiana que, embora seja construída por um sério e profundo espírito científico, não se sustenta diante de uma análise fria e detalhada de sua lógica interna e da amputação que provoca pela exclusão do timbre da juridicidade de uma infinidade de fatos relevantes para o direito.

O espírito que animou esse estudo foi de fraternidade e, sobretudo, de amor pelo direito. Onde fomos críticos, por vezes enfáticos, procuramos ser com lhaneza, mas sem tagiversações, que mais empanam do que auxiliam na construção teórica do direito. O que mais faltou ser dito, penso estar abordado em dois outros estudos nossos, que completam nossa reflexão sobre o *realismo lingüístico extremado*, tematizado sob a crivagem da teoria ponteana⁴⁷.

47- Vide *Notas sobre o fato jurídico tributário*, bem como *Obrigação e crédito tributário: aspectos dogmáticos*, ambos inéditos.

SOBRE KANTE À PAZ PERPÉTUA

Alexandre Miguel
Juiz de Direito em Rondônia

SOBRE KANT E À PAZ PERPÉTUA

Alexandre Miguel

IMMANUEL KANT (1724/1804) é considerado o maior filósofo do século XVIII, já que toda filosofia moderna converge para suas obras e toda filosofia contemporânea parte delas.

Busca-se neste estudo analisar, de maneira objetiva, a contribuição da filosofia kantiana, exposta na obra “À paz perpétua” (*Zum Ewigen Frieden*), para a consolidação do direito humanitário internacional.

A obra de KANT é um culto a uma ordem internacional não violenta, que influenciou, de forma decisiva, a criação da Organização das Nações Unidas, ONU, ao final da 2ª guerra mundial.

O nome “A paz perpétua” deriva de uma carta de LEIBNIZ a JEAN-LEONOR DE GALLOIS, em que ele menciona ter visto na divisa de um cemitério a inscrição: *pax perpetua*.

Diz a carta:

Vi algo do projeto do sr. Saint-Pierre para manter uma paz perpétua na Europa. Eu me lembro da divisa de um cemitério com estas palavras: *pax perpetua*; pois os mortos não brigam mais, mas os vivos são de um outro humor e os mais potentes não respeitam muito os tribunais (KANT, 1989: 81).

Revela importante contextualizar a obra de Kant. A época, a Europa era sacudida por eventos revolucionários, como sucedeu na França e pela guerra contra a Prússia que contou com as expectativas de paz, em face do tratado assinado durante o ano de 1795, na Basileia. Esse tratado de paz, assinado em 05 de abril de 1795, continha seis cláusulas secretas.

SAINT-PIERRE havia escrito um projeto de paz, que foi posteriormente comentado por ROUSSEAU, que havia escrito em 1761 *Es-tratto del progetto di pace perpetua dell'abbate di Saint-Pierre* e em 1756 um ensaio, publicado somente após a sua morte ocorrida em 1782,

intitulado *Jugement sur la paix perpetuelle* (BOBBIO, 2000: 245). Na seqüência, KANT, num estilo refinado, bem trabalhado, impõe uma distância significativa em relação aos escritos anteriores sobre o projeto de paz, uma vez que faz a diferenciação entre os tratados assinados, que não passam de meros armistícios, e um tratado real de paz. Ademais, KANT dá uma pitada filosófica ao seu “projeto de paz”, circunstância que não se viam nos escritos anteriores. Desse tema, KANT novamente ocupar-se-á, num capítulo de sua *Metafísica dos costumes*, com o título de *O direito dos povos*.

“À paz perpétua” é uma obra de reflexão filosófica sobre as relações internacionais da época, um importante texto de KANT sobre filosofia política, tendo sido editada em 1795. Em 1796, publicou-se a 2ª edição, com um suplemento denominado “artigo secreto”, que será tratado ao final deste texto.

O objetivo da obra kantiana foi o de trazer uma meta, meta a ser atingida por meio do respeito e do exercício dos princípios e normas estabelecidas nesse fictício tratado de paz.

O adjetivo “perpétua”, por isso mesmo, tem por objetivo diferenciar o tratado em questão, dos tratados de paz habitualmente firmados, que não passam de meros armistícios, cuidando de regular a melhor forma jurídica para a cessação das hostilidades entre os inimigos (BITTAR, 2001: 505).

KANT não é um revolucionário no sentido vulgar do termo, para o qual todos os meios são válidos para atingir um fim. Ele aponta o direito como mecanismo propiciador da mudança. Pode-se afirmar que KANT é um revolucionário jurídico.

Por isso, na concepção kantiana, a transformação do estado de guerra, nas relações internacionais em um estado de paz, dar-se-á por meio do direito, entendido como disciplina da convivência humana (BITTAR, 2001: 509). A guerra, como violência, é um estado de antidireito.

O direito assume em KANT uma dignidade total. O direito “não se pede”, diz ele, mas exige-se. Essa exigibilidade não decorre, porém, da coação que o resguarda, mas do dever, ou seja, da obrigação que o outro assume (SALGADO 1985: 323).

A proposta kantiana de uma ordem internacional não violenta deve ser enquadrada no sentido da necessidade de se estruturar um pacifismo jurídico, baseado no seu ideal de liberdade.

Como atitude inicial para obtenção da paz, KANT elenca seis obrigações negativas – de não fazer –, estabelecendo as condições necessárias para que sejam eliminadas as principais razões de guerra entre os estados.

Assim, antes de esclarecer as ações positivas – os três artigos definidos, nos quais são explícitas as condições necessárias para o estabelecimento de uma paz duradoura –, KANT tem o cuidado de interditar as ações que poderiam colocar em risco uma situação de paz ou dificultar o término de uma guerra.

Segundo BOBBIO, a teoria da paz perpétua no pensamento de KANT está fundamentada em quatro pontos principais:

1) os estados, nas suas relações externas, vivem ainda num *estado não-jurídico*;

2) o estado de natureza é um *estado de guerra* e, portanto, um *estado injusto*;

3) “sendo este estado injusto, os estados têm o dever de sair dele e fundar uma *federação de estados*, segundo a idéia de um contrato social originário, ou seja, “uma união dos povos por meio da qual eles sejam obrigados a não se intrometer nos problemas internos uns dos outros, mas a proteger-se contra os assaltos de um inimigo externo”;

4) essa federação não institui um poder soberano, ou seja, não dá origem a um Estado acima dos outros estados, ou *superestado*, mas assume a figura de uma *associação*, na qual os componentes permanecem num nível de colaboração entre iguais (*societas aequalium*), como se dos dois contratos que, segundo a doutrina tradicional do jusnaturalismo, eram necessários para a formação do Estado – o *pactum societas* e o *pactum subiectionis* –, tivesse que ser efetivado, para resolver os conflitos entre os estados, somente o primeiro e de forma alguma o segundo” (BOBBIO, 2000: 254).

Veremos abaixo os artigos preliminares:

1) *Não se deve considerar como válido nenhum tratado de paz que se tenha celebrado com a reserva secreta sobre alguma causa de guerra futura* – Nesse primeiro artigo, KANT faz a diferença entre um mero armistício e um verdadeiro tratado de paz, cuja diferença

está em que, naquele, se visa apenas por fim às hostilidades bélicas, sem uma análise prospectiva que leve em consideração a necessidade de por fim a tensões latentes que poderiam conduzir a guerras futuras. Pode-se acrescentar que, para KANT:

...um tratado de paz não deve conter nem o pedido de ressarcimento das despesas de guerra, porque nesse caso o Estado vencedor se arvoraria em Juiz em causa própria, nem retirar dos súditos do país conquistado a liberdade, pois esse é um direito natural dos indivíduos e dos povos” (BOBBIO, 2000: 256).

2) *Nenhum Estado independente (grande ou pequeno) poderá ser adquirido por outro mediante herança, permuta, compra ou doação* – KANT combate, nesse artigo, a teoria do Estado patrimonial, cuja idéia central é a de que o Estado, ou seja, o território do Estado, seria considerado propriedade do príncipe, que poderia dele dispor. Os Estados não devem ser vistos como uma propriedade a ser adquirida.

3) *Os exércitos permanentes devem desaparecer totalmente com o tempo* – Como sempre, o problema da paz caminha passo a passo com o problema do desarmamento. Para KANT, há razões de ordem utilitária e moral para o cumprimento deste artigo. Primeiro porque deve ser considerada a despesa excessiva com a manutenção dos exércitos. Ao depois, o soldado de um exército permanente acaba tornando-se um mero instrumento de fins iníquos, sendo degradado em sua dignidade pessoal:

pôr-se a soldo para matar ou ser morto parece implicar um uso dos homens como simples máquinas e instrumentos na mão de outrem (do Estado), uso que não se pode harmonizar bem com o direito da humanidade na nossa própria pessoa. (KANT, 1995: 122).

4) *Não deve ser feita nenhuma dívida pública em relação a conflitos exteriores do Estado* – KANT refere-se, neste artigo, ao siste-

ma de dívidas públicas, introduzido pela primeira vez na Inglaterra, por Guilherme III, e quer evitar o perigo do aumento indefinido da dívida pública externa, que leva um Estado a sobrepor sobre outro, gerando uma guerra de invasão ao Estado devedor, como maneira de recebimento da dívida.

5) *Nenhum Estado deve imiscuir-se pela força na Constituição e no Governo de outro* – esse artigo está ligado ao segundo artigo definitivo, que traz referência à criação de uma Federação de Estados Livres. Mas, neste artigo, KANT repete o princípio consagrado no direito internacional, da não intervenção, segundo o qual nenhum Estado pode interferir nos assuntos e negócios internos ou externos de outro Estado, salvo quando diz respeito a negócios relacionados entre dois Estados, previstos em tratado que os vincule. A idéia é a preservação da autonomia de cada Estado. A intervenção pela força é, enfaticamente, não recomendada. Há um caso que KANT admite o direito de intervenção. É aquele no qual um Estado foi dilacerado pela guerra civil. Mas, nessa hipótese, KANT comenta que a situação passou a ser de *anarquia*, e a anarquia já não é mais um Estado, pelo contrário, é justamente a ausência de qualquer forma de Estado (KANT, 1989: 29).

6º) *Nenhum Estado em guerra com outro deve permitir que tais hostilidades tornem impossível a confiança mútua na paz futura, como o emprego de assassinos, envenenadores, quebraimento de capitulação, indução à traição, etc.* Neste último, KANT antecipa, de certo modo, a criação do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Além de que a idéia é resumir as hostilidades e atrocidades nos campos de batalha, com um comportamento minimamente ético. Se é que se pode falar em ética em termos de guerra bélica, que parece apresentar uma contradição em seus próprios termos. KANT apresenta ainda outras razões utilitárias e morais. Moralmente, tais atos são reprováveis, porque poderiam levar a uma guerra de extermínio, que é uma forma ilícita de guerra. KANT também considera ilícita a guerra de punição, porque a punição somente é possível entre um superior e um inferior, uma vez que todos os Estados são iguais. Há também objeção moral à guerra da conquista, porque a liberdade de um povo tem como efeito o aniquilamento moral do Estado (BOBBIO, 2000: 258).

A guerra justa é somente aquela que um Estado empreende para se defender de um inimigo injusto. E inimigo injusto, segundo KANT, é aquele cuja vontade publicamente manifestada trai uma máxima que, se elevada à condição de regra universal, impossibilitaria qualquer estado de paz entre os povos e perpetuaria o estado de natureza. (KANT, Metafísica, 1993: 199). O sentido utilitarista estaria em que os meios utilizados nesse artigo, introduzidos no estado de guerra, dificilmente poderão ser abolidos no estado de paz, e acabam envenenando perpetuamente as relações entre os Estados.

Já os artigos definitivos relacionam-se à forma de que o Direito, enquanto disciplina da convivência humana, deve assumir a direção à paz perpétua. Para KANT, “O estado de paz entre os homens que vivem lado a lado não é um estado de natureza (*status naturalis*), que antes é um estado de guerra” (KANT, 1989: 32), mas deve ser *instituído* para conduzir à cessação das hostilidades. Segundo ele, a unidade política por excelência, é o Estado, definido com um poder soberano fundado num contrato originário que o institui como poder supremo.

Esses artigos definitivos são:

1º) *A Constituição civil em cada Estado deve ser republicana* – Para KANT, a república é a melhor forma de governo, tanto no que diz respeito às relações entre os Estados quanto no que se refere às relações entre os cidadãos. Em BODIN, há diferença entre forma de Estado – que é sempre uma, e forma de governo – no que concerne ao uso do poder. Em KANT, as formas de um Estado podem ser distinguidas segundo quem detém o poder de Estado supremo – *forma imperii*, e segundo a forma de governo – *forma regiminis*, que se refere a como o Estado faz uso de sua plenitude de poder, podendo ser *despótica*, em que há execução autocrática do Estado por leis que ele mesmo deu. E como escreve KANT, de maneira provocadora, a democracia rousseauiana é necessariamente despótica (1989: 36) – ou *republicana*, em que há separação de poderes entre executivo e legislativo. Neste sentido, aparece em KANT um elemento fundamental: a representatividade. “Toda forma de governo que não é *representativa*”, diz KANT, é propriamente uma *não-forma* (1989: 36). Ele objetiva, com racionalidade, cindir o excesso do exercício do poder.

A república garante, melhor do que qualquer outra forma, internamente, a liberdade e, externamente, a paz. Com efeito, a causa principal das guerras é o arbítrio do príncipe, e assim, o problema da paz pode ser resolvido somente por meio das transformações dos estados absolutos em estados com soberania popular. Por outro tanto, BOBBIO salienta que:

O pacifismo democrático é um pacifismo político, porque vê a causa principal das guerras e, portanto, conhece o remédio para a paz, principalmente numa transformação política. Existem outras formas de pacifismo: um pacifismo *econômico* (que foi sustentado pelos partidários do comércio livre do século passado, como Cobden), segundo o qual as guerras dependem da política econômica dos estados, e, portanto, o caminho rumo à paz passa através da transformação da política do mercantilismo para o do comércio livre; um pacifismo *social* (defendido pelos socialistas da Segunda Internacional), segundo o qual a causa principal das guerras é a divisão da sociedade em classes, e a paz pode ser conseguida somente através de uma revolução social que venha a abolir as classes; um pacífico *jurídico* (sustentado hoje pelos federalistas europeus e mundiais), segundo o qual a causa principal das guerras e a estrutura jurídica dos estados detentores da soberania absoluta e muito ciosos dela. Nesse caso, a paz é alcançável somente através da limitação jurídica da soberania, que só pode existir num sistema federal de Estado. Acima de todas essas formas de pacifismo, existe o chamado pacifismo *moral*, segundo o qual as guerras dependem exclusivamente da maldade dos homens e a paz não poderá ser o resultado senão de uma reforma geral dos costumes. (BOBBIO, 2000: 260).

2º) *O direito internacional deve ser fundado sobre um federalismo de Estados livres* – Note-se, nesta passagem, o pacifismo político de KANT desembocar no pacifismo jurídico. Assim, não é suficiente

que os estados se tornem republicanos. A república é uma condição necessária, mas não suficiente para a paz perpétua. É preciso que as repúblicas, assim constituídas, dêem origem a uma federação. Essa federação não deve ser entendida como um *superestado*, que, como lógica, contradiz com o princípio da igualdade dos Estados. Também deve se distinguir de um puro e simples tratado de paz, porque, como já referido, este se propõe a pôr fim a uma guerra, apenas, enquanto o que se propõe é pôr fim a todas as guerras, indistintamente, e para sempre (KANT, 1989: 41).

Nesse caminho, há sempre alguns obstáculos que KANT, com sua arguta argumentação, vai superando e rompendo barreiras. Objetar-se-ia contra a criação desse *direito internacional*, o princípio da soberania dos Estados, que não reconheceriam nenhum poder acima de si. Assim, um direito entre nações estaria fadado ao insucesso. Mas KANT mostra que, se não há nada acima, há contudo, ao lado. Desta maneira, o reconhecimento do outro Estado vem tanto da exaustão que as guerras causam quanto da razão que pugna pela criação de relações pacíficas entre os povos. A criação de uma liga de povos, não um *superestado* ou um *supra-Estado*, que mediaría as relações entre eles, seria o ponto de equilíbrio. Neste ponto, pode-se ver a experiência do início do século XX, na criação de uma liga das nações. Ele dá a noção exata de serventia dessa liga de paz (*foedus pacificum*):

Esta liga não visa a nenhuma aquisição de alguma potência de Estado, mas meramente à conservação e à garantia da *liberdade* de um Estado para si mesmo e ao mesmo tempo para outros Estados aliados, sem que estes, porém, por isso, possam ser submetidos (como homens no estado de natureza) a leis públicas e a uma coerção sob as mesmas. (KANT, 1989: 41).

3º) *O direito cosmopolita deve ser limitado às condições da hospitalidade universal*. Enquanto o direito internacional regula as relações entre os Estados e o direito interno regula as relações entre o Estado e seus próprios cidadãos, o direito cosmopolita regula as relações entre um Estado e os cidadãos dos outros Estados, ou seja, os estrangeiros.

Para KANT, sendo a Terra redonda, os homens estão fadados ao encontro:

Esta idéia racional de uma comunidade *pacífica* perpétua de todos os povos da Terra (mesmo quando não sejam amigos), entre os quais podem ser estabelecidas relações, não é um princípio filantrópico (moral), mas um princípio de *direito*. A natureza encerrou todos os homens juntos, por meio da forma redonda que deu ao seu domínio comum (*globus terraqueus*), num espaço determinado (1993: 201).

Em virtude da posse comum e originária de toda a superfície da terra pelo homem, KANT justifica o direito que cabe a todos os homens de entrar em sociedade com seus semelhantes:

Não há nenhum *direito de hospitalidade* que este possa reivindicar (para o que seria requerido um contrato caritativo particular para fazê-lo hóspede durante certo tempo), mas um *direito de visita*, que compete a todos os homens de oferecer-se à sociedade em virtude do direito da posse comunitária da superfície da Terra, sobre a qual, enquanto esférica, não podem dispersar-se ao infinito, mas têm finalmente de tolerar-se uns aos outros; originariamente, porém, ninguém tem mais direito de estar num lugar da Terra. Partes inabitáveis dessa superfície, o mar e os desertos de areia, separam essa comunidade, mas de tal forma que o *navio* ou o *camelo* (o navio do deserto) tornam possível aproximar-se uns dos outros nessas regiões sem dono e utilizar o direito da *superfície*, que compete ao gênero humano comunitariamente, para um comércio possível (KANT, 1989: 43).

Mas a máxima fundamental do direito cosmopolítico (*jus cosmopoliticum*) está em que um estrangeiro que vai ao território de um outro Estado não deve ser tratado com hostilidade, salvo se cometa atos

hostis contra o Estado em que está hospedado. Portanto, há um limite para essa hospitalidade *universal*:

Dizendo que não é possível ir além das condições de uma hospitalidade universal, quer dizer que aquele que é hóspede de um Estado estrangeiro não pode aproveitar-se dessa posição para desagregar o Estado ou para ameaçar sua existência. (BOBBIO 2000: 262).

Repare que KANT detalha os três artigos definidos numa correspondência à forma e dimensão que o Direito deve apresentar para a instituição da paz perpétua:

Toda constituição jurídica é, porém, no que concerne às pessoas que estão sob ela:

- 1) a constituição segundo o *direito civil de Estado* dos homens em um povo (*ius civitatis*),
- 2) segundo o *direito dos gentes* dos Estados em relação uns com os outros (*ius gentium*),
- 3) segundo o *direito cosmopolita*, enquanto homens e Estados que estão em relação exterior de influência mútua têm de ser considerados como cidadãos de um Estado dos homens universal (*ius cosmopoliticum*). Esta divisão não é arbitrária, mas necessária em relação à idéia de paz perpétua. Pois somente um destes, na relação da influência física sobre o outro, estivesse, contudo, no estado de natureza, então estaria ligado a ele o estado de guerra, tornar-se liberto do qual é justamente a intenção aqui (KANT, 1989: 33).

Assim, desta maneira, temos o Direito Interno, o Direito Internacional e o Direito Cosmopolítico:

1. o Direito Interno de um Estado deve ser da forma republicana, pois isto dificultaria uma declaração de guerra, já que numa República a vontade pública prevalece sobre a vontade do soberano e, neste caso, a

declaração de guerra estaria condicionada à aprovação da vontade pública, o que seria um dos fatos complicador para a declaração da guerra;

2. o Direito Internacional deve ser baseado numa federação de Estados Livres. Esta federação não corresponde ao formato federativo de um Estado Nacional, a idéia é um pacto federativo entre os diversos Estados Nacionais que mantêm sua soberania, mas que estão vinculados por um objetivo comum, qual seja, a manutenção da paz;

3. o Direito Cosmopolítico deve limitar-se ao Direito à Hospitalidade Universal. O que compreende, de um lado, o direito de todo estrangeiro, que se encontra num Estado do qual não é nacional, não ser tratado hostilmente. E, de outro, o dever de todo Estado não usurpar da hospitalidade que lhe é oferecida pela população de um determinado Estado ou território e transformar o seu direito de visita num violento ato de conquista" (BITTAR, 2001: 509).

Essas três dimensões do direito devem ser vistas de maneira interdependente, inseparável, com grau de complementaridade, uma interpenetrando na outra. O pacto federativo constante do art. 2º é base jurídica plena para a constituição de um novo *status* nas relações internacionais, enquanto o art. 1º e 3º fazem seu alicerce.

Para KANT, a política deve adequar-se ao direito e não o contrário (SALGADO 1995: 325).

No texto de KANT, há ainda, um artigo final, intitulado "artigo secreto", que só saiu na 2ª edição da obra, em 1796.

Nesse *artigo secreto*, que KANT propõe como sendo artigo único, traz a seguinte mensagem: "as máximas dos filósofos sobre as condições da possibilidade da paz pública devem ser consultadas pelos Estados equipados para a guerra" (KANT, 1989: 56).

Neste sentimento, KANT deixa evidente que os filósofos, ou seja, os homens de cultura, os intelectuais, têm sempre algo a dizer àqueles que detêm, nas mãos, o destino dos homens. Que os políticos formem os políticos e deixem aos filósofos a liberdade de formar os filósofos, e que estes não se encastelem, mas passem aos políticos os seus ensinamentos derivados de uma crítica desapassionada da razão.

A parte final deste artigo retrata bem o propósito pelo qual foi escrito:

Não é de se esperar que reis filosofem ou filósofos tornem-se reis, mas também não é de desejar, porque a posse do poder inevitavelmente corrompe o livre julgamento da razão. Porém que reis ou povos reais (que governam a si mesmos segundo leis de igualdade) não mingüem ou emudeçam a classe dos filósofos, mas deixem falar publicamente, é a ambos indispensável para iluminar sua ocupação, porque essa classe é capaz, segundo sua natureza, de ajuntamentos e alianças de clubes, insuspeitos de uma *propaganda* por meio de boato. (KANT, 1989: 57).

A obra de KANT não foi encomendada por nenhum rei ou príncipe. KANT fez um trabalho de sabedoria para esclarecer um assunto pertinente àqueles que detêm o poder e não estão habituados ao exercício da filosofia e ao cultivo da sabedoria.

Como salienta BOBBIO (2000: 263), que os estadistas se empenhem em ouvir as máximas dos filósofos (diríamos de maneira mais geral, os homens de cultura e os intelectuais), demonstrando, com isso, que a razão humana está acima do Estado.

Os *filósofos* têm algo a dizer aos detentores do poder e sobre os destinos dos homens.

Assim, a paz kantiana não deve ser vista como uma mera ausência de guerra, mas com um sentido positivo; na eliminação da violência; não só impedindo o emprego da força, mas realizando as condições reais de uma coexistência sem tensão entre os grupos e entre os povos.

A obra de KANT, aqui comentada, embora pequena em sua forma, é de dimensões faraônicas, pois permite uma reflexão que transcende ao sentimento individual do ser humano, mas não ao da própria humanidade. O bem supremo do indivíduo não é o mesmo da espécie humana. O indivíduo morre, a humanidade não. Ao indivíduo só resta o ideal do bem supremo em outra vida, enquanto para a espécie humana se concede a possibilidade de o realizar neste mundo (SALGADO 1995: 323).

Justiça, liberdade, igualdade e paz, ao indivíduo que age moralmente, são ideais que ancoram no postulado da imortalidade da alma, en-

quanto o homem, como espécie, busca realizar aqueles conceitos a todos, na própria convivência terrena.

Segundo KANT, o direito aparece como uma forma de balizamento, para uma exigência da sociedade livre dos homens. Com efeito, não há leis perfeitas, nem indivíduos que por elas se tornem bons. Aliás, para o direito não há a necessidade de homens santos. O que se exige dos homens é apenas o uso de sua racionalidade.

O bem supremo aparece, pois, no momento da constituição política perfeita que garante à espécie humana a paz perpétua sobre a terra, o que se conseguirá na medida em que a constituição (e toda legislação) encontre o seu fundamento na razão. Que posso esperar enquanto membro da sociedade humana? A resposta é a paz perpétua como o reino de realização da justiça, nas nações e entre as nações, cuja idéia central é a liberdade. Esta é o primeiro e mais importante *sum* que a cada um deve ser reconhecido. Esse *sum* é antes de tudo a autonomia pela qual cada cidadão (ou cada indivíduo na medida em que se torna cidadão) é co-autor de uma legislação universal, que por sua vez tem como fim precípua realizar essa mesma liberdade, que só se alcança propriamente na paz perpétua (não só dentro da fronteira, mas entre todos os povos como superação do estado de guerra, em convívio independente) e que se consolida não apenas pelo dever de amor, mas por um dever maior e incondicional, o respeito pelos direitos dos homens. Paz perpétua não se funda na compaixão ou na caridade entre os indivíduos, mas numa constante relação de direito, em que não haja espoliação nem a violência entre os homens, mas um comportamento de “pessoas livres e iguais (SALGADO 1985: 322).

É, pois, na perpetuação da paz, com a eliminação da violência e com a ausência de guerras, que a humanidade adquire o ápice de sua moralidade e atinge a felicidade de maneira mais intensa.

Que não só aqueles que detêm os destinos de um povo em suas mãos, mas cada um de nós, como integrantes dessa *humanidade*, pudessem espelhar e buscar esse ideal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITTAR, Eduardo C. B. e ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de Filosofia do Direito. São Paulo : Atlas, 2001.
- BOBBIO, Norberto. Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant. São Paulo : Mandarim. 3ª edição, 2000.
- KANT, Immanuel. À Paz Perpétua. São Paulo : L&PM editores S/A, 1989.
- _____. À Paz Perpétua e outros opúsculos. Lisboa : Edições 70, 1995.
- _____. Doutrina do Direito. São Paulo : Ícone Editora, 2ª edição. 1993.
- _____. Fundamentação da metafísica dos costumes. Lisboa : Edições 70.2001.
- _____. Crítica da razão pura. São Paulo : Martin Claret.2002.
- SALGADO, Joaquim Carlos. A idéia de Justiça em KANT. Seu fundamento na liberdade e na igualdade. Belo Horizonte : Editora UFMG, 2ª edição, 1995.

REFORMA DO JUDICIÁRIO

Bernardo Cabral

Senador da República

Presidente do Conselho Federal da O.A.B (1981/83)

*Relator-Geral da Constituinte (1987/88) Ministro da Justiça
(1990) e Presidente da Comissão de Constituição Justiça e
Cidadania Do Senado Federal (1997/98 e (2001/02)*

A REFORMA DO JUDICIÁRIO

Bernardo Cabral

Como relator da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) que introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário, tenho debruçado-me exaustivamente sobre a matéria à busca de soluções que tornem nossa justiça célere, eficiente e eficaz, atendendo aos reclamos do Judiciário e dos Jurisdicionados. Como Relator-Geral do projeto que resultou na Constituição de 1988, tive êxito em restabelecer a majestade da Justiça no texto constitucional. Sinto não ter conseguido introduzir outras modificações que já considerava necessárias na ocasião.

A PEC, ora em tramitação no Congresso Nacional, foi apresentada à Câmara dos Deputados pelo ex-parlamentar Hélio Bicudo, em 1992, e, desde então, vem recebendo sugestões as mais variadas. Creio ser este o momento de aprová-la com transformações que aprimorem a justiça brasileira.

Muitas foram as causas que levaram o Poder Judiciário à situação caótica em que se encontra. Algumas de natureza estrutural, como a constitucionalização de novos temas, decorrente da tendência do constituinte por um modelo analítico para a Constituição ou a queda de qualidade do Direito Federal, verificada pelo número inesgotável de Medidas Provisórias e pela claras deficiências do processo legislativo. O fato é que o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores assistiram à multiplicação de processos abrangendo novos assuntos, idênticos no pedido e no fundamento, sem que dispusessem das ferramentas indispensáveis para impedir essa inócua proliferação de causas processuais.

Por outro lado, recursos são usados sem nenhuma cerimônia pelas partes, principalmente pelos órgãos federais, e acabam transformando o duplo grau de jurisdição em um quádruplo grau. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça reexaminam, centenas e centenas de vezes, teses jurídicas constitucionais e infraconstitucionais, já decididas pela unanimidade de seus membros.

Outros aspectos preocupam os legisladores: o despreparo técnico dos juizes, as deficiências na elaboração de normas jurídicas, o desparelhamento do Judiciário, a prática de um sistema abusivo e irracional de recursos e excessivo apego ao formalismo. Causas estruturais, funcionais, individuais, operacionais, conjunturais e orgânicas complicam o funcionamento do judiciário.

Causas estas que precisam ser eliminadas, a fim de que possamos atingir os objetivos propostos. É de se considerar também o número excessivo de faculdades de Direito e a queda na qualidade do ensino jurídico, que produz uma geração de bacharéis despreparados. Tanto assim que nos concursos públicos para Magistratura, vagas oferecidas permanecem vacantes.

Uma das causas da morosidade da justiça é o número insuficientes de juizes. No Brasil, temos um juiz para cada 30 mil habitantes, enquanto na Alemanha essa relação é de um juiz para cada 3.863 habitantes. Além do mais, cerca de 30% dos cargos de juiz não estão providos e aproximadamente 26% das 35 Varas Federais, recentemente criadas, estão vagas.

Os números projetados para o Judiciário são assustadores: quatro milhões de processo por ano; no Supremo Tribunal Federal, 60 mil em 1999, e no Superior Tribunal de Justiça, 128 mil. Há varas federais onde tramitam mais de 10 mil processos por juiz. O mais inquietante é que no Supremo Tribunal Federal, por exemplo, entre outubro de 1988 e março de 1995, 68,32% dos acórdãos versaram sobre as mesmas matérias e 90% dessas reapreciações foram provocadas pelo Governo Federal e pelo Governo do Estado de São Paulo.

Outro fator de preocupação assenta nas prerrogativas e privilégios das entidades estatais, cujos prazos para contestar e apelar são excessivos. Essa situação permite abusos processuais de toda sorte praticados pela advocacia pública, com a única finalidade de postergar o cumprimento de decisões, mas contribuindo para falência do Poder Judiciário.

A PEC em exame adita, em seu art. 1º, um inciso ao rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição com a finalidade de garantir ao jurisdicionado celeridade na tramitação dos processos. Esse dispositivo, apesar de ter característica dúplice de direito e de garantia, so-

mado a normas adiante adotadas, como a súmula vinculante, a admissão de reclamação e a proibição constitucionalizada do uso de determinadas veredas judiciais, pode tornar mais efetiva a Justiça.

Ao art. 5º é acrescentado, também, um parágrafo para permitir que tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos sejam equivalentes a emendas constitucionais, revogando a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, inclusive códigos e a legislação especial.

Em relação a vários agentes públicos, a PEC adota linha de jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu pela revogação de súmula em sentido contrário, que o foro por prerrogativa de função é fixado pelo exercício do cargo, enquanto assim permanecer. Entre esses agentes estão prefeitos, os juizes estaduais e do Distrito Federal e Territórios e os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade.

Na ação direta de inconstitucionalidade interventiva, a PEC amplia a defesa dos princípios constitucionais sensíveis para a defesa, também, da efetividade da legislação federal. É de se estranhar essa atribuição ao Supremo Tribunal Federal.

Ao art. 52 foi acrescentado à competência privativa do Senado Federal o poder de processar e julgar os membros dos também por ela criados, Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público. Outra mudança importante consubstancia-se na inserção do Conselho Nacional de Justiça na estrutura do Poder Judiciário da República, hierarquicamente acima dos Tribunais Superiores. Tenho dúvidas quanto a essa alteração, pois o Conselho é um órgão administrativo, sem função judiciária, o que nos leva a meditar sobre a transformação da estrutura judiciária brasileira.

Várias são as modificações feitas no art. 93, que dispõe sobre o Estatuto Constitucional da Magistratura, entre elas, a exigência para o ingresso na carreira de no mínimo três anos de atividade jurídica. O desempenho profissional do juiz passa a ser critério para promoção por merecimento, e a produtividade, critério objetivo para essa promoção.

À decisão de negar ao juiz a promoção por antiguidade pelo Tribunal, como já ocorre, acresce a necessidade de ser tal decisão fundamentada, a fim de evitar sua alta subjetividade. O juiz que retenha autos

em seu poder, além do prazo legal, não deve ser promovido, o que nos parece complexo.

Outras alterações referem-se a vitaliciedade do juiz atrelada à frequência de cursos preparatórios de aperfeiçoamento; à permissão para o juiz residir fora da Comarca; à remoção, à disponibilidade e à aposentadoria do magistrado, por interesse público; à possibilidade de remoção a pedido e permuta de magistrados; à introdução de elemento qualificador para a tramitação em segredo de justiça, de acordo com a moderna linha de hermenêutica constitucional; à publicidade das decisões administrativas dos Tribunais; à coexistência do órgão especial com o Tribunal Pleno; à eliminação do recesso forense no primeiro e no segundo grau e à garantia de funcionamento dos Tribunais Superiores, por órgão especial de férias; à necessidade do número de juízes adequado à demanda - o que deve funcionar como princípio e não como norma; à permissão para que servidores administrativos pratiquem atos de administração e de mero expediente, sem caráter jurisdicional.

Alterações na regra do Quinto Constitucional são tratadas no art. 7º, que altera o art. 94. Fica eliminada a participação do Tribunal. São reduzidos a três os nomes da lista até então sêxtupla, elaborada, agora, pelo órgão de representação profissional, que a submete diretamente à escolha executiva. Elimina-se a interferência do Tribunal num primeiro momento, mas não a do Executivo.

A nova redação dada pelo art. 8º ao art. 95 da Constituição modifica o regime constitucional dos direitos, garantias e proibições dos juízes. O prazo de vitaliciamento do juiz passa dos atuais dois para três anos, podendo o juiz perder o cargo, durante esse período, por decisão administrativa. A possibilidade de perda do cargo na magistratura por decisão do Conselho Nacional de Justiça e do Judiciário, também é aventada. As causas que levariam a essa situação são: descumprimento de proibições erigidas à magistratura, negligência, desídia, arbitrariedade, abuso de poder e procedimento incompatível com o decoro das funções de órgão judicante.

O mesmo artigo traz a possibilidade de suspensão dos subsídios do juiz que descumpra, injustificadamente, os prazos processuais e introduz uma espécie de quarentena ao magistrado exonerado ou aposentado,

que não poderá exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual tenha sido afastado pelo prazo de três anos. Por outro dispositivo desse artigo, o Conselho Nacional de Justiça é órgão disciplinar da magistratura.

Pequenas alterações na composição dos juizados especiais entre elas a eliminação da figura do juiz leigo, contam do art. 10, que dá nova redação ao art. 98 da Constituição. Já o artigo seguinte regulamenta a formulação da proposta orçamentária do Judiciário sem amparo, porém para a fixação de um mínimo orçamentário constitucional ao Poder.

Modificações na competência do Supremo Tribunal Federal estão contidas na nova redação do art. 102, onde se amplia o foro por prerrogativa de função, enquanto durar esse exercício, para os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público. Contra a opinião de diversos juristas, as competências de homologação de sentença estrangeira e de concessão de *exequatur* às cartas rogatórias foram retiradas do Supremo Tribunal Federal e repassadas ao Superior Tribunal de Justiça. Às competências de nossa Corte, Mairo acresce, com muita propriedade, o julgamento da lei local contestada em face de lei federal, uma vez que tal assunto é matéria para contencioso constitucional e não infraconstitucional.

Importante a alteração introduzida no § 2º, que atribui efeito vinculante às decisões definitivas de mérito em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) e em Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECon). A constitucionalização do efeito vinculante para a ADIn atribui homogeneidade ao controle concentrado de constitucionalidade; aplaina a diferença na ambivalência das decisões sobre constitucionalidade; de modo abstrato, já que uma decisão em ADECon, declarando inconstitucional a lei, produz efeito vinculante, e uma decisão em ADIn, também declarando inconstitucional a lei, somente passou a produzi-lo após a edição da Lei n. 9.868/99, de constitucionalidade duvidosa. Assim, fica eliminada a possibilidade de divergência sobre a matéria constitucional nos julgados de primeiro e segundo graus e a possibilidade de recursos contra decisão harmônica do Supremo Tribunal Federal. Esse efeito vinculante abrangerá todo o Judiciário e toda a administração pública direta e indireta federal, estadual, distrital e municipal, acabando com a multiplicação de processos.

A mesma legitimação ativa tanto para a ADIn quanto para a ADECon está implícita na nova redação do art. 103 da Constituição, com a permissão, agora, de propositura destas pelo Governador e pela Câmara Legislativa do Distrito Federal, de acordo com jurisprudência já assentada do Supremo Tribunal Federal.

Implantação da súmula vinculante, surge na introdução de novo artigo, o 103-A. As discussões sobre o assunto têm sido acaloradas. A súmula vinculante constitui um instituto típico do direito anglo-saxão que se pretende adaptar ao nosso direito romanista. Somos favoráveis a sua introdução, com as cautelas de procedimento, decisão e revisão adotadas na PEC. Sua principal função será evitar a protelação em matérias jurídicas já pacificadas no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais Superiores. Se não finda com o excesso de causas sobre o mesmo assunto, pelo menos diminui o objetivo protelatório permanente das procuradorias e advocacias públicas. A protelação no andamento dos processos é um ponto de suma importância na reforma. Já houve um caso levado ao Supremo Tribunal Federal que recebeu o inacreditável número de 600 recursos.

Novo artigo introduzido, o 103-B, cria o Conselho Nacional de Justiça, órgão de controle externo do Poder Judiciário. Membros dos três níveis do Judiciário, integrantes do Ministério Público, da advocacia e dois cidadãos indicados pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal transformam o Conselho em um organismo exógeno ao Judiciário. A previsão de competências do Conselho não é exaustiva, podendo receber outras pelo Estatuto da Magistratura.

Recentemente Comissão Parlamentar de Inquérito, no Senado Federal, permitiu a coleta de dados, indícios e denúncias que provaram a necessidade de criação de um órgão que verificasse o comportamento probo, reto, eficiente e sério dos juízes. Nem todos os especialistas, entretanto, acreditam na efetividade da ação do Conselho e, de forma mais grave, o Supremo Tribunal Federal tem considerado insconstitucional a criação de Conselhos estaduais semelhantes.

O jurista Ives Gandra da Silva Martins, assim se manifestou sobre o assunto: "...é de se perguntar quem controlaria os controladores, lembrando-se que, na Itália, o controle da magistratura tem sido criticado, na Espanha, pouco aplicado, e na França, segundo pesquisa de grande

jornal, apontando como o maior culpado da péssima imagem do Judiciário naquele país”.

Há um desconhecimento de que o controle externo do Judiciário já é exercido pelo Legislativo e pelo Executivo. O Legislativo tem como órgão auxiliar o Tribunal de Contas da União (TCU) nas prestações de contas do Poder Judiciário e na fiscalização contábil. A esse poder cabe, ainda, a aprovação de projetos oriundos do Judiciário que tratem da alteração do número de cargos e funções dos membros dos Tribunais e seus servidores e a fixação dos vencimentos e da organização e divisão judiciárias.

Por seu lado, o Executivo exerce uma espécie de controle ao indicar os futuros membros do Supremo Tribunal Federal e dos demais Tribunais Superiores, cuja escolha está sujeita à aprovação do Senado Federal. Lamentavelmente, essa escolha está sujeita à aprovação do Senado Federal. Lamentavelmente, essa escolha é feita, quase sempre, atendendo a indicações políticas e invariavelmente aprovadas.

Maioria absoluta, em lugar de maioria simples, do Senado Federal para a aprovação de indicado ao cargo de Ministro do Superior Tribunal de Justiça consta da alteração do art. 104, e a nova redação do art. 105 cuida de modificações na competência desse Tribunal, algumas deslocadas do Supremo Tribunal Federal. As principais são: processo e julgamento originário de Ministros de Estados e dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, nos crimes comuns e de responsabilidade, enquanto no exercício do cargo; competência para processar e julgar, originariamente, os mandados de segurança e *data habeas* contra atos do Tribunal de Contas da União (TCU); competência para homologar sentença estrangeira e conceder *exequatur* às cartas rogatórias.

Foi, ainda, eliminada a competência para processar e julgar, em recurso especial, conflito entre lei local e lei federal. Da estrutura do Superior Tribunal de Justiça passa a fazer parte a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados.

Quanto às alterações no funcionamento e na estruturação dos Tribunais Regionais Federais, constantes da nova redação do art. 107, a intenção do legislador foi aproximar o Judiciário do jurisdicionado, com a previsão de uma justiça itinerante e de funcionamento descentralizado dos

Tribunais Regionais Federais. O art. 108, modificado, dá a esses Tribunais competência para processar e julgar os juízes federais, nos crimes comuns, enquanto no exercício do cargo.

Inovadora previsão a constante do novo art. 109, federalizando as causas relativas aos direitos humanos, por provocação do Procurador-Geral da República, tornado competente o Superior Tribunal de Justiça.

Essa norma reduz a competência do Judiciário Estadual e amplia a competência judicial federal. O certo seria, por aptidão de matéria, ser a competência do Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional Brasileira, e também, de acordo com a PEC, o fato de os tratados e acordos internacionais sobre o assunto terem o mesmo nível jurídico de emendas constitucionais.

Alterações profundas são feitas na Justiça do Trabalho e constam dos arts. 112 a 116 da Constituição. Quanto aos Tribunais Regionais do Trabalho sua composição, obedecendo a uma regra de quinto, será no mínimo de sete juízes. Está prevista a justiça itinerante de funcionamento descentralizado. Algumas matérias do art. 114 foram deslocadas para o artigo seguinte, entre elas, a supressão do poder normativo da Justiça do Trabalho. Como a PEC diminui sensivelmente a competência desses tribunais, tem sido levantada a plausibilidade da tese de inconstitucionalidade de material que fere competência institucional do Poder Judiciário. A criação de cortes de conciliação, mediação e arbitragem, sem caráter jurisdicional, é uma tentativa de desafogar o Judiciário Trabalhista.

A alteração proposta para o Tribunal Superior Eleitoral, na nova redação do inciso II do art. 119, baseia-se na substituição da lista sêxtupla por duas listas trípticas, cuja elaboração passa a ser encargo da OAB. As modificações no art. 120 transportam para os Tribunais Regionais Eleitorais a previsão dessas listas trípticas. Na alteração do artigo seguinte, ocorre o rebaixamento da qualidade da legislação de organização da Justiça Eleitoral, de lei complementar federal a lei ordinária federal.

Com relação ao Tribunal Superior Militar, sua composição fica reduzida, à medida em que ocorram as vagas, sendo extintos os encargos que vagarem. Isso devido ao reduzido número de causas julgadas por esse Tribunal. Nova redação dada ao art. 125 fixa a competência dos juízes de direito para o processo e julgamento de causas envolvendo mili-

tares estaduais - Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar, com a ressalva da competência do Tribunal do Júri, quando há dúvidas sobre sua constitucionalidade, uma vez que parece invasiva da autonomia estadual para a matéria. Já a alteração do art. 126 determina que os conflitos fundiários sejam tratados em varas especializadas, numa evolução organizacional.

Ampliação da autonomia do Ministério Público, com a incorporação da autonomia financeira às autonomias funcional e administrativa, é tratada em parágrafos acrescidos ao art. 127. A nova redação do art. 128 permite a recondução ao cargo do Procurador-Geral da República uma única vez. Passa o prazo de vitaliciamento dos membros do Ministério Público para três anos, sendo que essa vitaliciedade pode ser perdida por decisão do Conselho Nacional do Ministério Público. Prevê a suspensão de subsídios, por descumprimento injustificado dos prazos processuais. Elimina a possibilidade de atividade político-partidária e institui uma quarentena, de três anos, para o exercício da advocacia, na área de atuação, que não especifica se geográfica ou material. Nas alterações do art. 129, a PEC aventa a possibilidade de residência do membro do Ministério Público fora da comarca de lotação e exige formação jurídica com atuação profissional na área por pelo menos três anos.

A criação do Conselho Nacional do Ministério Público, com sua composição e competências, consta do art. 130-A, onde não foi contemplado com vaga na composição do Conselho, representante do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Discute-se a inconstitucionalidade desse artigo, já apontada na Justiça Estadual, com imposição de que lei estadual crie ouvidorias do Ministério Público, o que pode ser contrário à autonomia funcional e administrativas das procuradorias estaduais e do Distrito Federal, prevista na introdução de um § 2º ao art. 132, pode ser considerada lesiva ao princípio federativo e invasiva da autonomia estadual.

Alteração na proteção constitucional do advogado foi introduzida na modificação do art. 133, conforme conteúdo da jurisprudência recente dos Tribunais, estabelecendo que essa proteção está ligada ao exercício da profissão.

Institui-se, pelo acréscimo de um parágrafo ao art. 134 da Constituição, a autonomia funcional e administrativa das Defensorias Públicas

e sua competência para a apresentação da proposta orçamentária ao Executivo. Alguns estudiosos consideram o dispositivo materialmente inconstitucional, pois invade autonomia estadual para a elaboração da lei orçamentária local.

A alteração do art. 168 introduz modificações no regulamento do repasse de duodécimos orçamentários, consolidando a autonomia financeira que a PEC atribui às Procuradorias Estaduais e do Distrito Federal e à Defensoria Pública. A previsão de repasse direto do duodécimo orçamentário deverá ser feita até o dia 20 de cada mês, e a negativa desse repasse configura crime de responsabilidade fiscal.

Pela PEC, a lei deverá criar o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas. O art. 41 extingue os Tribunais de Alçada e determina que seus membros passem a integrar os Tribunais de Justiça dos respectivos Estados, respeitadas a antiguidade e a classe de origem. Essa ordem de extinção tem sido contestada, pois, segundo especialistas, viola a autonomia estadual para estruturação do Judiciário local, sendo, portanto, materialmente inconstitucional. No caso em tela, o Congresso Nacional estará legislando, mesmo que por emenda à Constituição, sobre o Judiciário Estadual.

Está prevista, no art. 42, a instalação do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, no prazo de 180 dias a contar da promulgação da Emenda. O art. 43 transforma as Juntas de Conciliação e Julgamento em varas da Justiça do Trabalho. O art. 45 trata da possibilidade de criação de novos Tribunais Regionais do Trabalho, quando demonstrada a efetiva necessidade do órgão. Já o art. 46, medida transitória, visa a acomodar a atual composição do Superior Tribunal Militar às novas prescrições da PEC.

A previsão de criação de comissão especial mista, no âmbito do Congresso Nacional, para elaborar em 180 dias os projetos de lei necessários à regulamentação das matérias tratadas na PEC e cuidar de alterações na legislação federal, com o objetivo de tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional, está estabelecida no art. 47. A experiência, entretanto, mostra que o Congresso Nacional tende a não cumprir esses prazos.

Parece-nos que a PEC poderia determinar procedimentos, proibições, obrigações e permissões aos Juízes e Tribunais para a adoção de

procedimentos internos que facilitem o cumprimento do novo ordenamento jurídico, previsto na PEC. Esses mecanismos poderiam ser adotados pelos regimentos internos dos Tribunais, doutrinariamente havidos como leis processuais. Atribuição de efeito vinculante às atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal só produzirão efeito se confirmadas por dois terços de seus integrantes e depois de publicadas na imprensa oficial, o que determina o art. 48 da PEC.

Minhas Senhoras e meus Senhores,

Essas, em linhas gerais, são as principais modificações introduzidas pela PEC n. 29/2000, cujo parecer pretendo apresentar ainda este ano. A forma dada pela Câmara dos Deputados à proposta oferece apenas solução parcial do problema. Alguns pontos não foram enfrentados, como a súmula vinculante no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, para o contencioso da legislação federal e do Tribunal Superior do Trabalho, para matéria Trabalhista; a eliminação do inquérito policial, passando a atos hoje nele realizados à competência do Ministério Público e do Juiz Criminal de primeiro grau; o aumento do número de juízes nos Tribunais de 2º grau; a especialização dos Tribunais; a simplificação recursal, a condenação, como litigância de má-fé, do recorrente que pretenda repisar teses jurídicas já decididas no Supremo Tribunal Federal e Tribunais Superiores; o assentamento constitucional, por emenda, de princípios processuais que, revogando imediatamente a legislação processual vigente, impeçam a proliferação de agravos, embargos e incidentes que perenizem os efeitos; para a eliminação do excessivo formalismo do processo, com atribuição de maior relevância à oralidade, à instrução em audiência e ao julgamento imediato do feito, à luz do acervo probatório coligido, entre outros.

O brasileiro possui o vazo reformista, sobretudo no tocante a constituições e códigos, com a incongruência de, freqüentemente, manter equívocos e erros, mesmo quando apontados de forma reiterada e com geral concordância. Para se iniciar uma reforma é preciso que se saiba, de antemão, o que se pretende fazer. E o reformador precisa estar consciente de suas responsabilidades.

No caso da reforma do Judiciário, urgente essencial e necessária, não se deve perder de vista o bem público, pois a sociedade, os juris-

dicionados e o próprio Poder Judiciário devem ser os principais beneficiários. Se a finalidade dessa reforma é a melhoria da prestação jurisdicional, é preciso que os legisladores atentem para a independência e a harmonia entre os três Poderes da União.

Independência e harmonia dos Poderes, supremacia da Lei Maior é o que se deve ter em mente quando se fala em reforma do Poder Judiciário. Todos detentores de soberania estatal. Outra preliminar a ser considerada, no dizer de Chesterton, arguto pensador, grande conhecedor da história e das instituições humanas, é: “sempre que se pretenda reformar, que se principie por conhecer, com segurança, o que é preciso manter, conservar”.

Chegou a hora de dar um basta a comentários maldosos e até maléficos sobre o Judiciário feitos por membros dos demais poderes. É quase surrealista a atitude de certa autoridade do Executivo em remeter, como o fez recentemente, ofício ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, pedindo que os 11 Ministros da mais alta Corte do País evitem dar entrevistas em *of* e tenham cuidado quanto a críticas a órgãos governamentais.

Meus anos de vida pública, como Deputado e Senador, a relatoria do projeto que originou a Constituição vigente, minha passagem pelo Ministério da Justiça, meu mandato como Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e especialmente minha atuação na advocacia permitem-me meditar com serenidade sobre a tão decantada, mas urgente e necessária reforma do Judiciário. E mais me permitem alertar a população brasileira sobre os riscos que uma reforma aprovada de afogadilho poderá trazer ao País, inclusive com a possibilidade de arranhar o regime democrático que alcançamos com tanto sacrifício.

Com humildade, estou procurando trilhar os melhores caminhos para que o Brasil consiga ter uma Justiça moderna, ágil, eficiente, saudável para os Magistrados e para os jurisdicionados. Mesmo sendo tímida a reforma agora proposta, contamos com a melhoria da qualidade da prestação jurisdicional, especialmente na celeridade na outorga e na eficácia concreta da decisão, chegando a Justiça próximo a seu destinatário. Para evitar que a morosidade da Justiça deixe os jurisdicionados sem tutela e, com isso, possam atingir o conceito de Estado de Direito, refletindo-se

nos demais poderes da República, especialmente no Executivo, cuja ineficácia ficaria demonstrada, o Senado Federal continuará atento para que a aprovação da PEC seja feita o mais rápido possível.

Era o que tinha a dizer.

Muito obrigado.

O REGIME JURÍDICO DAS MEDIDAS URGENTES

Cândido Rangel Dinamarco

*Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça
do Estado de São Paulo*

O REGIME JURÍDICO DAS MEDIDAS URGENTES ¹

Cândido Rangel Dinamarco

§ 1º: ASPECTOS GERAIS

1. disciplina insuficiente

Com apenas um artigo e cinco parágrafos, a Reforma do Código de Processo Civil pretendeu disciplinar o instituto da tutela jurisdicional antecipada (art. 273, caput e §§ 1º a 5º), sem resolver as muitas dúvidas e questões que giram em torno dessa inovação e que até agora, seis anos depois, são causa de muita incerteza perante os tribunais do país. Sabido que ao processo e às medidas cautelares, que são irmãos gêmeos das medidas antecipatórias, o Código dedica todo um livro composto de noventa e quatro artigos e seus parágrafos (Livro III, arts. 798-889), fica evidente a disparidade de tratamentos e manifesta a necessidade de uma reconstrução sistemática do instituto pelos juízes e doutrinadores, até quando o legislador se disponha a completar seu serviço inacabado.

Das omissões em que incorreu a Reforma, as mais relevantes são as que dizem respeito: (a) à admissibilidade ou inadmissibilidade da tutela antecipada antes da instauração do processo em que a tutela definitiva será postulada; (b) à competência para essa tutela antecipada preparatória, ou antecedente; (c) à eficácia da medida concedida em caráter antecedente, limitada a trinta dias a partir da efetivação; (d) à inadmissibilidade de restauração da medida que perdeu a eficácia; (e) à possibilidade ou impossibilidade de concessão *ex officio* da tutela antecipada; (f) ao período em que a tutela antecipada pode ser concedida incidentalmente pelo juiz de primeiro grau; (g) aos efeitos dos recursos em relação à tutela antecipada; (h) à responsabilidade do beneficiário da antecipação por

1 - Conferência proferida na Faculdade de Direito Mineira da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como evento integrante do Seminário em homenagem a Lopes da Costa, aos 15 de junho de 2000. Texto revisto, ampliado e acrescido de notas pelo autor. Os tópicos ns. 21 a 26 foram acrescentados depois.

danos causados ao adversário e (i) à possibilidade de condicionar a antecipação de tutela a uma garantia a ser prestada por aquele que a pretende. Quanto à tutela cautelar, todos esses pontos estão mais ou menos esclarecidos no Código, e o trabalho maior do intérprete consiste em determinar-se em que medida o que está disposto, quanto a esta, se aplica ao sistema da tutela antecipada.

2. tutela cautelar e tutela antecipada: sérias dúvidas conceituais

O exemplo de maior impacto, trazido por Piero Calamandrei em sua obra magistral para ilustrar o poder geral de cautela conferido ao juiz, foi na realidade um caso de tutela antecipada. A história foi esta:

o proprietário de uma casa noturna de Paris havia encomendado a um pintor a decoração do salão de danças com afrescos, que representassem danças de sátiros e ninfas, e o pintor, querendo aumentar o interesse pela decoração mural, resolveu dar aos personagens, que nessas coreografias apareciam em vestes superlativamente primitivas, as fisionomias, facilmente reconhecíveis, de literatos e artistas muito conhecidos naquele ambiente mundano. Na noite da inauguração, uma atriz, que fazia parte da multidão de convidados, teve a surpresa de reconhecer-se em uma das ninfas que dançavam com vestes extremamente sucintas; e, entendendo que essa representação era ofensiva ao seu decoro, deu início a um processo civil contra o proprietário do estabelecimento, com o pedido de sua condenação a eliminar aquela figura ultrajante e a reparar os danos. E pediu desde logo que, enquanto durasse o processo, fosse ordenado ao réu que cobrisse provisoriamente aquela parte do afresco que reproduzia a sua imagem em pose indecorosa.²

2 - Cfr. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, n. 17, pp. 47-48.

Essa colocação está ligada a uma das premissas mais gerais e vigorosas colocadas na obra do Mestre Fiorentino, que foi a inclusão das medidas antecipatórias de tutela entre as cautelares. Em sua classificação dos provimentos cautelares, ele incluía nessa ordem; (a) os provimentos instrutórios antecipados; (b) os provimentos destinados a assegurar a execução forçada; (c) as antecipações de provimentos decisórios, e (d) as cauções processuais.³

A terceira dessas categorias é a que suscita interesse na atualidade, quando se quer traçar uma distinção entre medidas cautelares e antecipatórias de tutela. Conceder antecipadamente à parte o gozo e fruição total ou parcial do bem a que ela está pleiteando no processo, é conceder-lhe uma medida cautelar, ou de natureza diferente? Influenciada pela lição prestigiosíssima de Calamandrei, a doutrina brasileira não se esmerava em levantar essa questão, sendo amplamente dominante a crença na natureza cautelar dessas medidas, até quando chegou a Reforma com a sua proposta de um novo conceito, ou de uma nova categoria jurídico-processual, que é a tutela antecipada.

Antes disso, debatiam-se a doutrina e a jurisprudência em temas angustiosos como o da existência ou inexistência de um direito substancial de cautela e o da tutela cautelar satisfativa. É possível, indagava-se, uma tutela cautelar que em si própria satisfizesse o direito, tornando praticamente dispensável a tutela principal a que ela estaria teoricamente ligada?

Como definir a medida urgente e liminar que concede ao pai o direito de levar consigo o filho em viagem ao exterior contra a vontade da mãe, sabendo-se que quando o processo principal chegar ao ponto de produzir o julgamento definitivo, o pai e o filho já terão ido e vindo e o benefício estará consumado? E o caso do sujeito que obtém liminarmente um provimento mandando que o Poder Público lhe forneça uma certidão: qual a natureza dessa medida e qual utilidade terá o provimento final de mérito, a ser proferido quando o documento já tiver sido entregue, recebido, utilizado? Que significado poderia ter a sentença que afinal julgasse improcedente a pretensão daquele autor?

3 - Op. cit., cap. II, nn. 12-17, pp. 29 ss.

A chegada do novo art. 273 à ordem jurídica brasileira resolveu em parte essas dúvidas, especialmente pelo aspecto conceitual. Temos agora a consciência de que, ao lado da tutela cautelar regida pelos noventa e quatro artigos do Livro III do Código de Processo Civil, existe uma tutela antecipada de natureza diferente daquela. Mas em que consiste essa diferença? Não se tem ainda uma resposta definitiva a essa indagação, nem chegamos ainda perto de uma definição quanto a casos a serem encarados como cautela e casos que devem ser havidos como antecipação.

Nem sempre as medidas urgentes apresentam-se nitidamente definidas em seu enquadramento como medida cautelar ou como antecipação de tutela, grassando ainda muita insegurança entre os cultores brasileiros do processo civil. Acostumados a englobar entre as cautelares todas as medidas urgentes, inclusive as antecipatórias (até porque assim está no Código de Processo Civil, que foi elaborado quando não se tinha a percepção da existência dessa categoria), temos dificuldades quando nos pomos a indagar se dada medida é cautelar ou não, com a forte tendência de prosseguir superdimensionando o campo da cautelaridade.

Como se procura demonstrar a seguir, as antecipações de tutela não são instrumentais ao processo, não se destinam a outorgar-lhe a capacidade de ser justo e útil (o que constitui missão das cautelares), mas a fornecer ao sujeito aquilo mesmo que ele pretende obter ao fim, ou seja, a coisa ou situação da vida pleiteada: os alimentos provisionais são antecipações dos próprios alimentos a serem obtidos afinal; a sustação do protesto cambial é o mesmo impedimento à realização deste, imposto desde logo e sem esperar o fim do processo etc.⁴

4 - A inclusão dos alimentos provisionais entre as medidas cautelares (CPC, L. III, arts. 852-854) é fruto da falta de consciência da distinção entre cautelares e antecipatórias; o trato pretoriano da sustação de protesto como medida cautelar, *idem*.

3. o tempo inimigo e os males do retardamento

Bem analisado o Código de Processo Civil e submetido seu novo art. 273 a uma interpretação sistemática no contexto da disciplina das medidas urgentes, não é tão importante a busca dessas distinções. A realidade sobre as quais todos esses dispositivos opera é o tempo como fator de corrosão dos direitos, à qual se associa o empenho em oferecer meios de combate à força corrosiva do tempo inimigo, de que falava Francesco Carnelutti.

Quando compreendermos que tanto as medidas cautelares como as antecipações de tutela se inserem nesse contexto de neutralização dos males do decurso do tempo antes que os direitos hajam sido reconhecidos e satisfeitos, teremos encontrado a chave para as nossas dúvidas conceituais e o caminho que podem conduzir à solução dos problemas práticos associados a elas.

Il valore, que il tempo ha nel processo, è immenso e, in gran parte, sconosciuto. Non sarebbe azzardato paragonare il tempo a un nemico, contro il quale il giudice lotta senza posa (Carnelutti).⁵ Desencadear medidas contra esse inimigo é um modo de cumprir o compromisso, solenemente assumido pelo Estado Brasileiro ao aderir ao Pacto de San José da Costa Rica, de oferecer aos litigantes uma tutela jurisdicional em prazo razoável. “Toda pessoa tem o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei...” (art. 8º, n. 1).

Por outro aspecto, também já se ensinou superiormente que *la necessità di servirsi del processo per ottenere ragione non deve tornar a danno di chi ha la ragione* (Chioven-da)⁶ - o que também conduz à necessidade de oferecer re-

5 - Cfr. Diritto e processo, n. 232, esp. p. 354.

6 - Cfr. Istituzioni di diritto processuale civile, I, n. 34, esp. p. 147.

médios contra os males do tempo, porque o decurso deste poderia trazer danos ao litigante que, embora tenha o direito ao bem que pretende, de outro modo acabaria ficando sem a possibilidade de obtê-lo ou de fruir utilmente o bem que viesse a obter.

Por mais de um modo o decurso do tempo pode ser nocivo. A primeira hipótese é a do processo que chega ao fim e o provimento de mérito é emitido, quando o mal temido já está consumado e nada mais se pode fazer; isso se dá, p.ex., se o juiz concede um mandado de segurança para que o impetrante possa participar de um concurso público, fazendo-o, no entanto, depois do concurso já realizado. O segundo grupo de situações é representado pela tutela jurisdicional demorada que chega depois de uma espera além do razoável e muito sofrimento do titular de direitos - p.ex., no caso do titular do direito a alimentos, que permanecesse anos a fio esperando a tutela jurisdicional, recebendo-a somente depois de muito tempo de injustas privações. O terceiro caso é o do processo que deixa de dispor dos meios externos indispensáveis para sua correta realização ou para o exercício útil da jurisdição - o que sucede se vem a falecer a testemunha que poderia trazer informes úteis ao bom julgamento da causa ou se desaparece o bem que poderia ser penhorado para a futura satisfação do credor.

No primeiro caso, o processo não terá produzido tutela jurisdicional alguma, porque sem a efetiva oferta do bem a que o sujeito tem direito não se pode falar em verdadeira tutela jurisdicional; no segundo, a tutela jurisdicional realiza-se mas não é tempestiva, sendo ilegítimo e injusto sujeitar o titular de direito a tanta espera; No terceiro, ter-se-á um processo incapaz de oferecer a tutela justa ao sujeito que tiver razão, porque uma instrução sem o concurso da testemunha pode conduzir a resultados injustos e a execução sem a penhora do bem nada produzirá.

Essa colocação apóia-se no trinômio: adequação tempestividade efetividade, que, como vem pregando Kazuo Watana-be, há de presidir o sistema de tutela jurisdicional nos tempos modernos.

4. males aos sujeitos e males ao processo

Esse isolamento de situações em que o tempo pode causar danos permite perceber que há casos em que os danos causados pelo tempo vão diretamente ao sujeito de direitos, impedindo-o de receber o bem a que tem direito ou privando-o do bem por tempo superior ao razoável, ao lado de casos em que o mal é causado diretamente ao processo e só indiretamente atinge o sujeito. Aqui é muito oportuna a invocação dos reclamos doutrinários modernos por um processo justo (Augusto Mario Morello) ou por um processo justo e équo (Luigi Paolo Comoglio), os quais remontam à cláusula *due process of law* e aos valores que essa garantia constitucional visa a preservar.

Processo justo é aquele que se realiza segundo os ditames da lei e dos princípios éticos que lhe estão à base, sabido que, sem a observância desses referenciais, fica perigosamente comprometida a probabilidade de que o exercício da jurisdição venha a produzir resultados úteis e justos - sendo intuitivo que o processo deixa de ser justo e équo, quando realizado sem a utilização dos meios exteriores dos quais depende para produzir resultados úteis e justos.

Ora, no momento em que o processo se desfalca de meios dos quais poderia dispor para o correto exercício da jurisdição (fontes de prova, bens a pôr sob constrição), sua aptidão a produzir resultados corretos se reduz e, conseqüentemente, ele deixa de ser um processo justo e équo.

Quando um bem é penhorado, o exeqüente não está ainda, automática e imediatamente, recebendo uma tutela jurisdiccional. A penhora limita-se a pôr o bem à disposição do juízo, para futura alienação e obtenção do dinheiro, sabendo-se que a consumação da tutela só ocorrerá no momento em que este vier a ser entregue ao credor; por isso, nos casos em que o bem penhorável desaparecer ou vier a ser destruído, é o processo quem sofre diretamente um mal e não o sujeito. *Mutatis mutandis*, é também o processo que fica lesado quando uma testemunha útil não mais pode comparecer, porque o comparecimento e os informes que ela poderia trazer

não são ainda uma tutela ao litigante, mas mera abertura para a possível produção de resultados justos.

A visão clara dessas situações lesivas ao processo, sem atingirem diretamente os sujeitos, encaminha com segurança à correta distinção entre medidas úteis a proteger o processo contra os males do tempo e medidas destinadas a resguardar pessoas contra esses males.

5. duas espécies do mesmo gênero – elementos comuns

Como venho sustentando, são cautelares as medidas com que a ordem jurídica visa a evitar que o passar do tempo prive o processo de algum meio exterior que poderia ser útil para correto exercício da jurisdição e conseqüente produção, no futuro, de resultados úteis e justos; e são antecipações de tutela aquelas que vão diretamente à vida das pessoas e, ainda pendente o processo, oferecem a algum dos sujeitos em litígio o próprio bem pelo qual ele pugna ou algum benefício que a obtenção do bem poderá proporcionar-lhe. As primeiras são medidas de apoio ao processo e as segundas, às pessoas.

Ouvir desde logo a testemunha mediante o procedimento da produção antecipada de prova, ou pôr o bem sob constrição judicial mediante o arresto cautelar, não significa que a parte interessada já fique desde logo satisfeita em sua pretensão ao bem da vida em disputa no processo, porque: (a) a testemunha somente esclarecerá ao juiz, cuja decisão virá depois. e (b) o arresto não põe o bem à disposição do credor, mas do juízo. Nenhuma dessas medidas é apta a produzir o menor grau de satisfação, como as antecipatórias. Elas são cautelares. Diferentemente, entregar o bem ao autor mediante um interdito possessório ou mandar que a comissão de concurso admita o candidato a realizar a prova enquanto a sentença final não vem, é oferecer provisoriamente a esses sujeitos uma situação favorável e benéfica em relação a algum bem a que talvez tenha direito. Essas medidas são antecipatórias de tutela.

É inegável, todavia, que tanto as cautelares quanto as antecipatórias convergem ao objetivo de evitar que o tempo corroa direitos e acabe por lesar alguma pessoa: mesmo sem oferecer diretamente ao litigante a fruição do bem ou de algum benefício que essa fruição poderia trazer-lhe, a tutela cautelar evita que o processo se encaminhe para um resultado desfavorável, como aconteceria se a testemunha viesse a faltar ou o bem penhorável a ser destruído. Daí a legitimidade da recondução dessas duas ordens de medidas a um gênero só, que as engloba, ou a uma categoria próxima, que é a das medidas de urgência.

E à moderna ciência processual, que é avessa a conceitualismos e se preocupa primordialmente com os resultados do processo e do exercício da jurisdição, muito mais relevância tem a descoberta dos elementos comuns que aquelas duas espécies apresentam, do que a metafísica busca dos fatores que as diferenciam.

Tal é a postura do Código de Processo Civil italiano, que, na moderníssima versão decorrente das sucessivas alterações por que passou nos anos noventa, encerra a seção destinada aos procedimentos cautelares (arts. 669-bis ss.) com uma norma geral destinada às medidas de urgência atípicas (art. 700), as quais poderão ser, segundo opinião generalizada em doutrina, conservativas ou antecipatórias.⁷ Os estudiosos italianos não se preocupam, na exegese de seu art. 700, em distinguir o que é cautelar e o que não é.

Em obra festejada e vitoriosa, José Roberto dos Santos Bedaque examina os fenômenos da tutela antecipatória e da conservativa, incluindo ambas na área da cautelaridade.⁸

7 - Cfr., por todos, Luigi Paolo Comoglio, "Il procedimento cautelare", esp. n. 1.3, pp. 163-164. Na linguagem de Calamandrei, que muitos acatam, as medidas antecipatórias são designadas como inovadoras, porque tendem a provocar modificações no mundo exterior ao processo (cfr. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, n. 11, pp. 26-27).

8 - Cfr. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, esp. p. 379 (conclusão). Essa obra foi a tese com que o prestigioso professor obteve o título de livre-docente na Faculdade do Largo de São Francisco, com nota diferenciada.

6. *periculum in mora*

Como ficou dito e é notório, o elemento comum de maior significado, existente entre as medidas cautelares e as antecipatórias de tutela, é a destinação que ambas têm a servir de armas na luta contra a corrosão de direitos por ação do tempo. Daí serem elas enfileiradas na categoria das medidas de urgência, ou seja, medidas a serem outorgadas no mais curto lapso de tempo possível, muito mais rapidamente que a tutela jurisdicional plena e definitiva. Tanto a umas quanto a outras aplica-se a sábia lição de Calamandrei, de que:

... entre fazer logo, porém mal, e fazer bem mas tardiamente, os provimentos cautelares visam sobretudo a fazer logo, deixando que o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca do provimento, seja resolvido mais tarde, com a necessária ponderação, nas sossegadas formas do procedimento ordinário.⁹ Uma pequena ressalva que se faz quanto à urgência em relação à antecipação da tutela é que esta pode também ser concedida, ainda que urgência não haja, como sanção ao abuso do direito de defesa ou a expedientes protelatórios postos em prática pela parte contrária (art. 273, inc. II); ainda assim, todavia, tem o objetivo de favorecer a parte inocente com o acesso mais rápido ao bem da vida pretendido. Fora dessa hipótese, tanto quanto as medidas cautelares as antecipatórias são reações ao *periculum in mora* (art. 273, inc. I) e essa clássica locução é de plena pertinência à sua disciplina. Há quem negue a natureza de medida de urgência a essa antecipação sancionatória, mas é inegável que ela está regida, em sua disciplina geral, pela técnica das medidas antecipatórias - só não dependendo da existência do risco de dano à parte.¹⁰

9 - Cfr. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, n. 8, esp. p. 20.

10- Cfr. Bedaque, Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência, esp. p. 380: "a técnica cautelar pode ser utilizada, também, para afastar o dano marginal do processo, em situações específicas em que, embora inexistente perigo concreto, seja aconselhável a antecipação provisória dos efeitos da tutela final". Bedaque, como se sabe, emprega linguagem um pouco diferente desta que aqui está presente: ele indica as medidas cautelares como gênero, no qual se inserem as antecipações.

7. cognição sumária, *fumus boni juris* e juízo do mal maior

Da urgência como elemento comum, passa-se com naturalidade a outro elemento, que também irmana a tutela cautelar e a antecipada e que é a suficiência de uma cognição sumária, de menor profundidade do que a exigida para a tutela definitiva - porque obviamente, se se exigissem todos os trâmites da cognição plena, isso tomaria tempo e as medidas de urgência deixariam de ser urgentes. Associada à suficiência da cognição sumária figura a da mera probabilidade, dispensando-se a certeza como requisito para a concessão das medidas de urgência - e isso tanto em relação às medidas cautelares e quanto às antecipatórias.

Para fazer logo, embora com o risco de não fazer tão bem (Calamandrei), é preciso que o juiz se contente com uma cognição da qual lhe resulte apenas a sensação de uma probabilidade suficiente, não a sensação de uma certeza tranqüila e definitiva. A doutrina ainda é cautelosa no emprego da locução *fumus boni juris* no trato dos requisitos para as medidas antecipatórias de tutela, mas essa atitude não é mais que o reflexo da falsa crença de que a antecipação e a cautela fossem fenômenos inteiramente distintos, sem ligações e sem serem duas espécies do mesmo gênero; a idéia de uma mera fumaça, como indício da existência das coisas de um direito, está presente na sistemática dos requisitos para a concessão de uma e de outra, indistintamente.¹¹

Exageradamente, o art. 273 do Código de Processo Civil anuncia que a antecipação da tutela dependeria de uma prova inequívoca quanto aos fatos relevantes, mas a doutrina é pacífica em minimizar esse requisito, reduzindo-o às dimensões da mera probabilidade; inequivocidade significa certeza e, obviamente, se as medidas urgentes dependessem de se

11- Em tempos de conceitualismo processual acirrado, questionava-se se a suficiência do *fumus boni juris* significa que no processo cautelar se exige cognição menos profunda sobre os fatos constitutivos do direito do autor ou se a cognição, sem ser mais ou menos profunda que a ordinária, se desloca para os fatos indicadores da probabilidade, deixando de enfocar diretamente os fatos constitutivos; na prática, essa bizantina questão não conduz a nenhum resultado útil, quer em relação à tutela cautelar, quer à antecipação de tutela.

encontrar a certeza quanto aos fatos, elas não poderiam ser concedidas com a celeridade suficiente para vencer os males do tempo. Elas deixariam de ser urgentes.

A lei não estabelece, nem seria possível, o grau de probabilidade suficiente para antecipar a tutela jurisdicional. Como se trata de atuar sobre a esfera jurídica das pessoas, favorecendo uma com sacrifício de outra, como sucede em toda tutela jurisdicional, recomenda-se prudência maior do que para a concessão de medidas que atuam simplesmente sobre o processo (cautelares); na prática, deve ser exigido um *fumus boni juris* qualificado, sem contudo levar a exigência a pontos de exagero, que neutralizassem a intenção do legislador e inviabilizassem a tutela.

Da associação entre a urgência da medida a ser concedida ou negada e a mera probabilidade ou verossimilhança como grau suficiente de convencimento para a concessão, decorre, quanto a todas as medidas de urgência, a necessidade de uma linha de equilíbrio com a qual o juiz leve em conta os males a que o interessado na medida se mostra exposto e também os males que poderão ser causados à outra parte se ela vier a ser concedida. Tal é o juízo do mal maior, indispensável tanto em relação às medidas cautelares quanto às antecipatórias de tutela. Quanto mais intensa for a atuação da medida sobre a esfera de direitos da parte contrária, tanto mais cuidado deve ter o juiz.

A produção antecipada de provas, medida nitidamente cautelar que ordinariamente atua apenas sobre o processo sem atingir os direitos das pessoas, suscita menos cuidados que a nomeação de administrador para uma sociedade anônima - esta, sim, uma antecipação de tutela que pode interferir na vida e na economia de pessoas ou grupos.

A imprudente liberalização de medidas antecipatórias de tutela pode gerar um mal maior que o mal que ela pretende afastar, invertendo os pólos do interesse sacrificado e do sujeito beneficiado. Ao juízo do mal maior associa-se o juízo do direito mais forte, que deve aconselhar o juiz a ponderar adequadamente as repercussões da medida que concederá, redobrando cuidados antes de determinar providências capazes de atingir

valores de tão elevada expressão econômica, política ou humana, que somente em casos extremos devem ser sacrificados; assim é nos casos em que se trate de interferir na economia interna de uma empresa, ou de impedir uma privatização, ou de autorizar ou impedir a realização de uma cirurgia etc. Em hipóteses assim, o juízo do mal maior deverá ser mais severo, sob pena de lesar bens ou valores dos quais podem depender a vida das pessoas, a vitalidade das empresas, a estabilidade de uma economia estatal etc.

A diferença de graus de probabilidade suficiente para a concessão de medidas cautelares ou antecipatórias não infirma o que é essencial, ou seja, a suficiência da probabilidade e dispensa da certeza em relação a todas elas. Mesmo entre medidas cautelares de diversas naturezas, ocorrem diferenças como essas sempre em decorrência da intensidade com que as esferas de direitos são atingidas, p.ex., é preciso muito mais cuidado ao conceder um arresto, que importa constrição de um bem e, portanto, sacrifício de uma esfera de direitos, do que para mandar fazer antecipadamente uma perícia, sabendo-se que tanto o arresto quanto à produção antecipada de prova são medidas desenganadamente cautelares.

8. provisoriedade e irreversibilidade

Sendo indispensável a urgência para a preservação dos direitos, sendo, por isso, suficiente uma cognição sumária e bastando a sensação de probabilidade que esta produz no espírito do juiz, sem chegar a dar-lhe a certeza da existência do direito, é também natural que tanto as medidas cautelares quanto as antecipatórias sejam regidas pela provisoriedade. Chega a ser intuitivo que, quando o juiz vier a formar convicção a respeito dos fatos e mesmo de seu correto enquadramento jurídico, ele tenha o poder de revogar a medida antes concedida com base na mera probabilidade. A lei é expressa nesse sentido, quer em relação às medidas cautelares (art. 807), quer no trato da tutela antecipada (art. 273, § 4º).

É usual em doutrina a negação de que a provisoriedade seja característica constante em todas as medidas cautelares, com a observação de que algumas destas se destinam a ter eficácia perene e não provisória, como é o caso da produção antecipada de prova. Este não é o momento mais adequado para discutir essa delicada questão conceitual, mas é inegável que grande parte das medidas cautelares são destinadas a ter vida efêmera, como o arresto, que apenas dura até que se penhore o bem provisoriamente constrito; como o seqüestro, a caução, a busca-e-apreensão e, em geral, todas as medidas capazes de invadir o patrimônio ou esfera jurídica das pessoas.

Seguramente, são também provisórias as antecipações de tutela, porque é muito difícil imaginar alguma que não imponha constrição nenhuma à esfera jurídica do adversário e essa constrição deve cessar se o juiz se convencer de que o beneficiário da antecipação não tem o direito que parecia ter; para assegurar a possibilidade de revogá-las, a lei proíbe sua concessão quando houver o risco de irreversibilidade da situação a ser criada (art. 273, § 2º).

9. aplicação de disposições contidas no Livro III do Código de Processo Civil

O exame conjunto dos provimentos cautelares e das antecipações de tutela, feito nos tópicos acima, confirma duas afirmações lançadas no início e que são (a) a de que as primeiras são medidas instrumentais ao processo, destinadas a dar-lhe apoio e possibilitar que ele seja capaz de oferecer uma tutela jurisdicional efetiva, tempestiva, justa e útil, enquanto que as antecipações vão diretamente à vida das pessoas, oferecendo-lhes desde logo, no todo ou em parte, a fruição da situação que pretendem obter como resultado final do processo; b) a de que, não-obstante a especificidade dessas destinações distintas.

Todas elas têm em comum o objetivo de obstar aos males do tempo, donde resulta a extrema semelhança entre os dois institutos. Comparando-os, percebe-se que essa comunhão de objetivos é um ele-

mento muito mais significativo e perceptível que as diferenças entre eles, tanto que em inúmeros casos continua sendo equivocadamente afirmada ou pressuposta a natureza cautelar de certos provimentos, que, na realidade, cautelares não são - é o caso, em primeiro lugar, da sustação de protesto e dos alimentos provisionais.

Chega-se ao ponto de, numa postura fútil e pueril, dizer que alguma medida só pode ser considerada se for pedida a título de cautelar, mas não se pedida como antecipação de tutela jurisdicional - como se uma coisa fosse o que se diz que ela é e não o que é realmente, ou se a manipulação do *nomen juris* fosse suficiente para alterar a natureza das coisas.

Assim, sendo tão intimamente ligados esses dois institutos, ao menos por analogia devem ser aplicados à tutela jurisdicional antecipada muitos dos dispositivos destinados diretamente à tutela cautelar. Sabido que o legislador de 1973, ao elaborar o Código de Processo Civil, não tinha consciência da distinção entre cautelares e antecipações, e que o de 1994, ao reformá-lo, limitou-se a trazer o novo art. 273 sem a preocupação de delinear por inteiro o instituto.

A abrangência geral do disposto no Livro III é um imperativo hermenêutico das regras de interpretação histórica, sistemática e teleológica. Só pela lógica do absurdo, poder-se-ia afirmar que algumas dessas disposições só se aplicam se a parte optar pela qualificação da medida como cautelar e não antecipatória, ou que devem dar tratamentos diferentes a dois institutos tão intimamente ligados, como irmãos gêmeos quase siameses.

Esse é o ponto central da presente exposição. Procura-se demonstrar que o art. 273 do Código de Processo Civil, trazido pela Reforma, é somente a abertura para um poder geral de antecipação de tutela, despreocupado de traçar todo o perfil dogmático do instituto, o qual há de ser reconstruído mediante a interpretação sistemática do dispositivo em confronto com o que está disposto quanto às medidas cautelares.

10. poder geral de antecipação da tutela jurisdicional

O poder judicial de antecipar a tutela jurisdicional não é novidade nem foi introduzido na ordem processual brasileira pela primeira vez pela Reforma do Código de Processo Civil: os interditos possessórios, de tradição mais que bisseccular, são medidas antecipatórias e as liminares em mandado de segurança, em ação direta de inconstitucionalidade ou em ação civil pública, *idem*.¹² A inovação que o art. 273 trouxe consistiu na generalização do poder de antecipar, sempre que, sendo provável ou verossímil o direito, haja perigo na demora ou venha o demandado empregando artifícios desleais no processo (art. 273, caput e incs. I-II). O poder geral de antecipação, assim concebido, alinha-se ao poder de conceder antecipações nos casos específicos definidos em lei, do mesmo modo como o poder geral de cautela, explicitado no art. 798 do Código de Processo Civil, tem vida ao lado do poder de conceder as cautelas indicadas em lei.

Há antecipações típicas, ou nominadas (interditos, liminares previstas em lei) e antecipações atípicas, ou inominadas - estas autorizadas pelo art. 273 do estatuto processual básico. Tanto é tutela antecipada aquela concedida com apoio nesse dispositivo quanto aquelas outras tipificadas em lei.¹³ Os itens duvidosos que, a seguir se examinam e constituem o tema central do presente exame, se referem tanto às antecipações típicas quanto às atípicas lastreadas nesse dispositivo de alcance geral.

11. antecipação de tutela em caráter antecedente ou preparatório

Uma das medidas antecipatórias de uso mais freqüente na experiência forense de todo dia, a sustação de protesto cambial, só tem utilidade quando concedida imediatamente, considerado que o prazo para a efetivação do protesto é de quarenta e oito horas e, se fosse necessário aguardar a instauração do processo principal, a medida seria inócua. Sustações dessa ordem eram concedidas muito antes da Reforma e continuaram ser depois dela, sempre na crença de que se tratasse de medida cautelar. Basta ver que sustar o protesto não é meio de resguardar o

12- Cfr. Dinamarco, A Reforma do Código de Processo Civil, n. 103, p. 140.

13- Cfr. Dinamarco, Fundamentos do processo civil moderno, II, n. 766, p. 1.342.

processo, mas as pessoas e seu patrimônio, para se ter a percepção de que a natureza dessa medida é outra: na linha do que vem sendo exposto, não é cautelar, mas antecipação de tutela, o provimento que se destina a oferecer, na vida comum das pessoas, aquela situação favorável que elas poderão obter depois, quando o mérito da demanda vier a ser apreciado.

Essa observação empírica concorre para demonstrar a admissibilidade da antecipação da tutela em caráter preparatório e não só incidentemente, depois de instaurado e pendente o processo principal. Se o objetivo é impedir que o decurso do tempo corra direitos, constitui imperativo da garantia constitucional do acesso à justiça (CF., art. 5º, inc. XXXV) a disposição dos juízes a conceder a antecipação antes ou depois da propositura da demanda principal, sempre que haja necessidade e estejam presentes os requisitos de lei (art. 273, inc.I).

O cumprimento integral dessa garantia exige que, no plano infraconstitucional e na prática dos juízos, haja meios suficientes para obter a tutela jurisdicional efetiva e tempestiva; não é efetiva nem tempestiva, e às vezes sequer chega a ser tutela, aquela que vem depois de consumados os fatos temidos ou sem a capacidade de evitar o acúmulo de prejuízos ou de sofrimentos. Negar sistematicamente a tutela em caráter antecedente, ou preparatório, é ignorar o art. 8º, n. 1, do Pacto de San José da Costa Rica, com a severa recomendação de uma tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável.

O exemplo da sustação de protesto é emblemático, e o curioso é que continua a ser concedida antes da instauração do processo principal, mas a título de tutela cautelar e não de antecipação de tutela jurisdicional. O que há de curioso nisso é a crença de que, rotulando de cautelar o que cautelar não é, possa-se chegar a resultados que seriam impossíveis se o rótulo fosse outro.

Diante disso, é preciso interpretar o disposto no art. 796 do Código de Processo Civil, que nominalmente é endereçado de modo específico ao processo cautelar, como se estivesse redigido assim: o procedimento das medidas urgentes pode ser instaurado antes ou no curso do

processo principal e dele é sempre dependente. Esse é o resultado de uma legítima e necessária interpretação teleológica e sistemática, que tem em vista os objetivos comuns de todas as medidas de urgência e a coexistência entre o art. 273 do Código e as disposições contidas em seu Livro III.

12. competência para a antecipação de tutela antecedente ao processo principal

Segundo as práticas correntes, são da competência do juiz da causa as antecipações de tutela pleiteadas no curso do processo (caráter incidente), até por imposição da regra geral segundo a qual todos os incidentes do processo devem ser solucionados pelo juiz deste. Essa regra vem sendo invariavelmente aplicada, mas sem a consciência de que na realidade ela decorre do disposto no art. 800 do Código de Processo Civil, que rege as medidas cautelares da competência do juiz da causa. Além disso, aceitando-se a admissibilidade das antecipações a serem concedidas em caráter preparatório, surge a necessidade de determinar o juiz competente para concedê-la. É sempre no art. 800 que se encontrará a solução para esse problema, devendo ele ser lido assim, mediante a interpretação sistemática que se vem alvitando: as medidas urgentes serão requeridas ao juiz da causa e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal.

13. limite temporal da eficácia da antecipação concedida em caráter preparatório (30 dias - CPC, art. 808, inc. I)

Aceita a admissibilidade da tutela antecipada, ainda antes da instauração do processo principal (supra, n. 11), é imperativa a limitação de sua eficácia, tanto quanto se estabelece para as cautelares, à duração máxima de trinta dias, contados da efetivação - de modo que, não proposta a demanda principal nesse período (CPC, arts. 806 e 808, inc. I), a medida urgente deixa de ser eficaz e os seus efeitos serão desconstituídos. A legitimidade dessa limitação é patente, porque constituiria uma truculência e quebra da isonomia à sujeição do demandado a um sacrifício por tempo indefinido, permitindo-se ao demandante a escolha do momento de postular a medida principal e a determinação do tempo de espera que bem lhe aprouvesse.

Quando entrou em vigor o Código de Processo Civil, trazendo essa novidade, houve uma vacilação inicial, mas depois a doutrina e os tribunais fixaram com firmeza uma distinção, para estabelecer que só se sujeita a tal limitação temporal a eficácia das cautelares constritivas, ou seja, daquelas que importem invasão ou sacrifício da esfera jurídica do demandado (arresto, busca e apreensão etc.) - tendo duração indeterminada aquelas destituídas dessa capacidade invasiva, como à produção de provas, a justificação, protestos, interpelações etc. A razão de ser dessa distinção é óbvia, porque a eficácia de medidas não-invasivas do patrimônio ou da liberdade das pessoas pode durar por tempo indeterminado e não causa prejuízo a quem quer que seja, por mais que dure.

Ora, as antecipações de tutela são ordinariamente invasivas do patrimônio do demandado, tanto que elas não se destinam a dar apoio a um processo, mas a oferecer ao demandante alguma situação mais cômoda que aquela que ele vem a juízo lamentar - e, na razão em que elas oferecem a alguém a posse ou a fruição de algum bem ou situação mais favorável, ao adversário impõe-se a privação desse bem ou a piora de uma situação antes desfrutada. Daí porque, com vista a impedir que o demandante seja juiz absoluto do tempo em que esse sacrifício durará, é de rigor limitar a trinta dias a eficácia das medidas antecipatórias concedidas antes da propositura da demanda principal, extinguindo-se essa eficácia se tal demanda não vier a ser proposta no prazo.

Diante disso, leia-se assim o art. 808, inc. I, do Código de Processo Civil: cessa a eficácia da medida urgente se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806. E leia-se no art. 806: cabe à parte propor a ação no prazo de trinta dias, contados da data da efetivação da medida de urgência, quando esta for concedida em procedimento preparatório.

14. vedada a repetição da medida antecipatória

A mesma razão de equilíbrio e isonomia que manda limitar a trinta dias a eficácia das medidas invasivas quando não proposta a demanda principal (supra, n. 13), conduziu o legislador a impedir que, perdida essa eficácia, pudesse a medida ser de novo reeditada e assim até ao infinito (CPC, art. 808, par.). E, como as antecipações são em regra inva-

sivas da esfera de direitos do adversário, a elas se impõe também tal vedação, tanto quanto as cautelares.

É de uma santa ingenuidade a atitude daqueles que admitem a concessão de medida urgente, a título de antecipação de tutela, depois de ter sido extinta a eficácia de uma tutela antes concedida como cautelar, havendo ambas sido postuladas com o mesmo objetivo e fundamento nas mesmas razões. A mudança do rótulo do remédio não influi em sua validade.

15. tutela exclusivamente a pedido ou também de-ofício?

Por sugestão do prof. Galeno Lacerda, faz-se uma legítima distinção entre as medidas cautelares incidentes, que podem e devem ser concedidas *ex officio*, e as preparatórias, que dependem de pedido de parte. É dever do juiz determinar cautelas incidentes ao processo. Porque a ele cumpre, mais do que a ninguém, preservar a imperatividade e a eficácia de suas próprias decisões e dos comandos que através do processo prepara e depois emite; percebe-se que o correr do tempo prejudicará o correto e útil exercício da jurisdição, o juiz determinará o que for necessário para evitar que isso aconteça, sob pena de figurar na relação processual como mero autônomo, ou espectador irresponsável, permitindo a degradação de seu próprio mister.

Esse raciocínio conduz também, por si próprio, a excluir a tutela cautelar preparatória *ex officio*, pela simples razão de que, inexistindo um processo pendente, não se cogita de um exercício incorreto ou inútil da jurisdição - sendo temerário antecipar o que poderá ocorrer se e quando o interessado vier a provocar a instauração do processo principal. No tocante às medidas cautelares preparatórias, vige, portanto, a regra *nemo judex sine actore*, ou princípio da demanda (CPC, arts. 2º e 262), que não se aplica quando se trata de tutela cautelar incidente.

Em várias oportunidades venho, apoiando esse pensamento, tendo em vista a forte razão de ordem pública que está à base do raciocínio do prof. Galeno Lacerda, além de uma

série de disposições contidas na própria lei, como aquela segundo a qual cabe ao juiz "velar pela rápida solução do litígio" (CPC, art. 125, inc. II), além da que o manda "prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça" (inc. III). Além disso, o Código manda ainda que o juiz, posto que só em casos excepcionais e de urgência, imponha medidas cautelares sem audiência das partes (art. 797). Tratando-se de impedir desgastes ao exercício da jurisdição, trazidos pelo decurso do tempo em associação com certos comportamentos desleais de uma das partes, tais dispositivos devem ser interpretados como portadores da autorização e comando no sentido de que o juiz atue de ofício, concedendo medidas cautelares incidentes.¹⁴

Às antecipações de tutela não se aplica, todavia, a fundamental razão política pela qual as medidas cautelares incidentes devem ser concedidas de ofício, porque aquelas não se destinam a dar apoio a um processo e ao correto exercício da jurisdição, mas a favorecer uma das partes em suas relações com a outra ou com o bem da vida em disputa. Torna-se relevante, nesse ponto, a distinção conceitual entre medida cautelar e antecipação de tutela, segundo a qual uma é instrumental ao processo, e a outra, não (supra, nn. 4 e 5).

Enquanto se trata de impedir que o tempo e a malícia de uma das partes corra o exercício da jurisdição e de preservar a imperatividade e a eficácia das decisões judiciais, legitima-se o superamento da regra de inércia da jurisdição, prevalecendo as garantias constitucionais do devido processo legal sobre a regra *nemo iudex sine actore*; mas, quando se pensa em oferecer a uma das partes, antecipadamente, a posse ou fruição de bens ou situações jurídicas no mundo exterior, retomam força e vigor as disposições dos arts. 2º e 262 do Código de Processo Civil para que o juiz dependa sempre da provocação do interessado.

O juiz não tem o poder de conceder tutelas jurisdicionais antecipadas, quer antes da instauração do processo, quer na pendência deste - e

14- Cfr. Dinamarco, Fundamentos do processo civil moderno, II, n. 466, p. 888.

essa norma está expressa no corpo do art. 273 do Código de Processo Civil quando estatui que as antecipações poderão ser concedidas a requerimento de parte.

Essa razão de ordem política e sistemática é apoiada, na prática, pela observação de que as antecipações de tutela são ordinariamente gravosas para a parte contrária, ou invasivas de sua esfera jurídica, o que traz como consequência ao menos o risco de prejuízos a serem ressarcidos pelo beneficiário (art. 811 - infra, n. 18). Criar-se-ia uma desconfortável situação de impasse, sendo necessário indenizar o lesado em caso de sair-se vencedor ao cabo do processo, mas sendo de duvidosa legitimidade a responsabilidade da outra parte por um ato que não pediu.

16. limites temporais da possibilidade de antecipar a tutela

O laconismo do art. 273 do Código de Processo Civil deixa em aberto a questão dos limites temporais da possibilidade de antecipar a tutela jurisdicional, questionando-se se essa providência pode ser tomada logo ao início do processo e até mesmo, inaudita altera parte e se o poder de fazê-lo se exaure antes da prolação da sentença ou permanece até depois de proferida esta. Grassa muita dúvida na prática judiciária do instituto e às manifestações de que se têm conhecimento carecem de uma coerência unitária capaz de oferecer segurança aos litigantes.

Na busca de uma solução compatível com o objetivo institucional da tutela antecipada, com o sistema do Código de Processo Civil e com a superior garantia constitucional do acesso à justiça, a resposta deve ser pela mais ampla abertura para a concessão da medida a qualquer tempo, a partir de quando o processo se instaura pela propositura da demanda em juízo e enquanto ele estiver sob o comando do juiz de primeiro grau. Obviamente, em cada caso concreto, a concessão da medida dependerá da presença dos requisitos exigidos pela lei, estando o juiz convencido da necessidade de antecipar - mas sem o preconceito consistente em afastar *a priori* a concessibilidade, porque o momento é prematuro ou porque está superado o período em que a medida pode ser concedida.

Não há razão para negar a pronta admissibilidade das antecipações, logo no momento de apreciar a petição inicial, porque, às vezes, o adiamento da decisão pode ser fatal e tornar inútil qualquer propósito de evitar a consumação de situações indesejáveis. Parafraseando Chiofenda, seja lembrado que a necessidade de esperar pelas delongas do processo não deve causar dano a quem precisou servir-se do processo para obter um bem ou evitar um mal, sendo portanto contrária à garantia constitucional de tutela jurisdicional e tempestiva aquela postura consistente em fechar as portas para a antecipação tutelar logo ao início do processo.

Diante disso e da extrema comunhão de propósitos que anima os institutos da tutela cautelar e da antecipação de tutela (supra, nn. 3, 5, 6 etc.), é imperioso ler no art. 804 do Código de Processo Civil a seguinte disposição: é lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia as medidas urgentes, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz. Ainda aqui é pertinente ressaltar que as medidas judiciais *inaudita altera parte* são excepcionais no sistema, porque arranham a garantia constitucional do contraditório e só devem ser concedidas quando o retardamento puder importar restrição ou sacrifício à possibilidade de acesso à justiça. É compreensível que, sem haver uma urgência extrema, o juiz prudentemente aguarde a citação do réu e sua resposta, com o que terá melhores condições para formular com mais segurança o seu juízo sobre a necessidade de antecipar.¹⁵

A possibilidade de oferecer a tutela antecipada *inaudita altera parte* ou após justificação ao início do processo é expressamente proclamada no § 3º do art. 461, responsável pela regência da tutela jurisdicional referente às obrigações de fazer ou de não fazer. Uma fácil interpretação sistemática conduz a atribuir a esse dispositivo uma eficácia mais ampla e considerar que qualquer tutela antecipada pode ser

15- Seja em sua aplicação direta às medidas cautelares, seja em sua extensão às antecipações de tutela, o art. 804 minus dixit quam voluit porque, como é pacífico e corrente, a concessão de medidas liminares não é estritamente condicionada à previsão de uma conduta maliciosa do réu, mas, bem mais amplamente, ao risco de que o decurso do tempo frustre a tutela jurisdicional - com ou sem o concurso da malícia daquele.

concedida nesses momentos, inexistindo razão para uma interpretação restritiva. O § 3º do art. 461 deve ser entendido como portador da regra de que toda tutela antecipada pode ser concedida ao início do processo, e não somente aquela referente a tais obrigações.

A mesma razão de abertura para a efetividade do acesso à justiça manda também que não se ponham barreiras à possibilidade de antecipar a tutela jurisdicional em primeiro grau de jurisdição, a partir de algum momento ou fase do procedimento. A necessidade de antecipação pode surgir a qualquer tempo, inclusive no momento de decidir a causa ou até mesmo depois da sentença, estando ainda o processo perante o juiz de primeiro grau, sem que antes disso houvesse o *periculum* justificador da medida; pode também inexistir no espírito do juiz a convicção da verossimilhança do direito do autor, *fumus boni juris*, antes desses momentos adiantados do processo e do procedimento, sobrevindo depois.

Essas não são situações ordinárias do dia-a-dia, mas quando ocorrerem, é preciso ter a disposição de tomá-las em consideração sem o preconceito de uma suposta preclusão do poder de ditar a antecipação da tutela jurisdicional. Quando ocorrer uma situação extraordinária que clame por uma medida urgente, é perfeitamente legítimo incluir na sentença de mérito um capítulo impondo a providência adequada a evitar que o direito pereça. Sistemáticamente, é até mais seguro conceder a tutela antecipada nesse momento, quando, superadas pela instrução completa e exauriente as dúvidas do julgador sobre os fatos e as teses jurídicas pertinentes. Ele terá chegado ao convencimento de que o autor tem razão: se houver a urgência que a legitime, a antecipação deve ser concedida ainda nesse momento final do procedimento em primeiro grau de jurisdição.

Em casos assim, não se trata de uma sentença de mérito e de uma decisão interlocutória acoplada a ela, como às vezes se afirma. O ato proferido pelo juiz é um só, é a sentença; esse é o ato com que o procedimento em primeiro grau tem fim, pouco importando o conteúdo.

Ainda aqui se manifesta a importância do conceito de capítulos de sentença, os quais foram objeto de uma precisa exposição em importantíssimo ensaio de Liebman, mas ainda não penetraram na cultura do processualista brasileiro.¹⁶

Nem sempre uma sentença decide sobre uma só pretensão, podendo ela desdobrar-se em dois ou mais dispositivos, como o que concede a reintegração de posse e o que condena a ressarcir prejuízos. Tem-se nesses casos, na unidade formal de uma sentença só, uma pluralidade de capítulos que a compõem, cada um portador de um preceito independente ou conjugado a outro.

A própria condenação pelos encargos da sucumbência é um capítulo distinto daquele que julga procedente ou improcedente a demanda do autor. Por isso, e considerando ainda que o conceito de sentença não é associado pelo direito positivo ao conteúdo substancial desse ato - podendo ela conter ou não o julgamento do *meritum causae* (CPC, art. 162, § 1º) - não é sistematicamente correto desdobrar o ato judicial com que o juiz decide a causa e ao mesmo tempo concede uma antecipação de tutela, como se ali houvesse dois atos, uma sentença e uma decisão interlocutória. Essa importante premissa conceitual repercute na determinação do recurso cabível contra a concessão de tutela cautelar no mesmo ato que julga a causa, o qual será somente a apelação e jamais o agravo (*infra*, n. 17).

Mesmo depois de proferida a sentença de mérito, é mais do que razoável entender que permanece a competência do juiz de primeiro grau para apreciar pedidos de antecipação tutelar, desde que os autos ainda estejam em seu poder, não havendo sido remetidos ao tribunal. Essa afirmação poderia parecer obstada pela regra do exaurimento da competência, pela qual o juiz cumpre e acaba seu ofício jurisdicional a partir de quando publica a sentença em cartório (CPC, art. 463), mas conta com o

16- Cfr. Liebman, "Parte o 'capo' di sentenza.

apoio de uma disposição soberanamente superior, que é a garantia do acesso à justiça. Seria realmente um desfalque a essa garantia a negação absoluta de um remédio para as situações urgentes, excluindo-se a competência do juiz inferior, sob o pretexto de que sua competência está exaurida, e não podendo o Tribunal conhecer do pedido, porque ainda não dispõe dos autos. Teríamos nesses casos um período de hibernação mais ou menos longo, em que nada se poderia fazer em cumprimento da promessa constitucional de uma tutela jurisdicional efetiva e tempestiva.¹⁷

O art. 463 do Código de Processo Civil não expressa um princípio universal e muito menos algum valor digno de enorme reverência, tanto que o próprio Código, na versão trazida pela Reforma, faz exceção a ele ao mandar que, depois de proferida sentença condenando a um fazer ou a um não-fazer, o juiz ainda altere o dispositivo sentencial para impor medidas de eficácia equivalente à do adimplemento (art. 461, *caput*).

Só depois de remetidos os autos ao tribunal *ad quem* é que se consumam as situações regidas pelo parágrafo do art. 800, ou seja, competência do tribunal para a concessão de medidas urgentes.

17. efeitos dos recursos em relação à tutela antecipada

Concedida ou negada a tutela jurisdicional antecipada no curso do processo, eventual recurso contra a decisão interlocutória que a propósito houver decidido será destituída de efeito suspensivo, porque assim quer a lei (CPC, art. 497) e sobretudo porque o sistema das antecipações não se compatibiliza com as demoras que seriam inevitáveis se fosse necessário aguardar o julgamento pelo tribunal. Assim é o sistema instituído no art. 273 e seus parágrafos, que de modo explícito admite a execução provisória das decisões concessivas de tutela antecipada (art. 273, § 3º) - o que seria impraticável se o recurso tivesse suspensividade.

17- Cfr. Dinamarco, Fundamentos do processo civil moderno, I, n. 311, esp. p. 609.

Essa orientação impõe-se tanto nos casos ordinários em que a tutela seja concedida no curso do processo, quanto nos excepcionais em que isso seja feito depois da sentença - quando também o recurso adequado é o de agravo.

Nos casos extraordinários em que a tutela seja concedida na própria sentença que decide a causa, nem por isso se legitimaria o entendimento de que contra esse ato judicial único caberiam dois recursos, a saber, apelação contra o julgamento de *meritis* e agravo contra a concessão da antecipação tutelar.

A percepção de que se trata de um ato só, conquanto internamente estruturado em capítulos destinados a decidir sobre mais de uma pretensão, conduz com segurança à admissibilidade da apelação apenas. Como recurso extremamente amplo, capaz de repropor diante do tribunal todas as pretensões contidas no processo e todas as questões suscitadas e pertinentes ao julgamento delas. A apelação é o meio adequado a investir o órgão destinatário do poder de decidir sobre tudo quanto haja sido decidido na sentença, inclusive a questão da antecipação de tutela. Essa orientação não colide com a adequação do agravo contra antecipações ou negativas de antecipação decididas antes da sentença, porque nesse caso terão sido realizados dois atos, sendo natural que a decisão interlocutória portadora de tal decisão comporte esse recurso e não o de apelação (CPC, art. 522).

A apelação interposta contra a sentença que, em capítulos distintos, julga procedente a demanda inicial e concede a antecipação sujeitar-se-á a dois regimes quanto ao possível efeito suspensivo, desse modo: a) quanto ao capítulo principal, ela terá ou não esse efeito, conforme os preceitos ditados no art. 520 do Código de Processo Civil e seus parágrafos; b) com referência ao capítulo que decide sobre o pedido de antecipação, o efeito será somente devolutivo, sem suspensividade. Como parece mais do que óbvio, a antecipação deixaria de ser autêntica antecipação quando ficasse sujeita à espera do julgamento pelo tribunal.

Pelo aspecto do direito positivo, da afirmada e demonstrada destinação comum das medidas cautelares e antecipações de tutela ao objetivo de dar remédio pronto a situações de urgência, decorre que às segundas se

aplica por inteiro a não-suspensividade estabelecida no Código de Processo Civil em relação às primeiras. Leia-se, portanto, o art. 520, inc. IV, como portador da regra de que a apelação será recebida só no efeito devolutivo quando interposta de sentença que decidir sobre medida de urgência.

18. responsabilidade objetiva

Porque concedidas com base em cognição superficial e incompleta, as antecipações de tutela trazem consigo uma potencialidade dano-
sa tanto quanto as cautelares. Se depois, ao cabo da instrução exauriente e completa, o juiz decidir a causa contra o sujeito que se beneficiou da antecipação, isso significará que a aparência de razão do autor *fumus boni juris* não passava de ilusão e só conduziu à antecipação porque havia urgência (*periculum in mora*).

Nessa situação, se a efetivação da medida urgente houver causado dano, é natural que por ele responda aquele que requerera tal medida e dela se beneficiara. Na disciplina da tutela antecipada, o Código de Processo Civil nada diz sobre essa responsabilidade, o que mais uma vez gera a necessidade de um labor interpretativo capaz de, mediante remissão ao que está disposto quanto às medidas cautelares, conduzir a resultados satisfatórios. Se essas duas espécies de medidas urgentes são igualmente portadoras dos mesmos riscos inerentes à superficialidade da instrução em que se baseiam, seria ilegítimo instituir a responsabilidade objetiva do beneficiário de medidas cautelares e negar igual tratamento em caso de antecipação tutelar.

Por isso, ao art. 811 do Código de Processo Civil, inserido no livro regente do processo cautelar, deve ser atribuída eficácia de estabelecer que o requerente de medida urgente responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida. Tanto quanto ali se estabelece em relação à tutela cautelar, também, no tocante às antecipações, essa responsabilidade é objetiva, o que dispensa o elemento subjetivo e faz ser suficiente a efetividade do dano e da causalidade entre a medida e este, dispensando-se o lesado de qualquer prova do dolo ou culpa do beneficiário da medida; aplica-se também a disposição segundo a qual a indenização será liquida nos próprios autos em que a medida houver sido concedida (art. 811, §).

É razoável entender que, em princípio, esse raciocínio prevalece apenas em relação às antecipações de tutela fundadas no *periculum in mora*, ou seja, àquelas concedidas em relação da urgência e para atender a uma necessidade do autor (art. 273, inc. I); eventual prejuízo causado pelas antecipações sancionatórias, que constituem repressão às condutas desleais do réu (art. 273, inc. II), é consequência do comportamento deste e não da vantagem concedida ao autor. Mas a hipótese do inc. II é de ocorrência muito rara e não se exclui que, excepcionalmente, possam configurar-se situações de prejuízo a ser ressarcido, o que se aferirá caso a caso (p.ex., excesso na repressão).

19. caução

Em um só dispositivo o art. 273 do Código de Processo Civil faz indireta exigência de caução a ser prestada pelo requerente de tutela antecipada. Trata-se do seu § 3º, portador de remissão ao inc. II do art. 588, o qual exige que a essa contracautela seja subordinado o levantamento de dinheiro em sede de execução provisória (Theotônio Negrão).¹⁸ Só essa disposição é contudo insuficiente, porque nem sempre a efetivação de medidas antecipatórias faz-se mediante execução, havendo, portanto, largo campo em que não se aplicam as regras da execução provisória. Só se pode pensar em execução, e portanto em execução provisória, nos casos em que se antecipa uma condenação (art. 584, inc. I), porque nos demais, a efetivação dá-se por outros meios; é pensar, p.ex., na sustação de protesto, na intervenção em uma sociedade anônima etc.

Por dois caminhos, no entanto, chega-se à pertinência da exigência de caução a cargo do requerente da antecipação de tutela. Um deles é aquele sistemático, bastante amplo, ligado à substancial unidade das medidas de urgência, que conduz à unidade dogmática das duas espécies em que elas se manifestam (cautelares e antecipatórias): se o juiz pode condicionar a efetivação dos provimentos cautelares a uma contra-

18- Cfr. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, nota 22 ao art. 273, p. 344, 1ª col.

cautela destinada a evitar riscos demasiados ao demandado (art. 804), do mesmo modo e com o mesmo objetivo ele pode fazer essa exigência ao conceder uma antecipação de tutela. Por outro lado, o risco de irreversibilidade dos efeitos da medida antecipatória, que constitui motivo para a inadmissibilidade desta (art. 273, § 2º), pode ser afastado ou mitigado em muitos casos, se uma caução for prestada e com isso ficar assegurada a possibilidade de retorno ao *status quo ante* em caso de o requerente da medida não ter razão a final.

À luz desses dois dispositivos, o juiz verificará se a caução deve ser exigida ou não, e qual o valor da garantia a ser prestada; esse juízo levará em conta, em primeiro plano, a existência e o grau do risco a ser imposto ao demandado.

20. síntese conclusiva

Constitui fio condutor da presente exposição de todas as propostas nela contidas a assertiva de que, conquanto suscetíveis de uma distinção conceitual mais ou menos clara, as medidas cautelares e as antecipatórias de tutela integram uma categoria só, mais ampla, que é a das medidas urgentes. Essa idéia esteve também ao centro da tese com que o prof. José Roberto dos Santos Bedaque conquistou a livre-docência na Faculdade de Direito de São Paulo e que também sustenta essa visão unitária, aqui endossada.

A essa premissa metodológica associa-se o tratamento homogêneo de que são merecedoras as duas espécies de medidas de urgência, a saber, as cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela final.

Ao longo desta exposição, alinharam-se razões para considerar admissível a tutela antecipada ainda antes da instauração do processo principal (CPC, art. 796), para ter-se por competente para essa tutela antecedente aquele mesmo juiz que será competente para tal processo (art. 800), para condicionar a eficácia daquela à propositura da demanda principal em trinta dias, a contar da efetivação (art. 808, inc. I), a fim de vedar a reedição de medida antecipatória que haja perdido a eficácia (art. 808, §) e admitir-se a antecipação incidente desde o momento em que a demanda principal é ajuizada, e enquanto os autos não tiverem sido reme-

tidos ao tribunal destinatário da apelação, sujeitando todas as decisões concessivas ou denegatórias de antecipação a recurso sem efeito suspensivo (ainda quando a concessão haja sido incluída na própria sentença, sendo possível o recurso de apelação - art. 520, inc. IV), impondo ao beneficiário da medida a responsabilidade objetiva pelos danos que esta houver causado (art. 811) e autorizando o juiz a exigir uma caução que assegure ao lesado a futura indenização, eventualmente devida (art. 804 c/c art. 273, § 2º).

Talvez o item em que se manifesta a maior diferenciação entre as duas espécies de medidas urgentes seja o da concessibilidade *ex officio*, dado que as antecipações não podem ser concedidas sem pedido da parte, mesmo na pendência de um processo - sendo legítima a concessão de medidas cautelares incidentes, conforme lição irrefutável do prof. Galeno Lacerda.

Assumida aquela premissa central e tomando em conta todas essas ilustrações da unidade metodológica do instituto da tutela de urgência, o laconismo do art. 273 do Código de Processo Civil poderá ser superado legislativamente mediante a inclusão de mais um parágrafo destinado a tornar explícita a regência da antecipação de tutela jurisdicional pelas regras diretamente destinadas a reger as medidas cautelares.

O aconselhável § 6º do art. 273 seria redigido assim: "aplica-se à antecipação de tutela, no que couber, o disposto no capítulo I do título único do Livro III deste Código".

O capítulo I, acima referido, é o primeiro dos capítulos do Livro III do Código de Processo Civil e tem a rubrica das disposições gerais, sendo composto pelos arts. 796 a 812.

Chama-se também a atenção para o fato de que o instituto da antecipação tutelar ainda não ganhou suficiente maturidade no mundo brasileiro, o que se manifesta mediante a indevida afirmação da natureza cautelar de várias medidas que, na realidade, são antecipatórias, como sucede em relação à sustação de protesto, aos alimen-

tos provisionais e muitas outras atípicas que ocorrem na experiência diuturna.

Essa distorção ainda vai durar muito, porque arraigada em nossa cultura e em nossas mentalidades, tendo muito vigor a clássica, mas superada lição de Calamandrei, que incluía as antecipações dos efeitos do julgamento da causa entre as medidas cautelares.

É preciso afinar melhor os instrumentos, chegando-se à consciência do verdadeiro conceito e abrangência de cada uma das duas espécies de medidas de urgência, sem o que jamais se afastará o vício quase ridículo, consistente em condicionar a concessão de uma tutela urgente à denominação que lhe haja atribuído o autor - concedendo-se a medida se pedida a título de tutela antecipada e negando-se se pedida como tutela cautelar, ou vice-versa.

Sem essa consciência conceitual, prosseguir-se-á também admitindo a concessão de uma mesma providência antes denegada, desde que, na reiteração, haja o autor tomado o cuidado, ou haja tido a malícia de dar-lhe denominação diferente. Continuarão também abertas as portas para a reedição da mesma medida que antes perdera a eficácia (art. 808, inc. I), com o mesmo efeito da primeira e fundada na mesma situação de fato, sempre que pedida com outro título e não com a mesma denominação daquela que já falecera.

Nos termos do que ficou muito enfatizado (supra n. 4-5), a grande diferença conceitual entre as medidas cautelares e as antecipatórias reside em que (a) as primeiras visam a aparelhar o processo de meios adequados e suficientes para que possa desenvolver-se regularmente e com utilidade, caracterizando-se como processo justo, enquanto que (b) as antecipações se propõem a oferecer a um sujeito, em sua vida exterior ao processo, o mesmo resultado que ele espera obter ao fim do procedimento, ou parte desse resultado. As cautelas dão apoio ao processo e as antecipações, às pessoas.

§ 20: CONSIDERAÇÕES ESPECÍFICAS

21. ressalvas e precisações: as antecipações tipificadas em lei.

Como foi dito, a principal inovação trazida pela Reforma, em termos de tutela de urgência, foi a institucionalização de um poder geral de antecipação, paralelo e estreitamente análogo ao poder geral de cautela emergente do art. 798 do Código de Processo Civil. Mas foram também instituídas ao menos duas figuras de tutela antecipada típica, que se acostaram a outras antecipações típicas implantadas no sistema com anterioridade - a saber, (a) a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional destinada à efetivação de obrigações de fazer ou de não fazer e (b) a antecipação que em determinada situação se outorga ao réu nas ações de consignação em pagamento; são também antecipações de tutela, disciplinadas no Código de Processo Civil, (c) as liminares em processo possessório; disciplinadas fora do Código, existem antecipações de tutela em importantes microsistemas processuais da atualidade brasileira, a saber; (d) no processo do mandado de segurança, (e) na ação popular, (f) na ação direta de inconstitucionalidade, (g) na ação civil pública, (h) nas ações coletivas referentes às relações de consumo etc.

Discutiu-se no passado se algumas dessas liminares (especialmente, a do processo do mandado de segurança) têm ou não natureza cautelar. Essa discussão tende a ficar superada, a partir de quando se instituiu no Código de Processo Civil o conceito de tutela jurisdicional antecipada, o que concorre para implantar no pensamento jurídico-processual brasileiro a consciência de que uma medida urgente não tem necessariamente essa natureza. Essas medidas não são cautelares, mas antecipações de tutela, porque não se destinam a oferecer meios de eficiência e justiça ao processo, mas a confortar diretamente algum sujeito, em sua relação com outro sujeito ou com os bens da vida.

22. obrigações de fazer ou de não-fazer

O parágrafo que institui a antecipação de tutela relativa às obrigações de fazer reproduz substancialmente às regras impostas com caráter de mais generalidade pelo art. 273. Eis os pontos do que está no § 3º do art. 461: a) ele exige que a demanda tenha fundamento relevante, o que equivale a exigir a verossimilhança do direito; b) impõe o requisito do fundado receio de ineficácia do provimento final, o que significa exigir o perigo da demora; c) autoriza a revogação ou modificação da medida a qualquer tempo; d) exige motivação da decisão que a modifica ou revoga.

Obviamente, também a decisão concessiva ou denegatória da antecipação deve ser motivada, quer por aplicação analógica do disposto no § 1º do art. 273, quer por exigência constitucional (Const., art. 93, inc. IX). Indo além do que está no art. 273, o dispositivo em exame autoriza expressamente a concessão da tutela antecipada liminarmente ou mediante justificação prévia, nesse caso citando-se o réu: e esse é um fundamento para considerar-se que também o poder geral de antecipação, regido no art. 273, pode ser exercido desde esses momentos iniciais do processo (supra, n. 16).

Sem peculiaridades de monta, a antecipação instituída no art. 461 rege-se pelos preceitos gerais ditados explicitamente em relação ao poder geral de antecipação (art. 273 e §§) e por aqueles contidos nas disposições gerais do Livro III do Código de Processo Civil; nem se exclui que, em caso de urgência, essa tutela seja antecipada ainda antes da propositura da demanda principal (antecipação antecedente, ou preparatória: supra, n. 11).

23. ação de consignação em pagamento

No processo da ação de consignação em pagamento, alegada pelo credor a insuficiência do depósito feito pelo devedor, fica evidente que ele pretende o dinheiro depositado, só não se conformando com o valor alegado pelo autor da demanda. Daí a sensata inovação trazida pela Reforma ao inserir no Código o atual art. 899, que autoriza o levantamento pelo réu, o que não importa nenhum risco para a parte contrária. Dada a precisa peculiaridade dessa antecipação, a ela deixam de se aplicar, por

serem impertinentes, muitas das regras inerentes urgentes - como a da possibilidade de concessão antes da propositura da ação e a da responsabilidade civil, caução etc. Mas, aplica-se com extrema docilidade a permissão de conceder essa tutela antecipada, até mesmo na sentença ou ainda depois de proferida esta e pendente recurso, mesmo que este tenha efeito suspensivo, justamente porque essa antecipação não põe nenhum risco ao direito do devedor. A disposição contida no art. 899 é caso expressivo de tutela antecipada concedida ao réu e não ao autor.

Seria conveniente que o Código de Processo Civil, seguindo o bom exemplo da Lei das Locações Prediais Urbanas, alargasse a possibilidade de levantamento, autorizando-a em todos os casos em que não haja controvérsia sobre a existência da obrigação (Lei n. 8.245, de 18.10.91, art. 67, §). Se o réu houver alegado que não houve a recusa em receber, (CPC, art. 896, inc. I), risco algum trará para o autor o levantamento do valor depositado, indo adiante o processo somente para determinar se houvera ou não a recusa e, com base no que a propósito se concluir, carregar a ele ou ao demandante a obrigação de pagar despesas e honorários da sucumbência.

24.. ações possessórias

Ainda no corpo do Código de Processo Civil, embora muito anteriores à sua Reforma, estão disciplinadas as liminares inerentes às ações possessórias. Elas são a expressão atual dos antigos interditos do direito romano, que não foram concebidos para salvar o direito ou preservar o bem, como as medidas urgentes em geral, mas nem por isso deixam de ser medidas urgentes. Essas liminares são a manifestação de um juízo do direito mais forte (supra n. 7), feito pelo legislador ao instituir o que se chama proteção possessória: a importância social e econômica da posse e o interesse público pela estabilidade em seu exercício repercutem na ordem processual com esse empenho em assegurar a quem a exerce, ou a quem a exerceu e perdeu, a continuidade ou a restauração desse exercício - e daí os tradicionais instrumentos consistentes nos interditos *retinen-*

de possessionis ou recuperandæ possessionis, do direito romano clássico (BIONDI).¹⁹

Examinados sobre o pano-de fundo da dogmática das medidas urgentes, os interditos possessórios caracterizam-se como autênticas antecipações de tutela, pelo simples e óbvio motivo de que consistem em articipar ao titular do *jus possessionis* a mesma e precisa proteção que ele espera obter ao fim do processo em caráter definitivo, ou seja, o poder de atuar sobre o bem, como se fosse proprietário.²⁰

Do confronto entre a disciplina específica dessas liminares, contida nos arts. 828-829 do Código de Processo Civil, com a disciplina geral das antecipações, exposta nos tópicos acima, deve resultar o entendimento de que são aplicáveis a elas muitas das regras integrantes dessa disciplina geral.

Por fortes razões éticas e econômicas, é imperioso impor ao beneficiário dessas medidas a responsabilidade civil objetiva em caso de afinal se decidir que o autor não tinha o direito material à posse do bem e, portanto, o réu ficara injustamente privado deste (art. 811 - supra n. 18).

Também não há porque desautorizar a outorga da posse ao autor depois do momento indicado no art. 928 do Código de Processo Civil (*inaudita altera parte* ou logo após uma justificação liminar), o que se dará sempre que o juiz, ao longo do procedimento e havendo recolhido elementos instrutórios suficientes, convença-se da boa probabilidade do direito do autor - e isso poderá ser feito até mesmo ao sentenciar, tanto quanto se dá em relação às antecipações em geral (supra n. 16).

Existe forte tendência doutrinária a negar que o juiz possa conceder interditos depois dos momentos iniciais do procedimento, mas essa interpretação só pode ter a seu favor o fato de o art. 928 do Código de Processo Civil só ter explicitado tais momentos para as liminares possessórias. Acima disso,

19- Cfr. Biondo Biondi, *Istituzioni di diritto romano*, 130.2, p. 443 (rubrica os efeitos da posse).

20- Tal é o conceito de posse proposto por Ihering e adotado no Código Civil Brasileiro (Sílvia Rodrigues, *Direito Civil*, V, n. 11, esp. p. 20).

está a garantia constitucional do acesso à justiça, que não se compadece com soluções assim restritivas; além do que, só pela lógica do absurdo, se pode pensar que o juiz está autorizado a conceder medidas no início e não depois, quando já tiver uma percepção melhor da causa, graças à instrução. Ainda que assim não fosse, sempre poderá o juiz conceder antecipação de tutela possessória, até mesmo depois de haver sentenciado, desde que presente um requisito que para a liminar possessória típica não se exige - a saber, o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, indicado no art. 273, *caput*. Ou, em outras palavras, quando não se tiver por admissível a antecipação cautelar típica, nem, por isso, se exclui a atípica, regida por esse dispositivo legal.

Uma boa interpretação sistemática e teleológica deve conduzir também a admitir a tutela possessória em caráter antecedente ou preparatório, porque seria um contra-senso autorizar as cautelares e as demais antecipações antes de instaurado o processo principal (como a sustação de protesto etc.), negando a medida precisamente quando se trata de um direito, a posse, a que tradicionalmente o legislador pretende outorgar uma proteção especial.

25. antecipações regidas por leis extravagantes

A Lei do Mandado de Segurança autoriza a concessão de liminar suspendendo a eficácia do ato impugnado, quando for relevante o fundamento e desse ato puder resultar a ineficácia da medida que acaso venha a ser concedida (Lei n. 1.533, de 31.12.51, art. 7º, inc. II); estão aí, de modo muito claro, as exigências da probabilidade do direito (fundamentos relevantes) e da urgência da medida (risco de ineficácia).

A Lei da Ação Popular autoriza a suspensão liminar do ato lesivo impugnado, sem explicitar os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, (Lei n. 4.717, de 29.6.65, art. 5, § 4º), mas, ao dizer que essa suspensão será concedida para a defesa do interesse público, ela está claramente a exigir a existência de um perigo - porque não se conceberia uma defesa, se não fosse a necessidade de evitar a consu-

mação de um mal. O texto não explicita a necessidade da probabilidade do direito do autor, ou *fumus boni juris*, mas ao menos duas razões constitucionais deixam fora de dúvida que sem esse requisito não se concedem liminares em ação popular. A primeira delas é a imperiosidade da cláusula *due process of law* (CF., art. 5º, inc. LIV), que impede invadir a esfera de direitos do réu sem que haja algum fundamento para isso; a segunda é a necessidade de motivar a decisão concessiva da liminar (Const. art. 93, inc. IX), não havendo como motivá-la adequadamente se não houver um motivo constitucionalmente legítimo para a concessão.

A Lei da Ação Civil Pública estabelece que “o juiz poderá conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia” (Lei n. 7.347, de 24.7.85, art. 12). Não fala em requisito algum, mas, se uma justificação pode ser necessária, é porque necessária é também a presença dos requisitos da urgência e da probabilidade; além disso, o contrário equivaleria a desconsiderar o devido processo legal. Mais técnico e explícito, o Código de Defesa do Consumidor dispõe que “sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu” (Lei n. 8.078, de 11.9.90, art. 84, § 3º).

A Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade tem um longo e minucioso capítulo sobre a medida cautelar (arts. 10 a 12), mas de tanta imprecisão que chega ao ponto de não dizer sequer para qual fim essa medida de urgência poderá ser concedida nem falar de requisitos.

É inerente indole dessa lei, todavia, a destinação dessa falsa cautelar à antecipação dos efeitos esperados do julgamento final da causa em caso de procedência da demanda, ou seja, ao bloqueio da eficácia da lei ou ato normativo submetido à ação direta. A lei não fala do perigo do retardamento nem de alguma circunstância equivalente, omitindo-se também quanto ao *fumus boni juris*, mas nem um nem outro desses requisitos pode ser desconsiderado, porque não há interesse legítimo à antecipação se não houver um perigo a debelar e porque fazê-lo sem a verossimilhança da inconstitucionalidade é transgredir o devido processo legal.

Pensar em uma hipotética ação direta com o pedido de declaração de inconstitucionalidade de uma lei promulgada no ano de 2000, contendo a exigência da condição de brasileiro nato para a pessoa ser admitida a qualquer emprego, excluídos, portanto, os naturalizados e todos estrangeiros, mas estabelecendo que essa restrição só vigorará a partir do ano de 2.010. Por mais que o Supremo Tribunal Federal demore para julgar essa causa, não é provável que daqui a dez anos a causa não partir do ano de 2.010. Por mais que o Supremo Tribunal Federal demore para julgar essa causa, não é possível que daqui a dez anos a causa não haja sido julgada, sendo inteiramente despidianda qualquer liminar. Ao *periculum in mora* como requisito para a liminar em ação direta, a lei especial faz uma alusão indireta ao quê, em caso de excepcional urgência, a liminar poderá ser concedida *inaudita altera parte* (art. 10, § 3º); isso quer dizer que, para a concessão precedida da audiência de todos, a urgência não precisa ser excepcional, mas precisa haver.

Todas essas previsões legais constituem oferta de medidas antecipatórias de tutela, não de proteção cautelar. Aquele que obtém uma liminar em mandado de segurança passa a fruir, desde logo, em caráter de provisoriedade, daquele mesmo bem ou da situação que ele pretende obter ao fim, em caráter de definitivo.

O impedimento à comercialização de um produto, ditado liminarmente em processo referente a relações de consumo, é o mesmo impedimento que poderá vir depois em sentença, em termos definitivos, se a demanda for julgada procedente; mesmo a medida urgente possível no processo das ações declaratórias de inconstitucionalidade, que a lei chama de cautelar, outra coisa não é que a antecipação provisória da retirada de eficácia de uma lei ou ato normativo.

Nenhuma das medidas aqui consideradas é instrumental ao processo, nem se destina a apontar meios para o melhor e mais eficiente exercício da jurisdição, o que é próprio às cautelares (supra, n. 4-5).

26. o regime jurídico dessas antecipações, segundo as regras gerais

As deficiências técnicas das leis extravagantes portadoras de regras sobre medidas urgentes, mais a desordenada discrepância de linguagem, dificultam, mas não chegam ao ponto de impedir o encaixe de todas as medidas instituídas por elas, nos quadrantes da dogmática das medidas urgentes em geral (o que constitui o tema central da presente exposição). Todas elas estão sujeitas aos itens dessa disciplina, estudados acima, salvo os casos de incompatibilidade conceitual ou funcional.

Esse enquadramento dogmático seria até mais fácil de ser sustentado, para quem acreditasse realmente tratar-se de cautelares, porque nessa hipótese o que está no Livro III do Código de Processo Civil se lhe aplicaria de modo direto, sem depender da construção unitária que vem sendo proposta (supra, esp. n. 5).

Concessão em caráter preparatório. O Supremo Tribunal Federal exclui a possibilidade de medida urgente antes da propositura da ação direta de inconstitucionalidade, porque incompatível com a legislação especial e com a natureza das ações dessa ordem²¹; mas o Superior Tribunal de Justiça, corretamente, admite antecipações preparatórias da ação popular.²²

Todavia, em razão da própria índole da proteção oferecida pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor, é importante admitir essa tutela provisional prévia nos casos regidos por elas, sob pena de estreitar a possibilidade de acesso à justiça e à tempestividade da tutela jurisdicional (supra, n. 9 e 11).

A competência, nesse caso, é regida pelo art. 800 do Código de Processo Civil, tanto quanto para as cautelares antecedentes (supra, n.

21- Cfr. Negrão, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, nota 6 ao art. 10 da Lei da Ação Direta, p. 962, 2a col.

22- Cfr. Negrão, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, nota 1-d ao art. 5 da Lei da Ação Popular, p. 979, 2a col.

12), cabendo, portanto, ao juiz que numa prospecção se revele como competente para a demanda principal prevista e prometida (art. 801, inc. III).

A medida concedida antes da propositura da demanda principal tem sua eficácia limitada a trinta dias, tanto quanto as cautelares e as medidas urgentes em geral (supra n. 13), e não podem ser reeditadas (supra n. 14).

Momentos, no curso do processo. Manda a lógica do sistema, em associação com a promessa constitucional de tutela jurisdicional efetiva e tempestiva (Const., art. 5º, inc. XXXV), que, não concedida liminarmente a tutela antecipada em processos como estes aqui considerados, permaneça a possibilidade de concedê-la depois, naturalmente mediante a demonstração de requisitos supervenientes e respeitadas as eventuais preclusões (supra n. 16).

A provisoriedade e reversibilidade. Dada a sumariedade da cognição em que se apoiam as liminares concedidas nesses processos especiais, é natural o risco de errar, sendo, por isso, indispensável que tais medidas, como todas as outras urgentes, sejam passíveis de desfazimento sempre que o juiz se aperceba do erro ou mesmo quando algum fato superveniente assim aconselhar.

Mesmo no silêncio das diversas leis extravagantes, não se pode admitir a efetivação de uma medida editada assim para atender a uma situação urgente, quando a situação por ela criada puder ser irreversível e, portanto, for impraticável repor o demandado, caso tenha razão, no *status quo ante*. Essa truculência, que equivaleria a aceitar as premissas do anti-isonômico processo civil do autor,²³ transgrediria a garantia constitucional da igualdade das partes e seria a negação da cláusula *due process of law*, também constitucionalmente assegurada.

O máximo que se pode admitir, quando o mal a debelar for extremamente grave, mas a medida a conceder for apta a criar situações irreversíveis, será a concessão desta mediante caução suficiente a re-

23- Processo civil do autor: método antiquado, provavelmente originado no sistema das *actiones romanas*, consistente em tratar o processo como se fosse um instrumento de exercício dos direitos pelo autor, com outorga de benefícios a este e despreocupação pela situação do demandado (cfr. Dinamarco, Instituições de direito processual civil, I, n. 39, no prelo).

compor o patrimônio do demandado em caso de a final se reconhecer a improcedência da demanda principal.

A provisoriedade e a reversibilidade, impostas como requisitos gerais da antecipação nos §§ 2º e 4º do Código de Processo Civil, são preceitos integrantes da disciplina geral das antecipações, que se aplicam a todos os casos (supra n. 8); a exigibilidade de caução também é uma regra de aplicação geral, sempre destinada a assegurar o indispensável equilíbrio entre os litigantes (supra n. 19).

Uma das leis portadoras da disciplina do mandado de segurança autoriza a suspensão de medidas pelo presidente do tribunal competente para julgar o recurso cabível, sempre que elas sejam lesivas à ordem pública (Lei n. 4.348, de 26.6.64, art. 4º). O mesmo está disposto no art. 12, § 1º, da Lei da Ação Civil Pública.²⁴

Responsabilidade civil. A parte que houver provocado uma medida urgente em mandado de segurança, em ação popular, em ação civil pública ou em processo relacionado com o consumo, deve responder ao adversário pelos prejuízos que injustamente lhe houver causado, porque tais hipóteses são substancialmente idênticas às de dano mediante medidas cautelares, expressamente sancionada pelo art. 811 do Código de Processo Civil (supra n. 18). Na ação direta de inconstitucionalidade, não serão titulares do direito à indenização os ocupantes do pólo passivo da relação processual, mas os sujeitos beneficiados pela lei que haja sido provisoriamente suspensa e depois dada por constitucionalmente válida, desde que hajam sofrido danos causados pela suspensão.

24- Sobre a suspensão de eficácia dessas medidas, sua natureza jurídico-processual e requisitos para ser concedida, cfr. Dinamarco, Fundamentos do processo civil moderno, I, nn. 312-325, pp. 610 ss.

BIBLIOGRAFIA

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência. S.Paulo: Malheiros, 1998.
- BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*. Milão: Giuffrè, 1944.
- CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Pádua: Cedam, 1936.
- CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Nápoles: Morano, 1953-1958.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Nápoles: Jovene, 1933.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. "*Il procedimento cautelare*", in *Lezioni sul processo civile*. Bolonha: Il Mulino, 1995 (em coop.).
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 4ª ed. S.Paulo: Malheiros, 1997.
- Fundamentos do processo civil moderno 3ª ed. S.Paulo, Malheiros: 2000.
- Instituições de Direito Processual Civil, no prelo.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. "*Parte o 'capo' di sentenza*", in *Riv. dir. proc.* 1964.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 31ª ed. S.Paulo: Saraiva, 2000.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil - parte geral das obrigações*, 21ª ed. S.Paulo: Saraiva, 1993.
- _____, *Direito Civil*, V, 20ª ed. S.Paulo: Saraiva, 1993.

**A SUBJETIVIDADE DA PRESTAÇÃO
JURISDICCIONAL NO DANO MORAL
DO CONSUMIDOR**

Jorge Luiz de M. G. do Amaral
Juiz de Direito em Rondônia

A SUBJETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NO DANO MORAL DO CONSUMIDOR

Jorge Luiz de M. G. do Amaral

Sabe-se que o direito objetivo é resultado da valoração positiva ou negativa pelo legislador dos fatos e atos decorrentes da vida em sociedade. Na visão tripartite da realidade, a doutrina identifica fato, valor e norma como os vértices de um triângulo a revelar o fenômeno do surgimento do direito.

Assim é que temos na legislação vigente o resultado dos princípios e valores da sociedade por meio de seus representantes.

A constituição de 1988 veio consagrar direitos já há muito reconhecidos pela doutrina, jurisprudência e poucas leis especiais. Exemplo disso, temos o "dano moral" cuja reparação está incluída na Constituição como "direito individual". Também contemplado no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) como um dos direitos a que este faz jus nas relações de consumo.

E o que vem a ser esse tão falado "dano moral"?

Savatier conceitua o dano moral como:

...qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, abrangendo qualquer atentado à reputação da vítima, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor próprio e estético, à integridade de sua inteligência, às suas afeições, etc. (*Traite de la responsabilité civile* Vol. II, n. 525, in Caio Mario da Silva Pereira, Responsabilidade Civil, Editora Forense, RJ, 1989).

Para Minozzi, um dos maiores defensores da ressarcibilidade desta espécie de dano, o Dano Moral vem a ser "a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a aflição física ou moral, em geral uma dolorosa sensação provada pela pessoa, atribuindo à palavra dor o mais largo

significado". (Studio Sul Danno Non Patri Moniale, Danno Morale, 3ª edição, p. 41).

Nas palavras de Carlos Alberto Bittar:

... são morais os danos e atributos valorativos (virtudes) da pessoa como ente social, ou seja, integrada à sociedade (como, v.g., a honra, a reputação e as manifestações do intelecto) (Tutela dos Direitos da Personalidade e dos Direitos Autorais nas Atividades Empresariais, Revista dos Tribunais, SP, 1993, p. 24).

Conforme Maria Helena Diniz, "Dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo" (Curso de Direito Civil Brasileiro, Editora Saraiva, SP, 1998, p. 81)

Assim é que sob a denominação de "dano moral" vem se reconhecendo uma série de circunstâncias que não se adequam necessariamente à violação da honra ou da dignidade do ofendido, mas na simples lesão ou violação de interesse juridicamente protegido independentemente de qualquer repercussão na esfera íntima do lesado, o que se identifica com o conceito de "dano extrapatrimonial" trazido por Alessandro Segalla em aprofundado estudo (*in* O dano extrapatrimonial contratual no âmbito das relações de consumo, www.jus.com.br/doutrina).

Por isso cumpre enfatizar que aquilo que a doutrina nacional passou a qualificar de "dano moral", e com este nome se incluiu na Constituição, na maior parte das vezes não guarda relação com um real atentado à moral de quem quer que seja. Em verdade, passou-se a denominar de dano moral qualquer "ofensa" a valores não mensuráveis materialmente. Qualquer alteração no estado psicológico da parte pode ser identificado como "dano moral" sem que necessariamente a parte ofendida tenha sido atingida nos elementos inerentes a sua personalidade.

O brilhante prof. Calmon de Passos em recente artigo traz a seguinte contribuição ao tema da reparação por danos morais:

Há, danos, contudo, que não afetam nosso patrimônio nem nosso corpo. Eles representam perda naquela dimensão do

existir especificamente humano, todo ele considerado como danos não-materiais. Porque insuscetíveis de avaliação e dada a necessidade de também serem materializados, devem ser estimados em termos monetários. Outras reparações possíveis para eles foram descartadas, por incompatíveis com uma civilização em que tudo se fez mercadoria, deve ter um preço e submete-se às leis do mercado. Essa particularidade torna bem complexa a técnica do seu ressarcimento ou, com mais acerto, bem mais arbitrária e aleatória. Ainda mais entremeadado de dificuldades é o problema do ressarcimento dos danos que afetam a nossa personalidade, os que provocam mudança no modo como nos víamos ou como éramos vistos (avaliados) pelos outros. Em que pesem essas peculiaridades, tenho para mim que se deve afirmar como necessário, para serem atendidos, uns e outros, os critérios fundamentais da liquidação dos danos materiais – devem ser precisamente provados, repelindo-se, tanto como critério para certificação de sua existência quanto para sua estimativa, o juízo de valor que a vítima faz de si mesma, cingindo-nos rigorosamente a padrões socialmente institucionalizados, o que assegura o mínimo de objetividade exigido de toda e qualquer aplicação do direito ao caso concreto. (*In O imoral nas indenizações por dano moral, www.jus.com.br/doutrina*).

Desta forma é que, seja a reparação decorrente de efetivo dano moral, sujeito, portanto, à comprovação, ou de mero dano extrapatrimonial, pela simples violação de direito subjetivo do ofendido, a missão do julgador é tormentosa e delicada, pois até o momento inexistem parâmetros objetivos para fixação do *quantum* indenizatório.

Na falta destas balizas, parte da jurisprudência tem se utilizado analogicamente das diretrizes da Lei de Imprensa e do Código Brasileiro das Telecomunicações para estabelecer o valor das indenizações. Tais diplomas levam em conta as condições pessoais (sociais, econômicas) do ofendido e do causador do dano, o grau de sua culpa ou a intensidade do elemento volitivo, assim como a reincidência. São critérios preco-

nizados no art. 53, incs. I e II, da Lei de Imprensa e no art. 84 do Código Brasileiro de Telecomunicações. Mesmo assim o que se vê são as decisões mais díspares possíveis, em casos semelhantes, em razão da não obrigatoriedade de adoção de tais critérios, exacerbando-se na utilização da subjetividade de cada aplicador do direito, o que causa perplexidade e insegurança na sociedade e compromete a credibilidade do sistema judiciário. Como o assunto fica reservado unicamente à análise subjetiva de cada caso, dificilmente a mesma situação será quantificada de forma idêntica, o que reforça a situação de incerteza em uma verdadeira loteria judiciária ao se ingressar com uma ação desta natureza. Embora as instâncias superiores e inclusive o STJ atuem com papel uniformizador das indenizações arbitradas, isto estará condicionado ao correto manejo dos recursos cabíveis, com seus pressupostos específicos.

O prof. Geraldo Ataliba já advertia em palestra proferida em solo rondoniense, que a instabilidade das relações jurídicas representa em nosso país, principal empecilho ao desenvolvimento, pois responsável pela insegurança das instituições. Pode dizer-se que, dada a importância que o direito do consumidor vem demonstrando hoje em dia, a falta de regras claras e preestabelecidas para a solução das lides de consumo no que diz respeito ao dano moral, tornando necessária a aplicação de critérios exclusivamente subjetivos, é fator de fragilização deste importante sistema de proteção.

Antônio Casemiro da Silva faz as seguintes considerações sobre o tema da quantificação do dano moral:

No entanto, fundamental é que o Juiz de forma clara, defina se a indenização é fixada como ressarcimento ou punição. Se a função da reparação civil for entendida como ressarcimento ou compensação, deverá estabelecer critérios objetivos, ainda que de forma aproximada, para fixar o *quantum* indenizatório, o que consiste em avaliar de forma não emocional, isenta e criteriosa as circunstâncias do fato, o grau da culpa, a duração do sofrimento, as partes psicológicas atingidas, as condições do ofensor e do ofendido e a dimensão da ofensa (...).

(...) Se, no entanto, o Juiz entender que a reparação deva ser fixada como punição, as regras e os critérios para a fixação do *quantum* indenizatório invertem-se completamente, não havendo limites para o estabelecimento do valor. Pelo protesto de um título de cem reais, poderá ser fixado um valor de dez milhões de reais, tudo obviamente, levando-se em conta o grau da potencialidade econômica do aspecto a ser analisado o do ofendido, uma vez que o critério adotado foi o da punição.” (in A fixação do *quantum* indenizatório nas ações por danos morais, www.jus.com.br/doutrina).

Diante dessas duas finalidades, ou seja, reparadora e sancionadora, tem aplicado-se o instituto ou pela simples ocorrência de dano, independentemente de culpa e, portanto da finalidade punitiva, ou pela mera violação de interesse juridicamente protegido, independentemente de efetivo dano à honra e à dignidade, como já visto. Neste contexto, é certo que, no atual sistema, destas situações isoladamente ou em conjunto, merecem valoração correspondente e proporcional.

A Lei n. 10.406/2002, o novo Código Civil, e que se encontra em *vocatio legis*, traz novo conceito de ato ilícito nos seguintes termos:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Já o Código Civil ainda em vigor (Lei n. 3.071/1916) dispõe:

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

Portanto, nas relações em geral, aquilo que hoje se admite alternativamente, somente ensejará reparabilidade do dano quando concorrerem ambas as situações.

Nas relações de consumo, porém, regidas por lei especial, já se admite expressamente a reparabilidade do dano moral (art. 6º, VI, Lei n. 8.078/90), a responsabilidade do fornecedor de produtos ou serviços é objetiva (arts. 12 e 14 da mesma lei), e estão explicitadas as hipóteses que geram a reparação do dano, sendo estas basicamente: a) defeitos relativos ao produto ou à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos de tais produtos ou serviços; b) vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor; c) práticas abusivas (art. 39, CDC); d) cobrança vexatória ao consumidor, e) lançamento e manutenção indevida nos órgãos de proteção ao crédito.

Se a lei contempla os deveres da relação consumerista, oportuno e desejável que trouxesse os parâmetros para fixação dos danos morais, com enormes vantagens à transparência e à moralização do instituto tão banalizado atualmente.

Pedindo vênias aos que pensam em contrário, não é razoável a aplicação em nosso sistema jurídico dos *punitive exemplary damage* da jurisprudência anglo-saxônica, nas relações de consumo. Naqueles países, a reparação é fixada em quantia relacionada com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo expressivo no patrimônio do lesante. O objetivo é atingir de forma significativa daquele patrimônio, como uma punição. Ainda que, na quantificação da reparação, deva ter-se em conta um desestímulo à conduta do ofensor, estimulando-o a aperfeiçoar seus métodos de atuação no mercado e minorar ao máximo a probabilidade de dano ao consumidor, não se pode encarar o assunto de forma maniqueísta e personificar o mal na parte mais forte, simplesmente pelos grandes lucros que auferem no sistema capitalista.

Ao contrário do que apregoam, o exacerbamento das indenizações por dano moral não propiciam uma melhor convivência social, mas acirra um permanente estado de beligerância e propaga a intolerância.

Conta-se que a neurose que a sociedade americana vive em razão das pesadas ações por danos morais, tem levado muitos pais a somente aceitarem que os colegas de seus filhos venham brincar em suas casas, mediante a assinatura dos responsáveis isentando-os de qualquer responsabilidade por eventuais acidentes que ocorram.

Além disso, não se pode negar que tal instituto foge aos objetivos básicos da responsabilidade civil que é inequivocamente o do ressarcimento, recomposição de prejuízo, compensação, e não de punição, reservado à seara do direito penal.

Parece-me amoral que alguém receba vultosa quantia, como compensação pela dor, constrangimento ou mero incômodo, e isto represente fator de ascensão social ao “feliz” lesado.

Calmon de Passos nos lança mais esta reflexão no citado artigo:

Precisamos refletir seriamente sobre que relação traduzível em dinheiro há entre a ofensa à honra e às pessoas do ofensor e do ofendido. A honra, no mundo capitalista, também tem um valor de mercado. Se não vale a lei da oferta e da procura, vale a lei do desencorajamento e enriquece. O ofendido precisa lucrar com a ofensa e o ofensor estimar que o preço pago o convida a sair do mercado, porque não compensador o negócio. Não me parece justo, entretanto, que o ganho do ofendido seja tão estimulante que ele se sinta tentado a explorar esse rendoso negócio. Sem esquecer o sócio de ambos os contendores, o advogado, sempre beneficiado com uma parcela não muito desprezível do resultado obtido, resultado esse impossível de ser alcançado sem que entre na cena um terceiro personagem também suspeito – o magistrado. Nosso medo é de que talvez tenhamos, dentro em breve, empresas especializadas no treinamento de pessoas para habilitá-las a criar situações que levem alguém a ofendê-lo moralmente. Sem esquecer que a transmutação do dano moral em dinheiro nem pede mais a repercussão social da ofensa. O que se tem que avaliar é a dimensão “subjetiva” da dor, tanto maior quanto menor o senso moral do ofendido, o que lhe dá desenvoltura para traduzir em cifras o tamanho da ofensa experimentada...

Tramita pelo Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado de n. 150/1999, o qual propõe diretrizes para a reparabilidade do dano moral

e que, sem dúvida, representa avanço no nosso sistema jurídico, merecendo amplo debate da sociedade.

Por enquanto, na ausência dos parâmetros objetivos para fixar o *quantum*, devem-se ter em vista os princípios como: a gravidade e extensão do dano, a reincidência do ofensor; a posição profissional e social do ofendido; a condição financeira do ofensor e do ofendido, sem olvidar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade da reparação, sem perder de vista que o direito tem imprescindível papel de harmonização da vida em sociedade e pacificação dos conflitos.

SENTENÇA CRIMINAL PROGRAMADA PARA COMPUTADOR

Pedro Madalena

*Juiz de Direito aposentado do Tribunal de Justiça
do Estado de Santa Catarina*

Roberto Heinzle

*Professor do Curso de Ciências da Computação
da FURB/Blumenau/Estado de Santa Catarina*

SENTENÇA CRIMINAL PROGRAMADA PARA COMPUTADOR

*Pedro Madalena
Roberto Heinzle*

1 – INTRODUÇÃO

Durante o ano de 2000 foram publicados, em revistas especializadas de Direito¹, dois artigos de autoria do primeiro autor em parceria com o Prof. Álvaro Borges de Oliveira (UNIVALI/Itajaí/SC), intitulados “O Judiciário e os sistemas informatizados” e “Sentença por processamento eletrônico”. Posteriormente, para fins didáticos, fizeram a reunião desses trabalhos e algumas alterações importantes, que resultou em uma só composição “O Judiciário dispondo dos avanços da informática”, publicada na Revista da ESMESC – Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina².

O referido trabalho está desdobrado em: Introdução, A morosidade da justiça brasileira, Automação dos cartórios judiciais, Descentralização de atribuições do juiz, Sentença produzida por sistema inteligente, Resumo e Bibliografia.

Nesse ensaio ou estudo de informática jurídica, procurou-se demonstrar a possibilidade da implantação de sistemas informatizados inteligentes, nos serviços judiciais, com a finalidade de, mesmo estando a legislação processual em certos pontos desatualizada em relação ao crescimento vertiginoso da demanda, conseguir maior produtividade no tempo, pela disponibilidade da modernização da cibernética.

Demonstraram que o Judiciário precisa automatizar os procedimentos³ nos cartórios e os juizes podem julgar as causas mais simples e freqüentes, usando sistemas avançados de computação eletrônica de dados, além, pois, do editor de texto.

1 - In Verbis (IMB) n.º 20; Consulex n.º 42; OAB/SC n.º 97.

2 - Ano 6, vol. 8, 8/2000, p. 169-85 (veja o site amc.org.br/esmesc/variedades/revistas/htm).

3 - Previstos nos Códigos e na legislação esparsa.

Para tanto, fizeram uma breve demonstração da possibilidade do juiz julgar determinada causa cível, por via de diálogo feito com o computador⁴.

Agora, em **nova parceria**, faremos também uma demonstração de que é possível haver julgamento de **ação criminal**, baseado em sistema informatizado inteligente.

Principalmente a partir de César Beccaria⁵, os doutrinadores vêm se dedicando com notável afinho na produção de obras jurídicas de Direito Penal.

Acontece que mesmo diante dessa riqueza literária, infelizmente, no final do ano 2000, ainda nos deparávamos com a assustadora violência criminal nas grandes metrópoles brasileiras, por sinal, até certo ponto incontrollável, pois os bandidos organizados conseguem dominar e até matar, com melhores recursos, os adversários policiais e civis.

Notem as afirmações do grande mestre de Direito Penal, Damásio E. de Jesus:

O aumento da criminalidade no Brasil é assustador. Só na capital de São Paulo, em 1998, houve 4.814 homicídios. No primeiro trimestre de 1999 ocorreram 1.359 mortes dolosas e até 09 de maio deste ano o número de crimes desse tipo já havia chegado a 1.596 (na Grande São Paulo).

(...)

Em 1999, só na capital paulista, ocorreram 5.418 homicídios, um aumento de 12% em relação a 1998, com uma média de 14 por dia. Em 1999, no interior de São Paulo, o número total foi de aproximadamente 3.790 mortes causadas intencionalmente. No ano corrente (2000), na capital, só em quatro dias, durante o fim de semana de 31 de março a 03 de abril, aconteceram 72 homicídios.

(...)

A que se deve esse aumento da criminalidade? Normalmente se coloca a culpa no Código Penal brasileiro, dizendo que

4 - Parceria do homem com a máquina.

5 - Bruno, Aníbal. Direito Penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

é preciso reformá-lo. Mas notem o seguinte: o País tem hoje uma das maiores legislações do mundo. Existe crime para tudo aqui. Basta forçar um pouquinho que se encontra um delito. Até há pouco tempo, dirigir sem carteira de habilitação era contravenção. Hoje, embora tenhamos um novo Código de Trânsito, que define exatamente esse delito, há ainda uma parte da jurisprudência afirmando que esse fato subsiste como infração penal – quando em outros países é um simples ilícito administrativo.

Por que, com uma legislação tão abrangente, ocorre esse aumento da criminalidade? As razões são muitas. Uma delas é a confusão legislativa. Não é raro um ex-aluno meu telefonar perguntando qual é a lei aplicável em determinado caso. Não é difícil, também, um Juiz de Direito, um membro do Ministério Público ou um Delegado de Polícia telefonar e dizer: 'Não sabemos o que fazer!' Há uma confusão tão grande com relação à legislação que eles acabam tendo dificuldades em aplicá-la. Essa situação leva, não a uma sensação, mas à certeza da existência de impunidade no nosso sistema penal, porque ele não é sério e, conseqüentemente, não funciona ⁶.

A nossa doutrina é farta em sugestões para resolver a crise da criminalidade.

Recentemente, o eminente Ministro-Presidente do Supremo Tribunal Federal, Carlos Velloso⁷, apresentou sugestão que assim foi reproduzida pela reportagem:

... O Ministro também deu ênfase, em seu discurso, à criação dos Juizados de Instrução, propondo que cada delegacia seja transformada em uma Vara Criminal dirigida por um juiz

6 - Erros e o formalismo da Justiça Criminal Brasileira. *Jornal Síntese* n.º 43 – set/2000, p. 3.

7 - *Revista Jurídica Consulex*. Brasília: ano IV, n.º 45, set/2000.

e funcionando 24 horas seguidas. A proposta, segundo Velloso, acabaria com a dualidade de instrução (inquérito policial e instrução judicial criminal).

E o consagrado processualista José Carlos Barbosa Moreira, entre outras anotações, assinalou aos ouvintes participantes da Conferência mencionada na Revista da AMB de setembro de 2000, que a defeituosa legislação processual, a defeituosa organização do trabalho e a insuficiente utilização da moderna tecnologia concorrem para reter em baixo nível a produtividade nos órgãos do Poder Judiciário.

Quando o insigne mestre fez alusão à insuficiente utilização da moderna tecnologia, por certo estaria se referindo à falta da implantação de avançados sistemas de computação eletrônica para gerenciar os serviços forenses, porque essa é, na verdade, a forma técnica encontrada de se produzir mais em menor tempo, com menor quantidade de pessoas e com baixo custo operacional (princípios de economia aplicáveis à produção de serviços).

Mas quem deve ser o culpado por essa propalada desorganização estatal que gera tamanha violência, intranquilidade e falta de segurança na sociedade brasileira? Nossa pretensão não é encontrar culpados e sim apontar uma solução parcial para o problema. Cada um dos três Poderes deve ter sua parcela de culpa.

O Legislativo por manter, ainda, uma legislação penal já superada pelo tempo, notadamente a processual, porque ao buscar a real e verdadeira justiça propicia o uso de múltiplos recursos de defesa, até desnecessários, que, em geral, conseguem alcançar a prescrição e a impunidade, quando formas procedimentais mais simples e racionais, não agressivas ao bom direito, atingem o mesmo desiderato de distribuir justiça.

O Executivo, por seu turno, não oferece condições de infraestrutura para a manutenção e recuperação dos presos, tanto os provisórios quanto os definitivamente condenados.

O Poder Judiciário, embora seja vítima dessas inoperâncias dos demais Poderes, deve reconhecer que no decorrer dos tempos, pouco se preocupou em criar um órgão específico de Planejamento Científico, na sua administração, de forma permanente, tal como lembrado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em seu precioso artigo "A

reforma processual"⁸. Sabe-se que a fatia orçamentária do Judiciário tem sido irrisória, mas isto não tem impedido a adoção de medidas de racionalização dos seus serviços, porquanto conta com técnicos, nos seus quadros de pessoal, em condições de realizar o trabalho de planejamento da atividade produtiva do serviço forense.

Nota-se que alguns altos agentes do Poder Judiciário vêm se conformando com suas próprias decisões administrativas, seja em Presidência de Tribunal, em Corregedoria de Justiça ou em Órgão Especial, por sinal, alguns, sem conhecimento técnico (O & M) para isso, quando poderiam usar, criteriosamente o assessoramento de especialistas de outras áreas científicas para o desenvolvimento dos serviços relacionados com a prestação jurisdicional. Aqui em Santa Catarina, numa demonstração de sabedoria e altivez, o Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça, logo ao assumir a digna função, instalou um sistema de Planejamento Estratégico e criou comissões especiais, com a finalidade de inovar, para melhor, a atividade administrativa judiciária, inclusive com destaque na área de informática⁹. Louvores e aplausos ao Desembargador Francisco Xavier Medeiros Vieira.

Segundo narra o Desembargador Dinio de Santis Garcia, na Alemanha, em 1969/70, a convite do Ministério da Justiça, foi formado um grupo integrado por juristas, profissionais de informática, estatísticos e economistas, com a finalidade de descobrir as causas do retardamento dos processos cíveis. Ao final dos trabalhos, foram formuladas propostas para a modificação da legislação processual¹⁰. Em torno do assunto, o Desembargador Francisco da Motta Macedo, digníssimo Presidente da AMAER, ao ser entrevistado pelo repórter Clóvis Gomes a respeito da Reforma do Judiciário enfatizou: "O importante para os cidadãos é uma modificação na legislação processual, e isso não está contido no projeto, que para mim está cheio de demagogias, exatamente para desmoralizar o Poder Judiciário"¹¹. Contudo, vemos que a implantação de sistemas inte-

8 - Revista do IMB-In Verbis. Rio de Janeiro: ano 01, n.º 0, fev-mar/1996, p. 13.

9 - Veja o site tj.sc.gov.br link: Institucional → Planejamento Estratégico e CGINFO.

10- Revista da Escola Paulista da Magistratura. São Paulo: ano 01, n.º 01, set-dez/1996, p. 171.

11- Revista Justiça, da AMAGIS-MG. Belo Horizonte, ano 4, n.º 15, jan/2001, p. 8.

ligentes, no serviço forense, dará celeridade aos julgamentos, enquanto não houver a desejada reforma processual, tão apregoada nas conferências brasileiras.

Diante desse panorama do Direito Penal, acreditamos que a informática, assim como acontece na iniciativa privada, que trabalha com um grande universo de dados, é uma das melhores soluções para acelerar a produtividade do fluxo procedimental das ações criminais judiciais.

Aliás, na Revista Consulex¹² antes referida, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, por ocasião do lançamento do Código de Conduta da Alta Administração Federal, disse:

INFORMATIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

-Deve ser de amplo e irrestrito o apoio à proposta do Ministro Carlos Velloso, de informatizar toda a justiça brasileira. E essa informatização não deve servir apenas como meio de amplo acesso de informação aos jurisdicionados. Deve ser também o meio pelo qual se contribuirá decisivamente para a tão almejada agilização da justiça, por intermédio de ampla revisão dos processos.

Afora os problemas sociais tais como pobreza, desemprego e baixa renda *per capita*, qual a influência de uma moderna administração da justiça, na redução da criminalidade?

Duas grandes influências são decisivas: evitar a impunidade e criar a infra-estrutura necessária para a ressocialização das pessoas com personalidade desajustada ou voltada à criminalidade.

Evita-se a impunidade por meio de melhor aparelhamento dos serviços da atividade judiciária criminal, inclusive já na fase policial. Com pessoal treinado e dispondo dos avanços da informática, por certo as ações judiciais serão julgadas no menor tempo possível e todos os infratores receberão a devida reprimenda, sem poder usar os benefícios escusos da procrastinação e prescrição.

12- Consulex n. 45.

A infra-estrutura estaria direcionada, entre outras coisas, à disponibilização de presídios em condições satisfatórias, pelo menos básicas, para recuperar o apenado. Acreditamos que a administração carcerária deveria ser de responsabilidade do Poder Judiciário, que é o principal interessado em ver a pena imposta, definitivamente cumprida. Com efeito, os orçamentos públicos municipal, estadual e federal, deveriam prever verbas específicas para despesas de custeio e de capital.

Num sistema assim, talvez fosse conveniente acabar com as cadeias locais¹³. Seriam criados presídios regionais, na zona rural, tanto para presos dependentes de julgamento, quanto para os já condenados. Na sede do presídio, poderia haver uma unidade judiciária provida de competência para o julgamento da ação penal, inclusive na sua fase executória. Desse modo, a atividade do juiz do local do ato infracional seria unicamente para proceder ao encaminhamento do agente ao presídio regional e, depois, conforme o caso, ouvir por carta precatória a testemunha, presidir a perícia e acompanhar, no domicílio familiar do apenado, o fiel cumprimento de penas alternativas, eventualmente determinadas na sentença, sempre auxiliado por técnicos remunerados pelo Poder Público. O presídio regional teria que apresentar recursos humanos e materiais exemplares e divisão física dos presos segundo o tipo cometido de infração penal, incluindo os adolescentes, mulheres e pessoas portadoras de doenças mentais. O sistema carcerário seria provido de total segurança informatizada¹⁴, para evitar fugas e atos de rebeldia, envolvendo inocentes reféns.

2 – CASO CRIMINAL CONCRETO PARA SER PESQUISADO (Dados de sentença com omissão de alguns detalhes, para não identificação dos protagonistas, das testemunhas, da vítima e do julgador).

A Justiça Pública ingressou perante a vara criminal de comarca do Estado de Santa Catarina, com ação pública incondicionada contra a

13- Geralmente apontadas como depósitos imundos e fétidos de pessoas, dentro da cidade.

14- Com setor sob a responsabilidade de funcionários de Corregedoria da Justiça, em que o gerenciamento informatizado compreendesse principalmente: a) sistema de travas eletrônicas nas portas e portões; b) sistema de controle da entrada de objetos metálicos; e c) sistema de alarme de incêndio.

pessoa daqui em diante denominada “A”, por prática de furto qualificado. O ato infracional foi praticado em 25.10.1996, a denúncia foi recebida em 01.11.1996 e a sentença proferida em 16.10.2000. Segundo a narrativa do Ministério Público, naquela data, por volta das 13h30, “A”, juntamente com outra mulher não identificada, dirigiu-se a um supermercado, localizado no centro da cidade. No local, ambas subtraíram para si os objetos descritos no auto de prisão em flagrante, avaliados em R\$ 535,00 (quinhentos e trinta e cinco reais), empreendendo fuga logo a seguir. Pessoa do serviço de segurança do estabelecimento vítima, ao perceber a intenção ilícita das duas mulheres, desencadeou ato de perseguição, no que conseguiu recuperar a *res furtiva* e imobilizar “A”, enquanto sua companheira logrou êxito em evadir-se do local dos fatos. Dessa forma, o furto por ambas praticado, somente não se consumou por circunstâncias alheias à vontade das agentes do ato delituoso.

Assim agindo, “A” foi denunciada como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, inc. IV, cumulado com o art. 14, inc. II, ambos do Código Penal. O ato de prisão em flagrante foi homologado e após a prestação de fiança, a denunciada obteve a liberdade provisória. A ré foi citada, interrogada e houve entrega da defesa técnica prévia negando a autoria do crime. Em juízo, foram ouvidas três testemunhas, duas arroladas pela autora e uma pela ré. Na fase de diligências (art. 499 do CP) nada foi requerido.

Em alegações finais, a autora pugnou pela procedência da ação penal, porque foram provados os requisitos de autoria, materialidade e responsabilidade, enquanto a ré, pela sua absolvição, ante a ausência de provas suficientes para ensejar o decreto condenatório, invocando para tanto o disposto no artigo 386, VI, do Código de Processo Penal. Na sentença prolatada, o digno juiz, após o relatório do processo, decidiu que a materialidade da infração penal restou suficientemente provada através dos termos de apreensão e de entrega, do auto de avaliação, da *res furtiva*.

Quanto à autoria, também entendeu ter sido evidenciada, com base nos depoimentos das testemunhas n. 1 e 2, já que a versão apresentada pela ré não encontrou ressonância no complexo probatório, quando afirmou que fora vítima de um ato de simulação, praticado por dois funcionários do estabelecimento comercial, com o intuito de, ilicitamente, incriminá-la no episódio.

O magistrado sentenciante esclareceu que ninguém provou essa manobra da denunciada, daí porque prevalentes os demais elementos probatórios. Sua Excelência ressaltou também que houve apenas tentativa do crime de furto, posto que a *res furtiva* não chegou a sair da esfera de vigilância da vítima, tanto que a então indiciada foi imediatamente perseguida e as mercadorias recuperadas. Quanto à qualificadora “mediante concurso de duas ou mais pessoas”, o julgador entendeu ter sido provada, principalmente com base no depoimento da testemunha n. 1.

Reconhecida a culpabilidade penal da ré, o nobre juiz passou à fase de aplicação da pena. Para os fins de fixação da pena-base, apontou o que dos autos resulta: a denunciada é primária, de bons antecedentes e de personalidade volúvel; impressionada pelo ganho fácil, como motivo da prática delituosa, porém sem conseqüências especiais, e que a vítima em nada contribuiu para que o fato acontecesse. Com efeito, após o exame das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, fixou a pena-base no mínimo legal, que é de dois anos de reclusão, consoante o disposto no art. 155, § 4º, inc. IV, do Código Penal.

Na segunda fase, não encontrou circunstâncias agravantes ou atenuantes que pudessem alterar a pena-base, até porque impossível alguém do mínimo *in abstracto*. Na terceira, presente a figura do crime tentado, de que trata o art. 14, inc. II, parágrafo único, do mesmo Código Penal, adotou a fração de um terço¹⁵ para promover a redução da pena então fixada, que passou a ser de um ano e quatro meses de reclusão. Seguindo as mesmas diretrizes do mencionado art. 59 e pela circunstância de crime qualificado pelo resultado, fixou em doze (12) a quantidade de dias-multa, no valor individual de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato (artigo 49 do Código Penal), ante a inexistência de dados acerca da situação econômica da apenada.

Finalizando a imposição da reprimenda, determinou que a pena restritiva de liberdade fosse cumprida em regime aberto, conforme previsto no art. 33, § 1º, letra “c”, do Código Penal, e, diante do exposto no processo, julgou procedente a denúncia e condenou “A” a um ano e quatro meses de reclusão, bem como ao pagamento de doze (12) dias-multa, no valor

15- O limite legal é entre um a dois terços.

individual de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato (art. 49 do Código Penal), por infração do art. 155, § 4º, inc. IV, cumulado com o art. 14, inc. II, ambos do Código Penal. Porque satisfeitos os requisitos legais, com base na lei n. 9.714/98, que deu nova redação aos arts. 43 a 47, 55 e 77, do Código Penal, a pena privativa de liberdade foi transformada em restritiva de direitos, consistente em limitação de fim de semana e prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, tudo na forma dos arts. 44, 46, 48 e 55 do mesmo diploma legal. Foi condenada a pagar as custas processuais. Presentes os requisitos previstos no art. 594, do Código de Processo Penal, concedeu à apenada o direito de poder, em liberdade, recorrer da decisão condenatória. O magistrado fixou em 15 URHs a remuneração do defensor dativo e determinou que, após o trânsito em julgado da sentença: seja o nome da apenada lançado no rol dos culpados; seja recolhido o valor da pena pecuniária, na forma do art. 50, do Código Penal; sejam comunicados os efeitos da sentença à Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina e ao Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Paraná; sejam os autos conclusos, para a designação de audiência, a fim de que a condenada tome ciência de onde deverá cumprir a pena alternativa, substitutiva da privativa de liberdade.

Ao final, mandou que se cumprissem os atos de certificação, publicação, registro e publicação do *decisum*. Local, data e assinatura.

3 – JULGAMENTO POR MEIO DE RESPOSTA A QUESTIONÁRIO

Como já afirmado anteriormente, na base de conhecimento do *software* estaria toda a legislação penal¹⁶, codificada ou não, evidentemente disposta no banco de dados e sistematizada segundo as regras de análise e programação.

Como se sabe, existem normas e rotinas comuns (partes geral e especial de códigos) aplicáveis ao direito material e processual, de maneira que o sistema disso se preocupará, porque a programação informatizada sempre se norteia no sentido de criar uma fórmula única que possa servir, ao mesmo tempo, a infinitos casos dependentes do processamento eletrônico dos dados.

16- Direito Penal e Direito Processual Penal.

Há quem afirme a total impossibilidade de se efetuar o julgamento das ações, principalmente as penais, através de um sistema informatizado, nos moldes em que estamos aqui propondo. A principal contrariedade decorre do entendimento do uso do jargão *cada caso é um caso!* Não é bem assim! O Direito Penal regula as relações do indivíduo com a sociedade, por isso, não pertence ao Direito Privado, mas sim ao Público.

A nossa Constituição Federal assegura que compete, privativamente, à União legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho (art.22). Com efeito, as normas de Direito Penal e de Direito Processual Penal, emanadas do Poder Central, codificadas ou não, que se achem vigendo, devem ser cumpridas pelos jurisdicionados.

Ora, como são normas escritas e juridicamente sistematizadas, *ipso facto*, podem ser pesquisadas, examinadas e fazer parte de um sistema eletrônico gerador de decisões lógicas, em cuja base de dados haja registro das várias circunstâncias previstas por um jurista (Especialista), desde que os fatos concretos alimentadores do processamento sejam compatíveis para formar um conjunto, igual ao juízo que faria o magistrado, diante de um caso que lhe fosse posto em julgamento. Partindo-se da lógica comum, observa-se que um mesmo caso jurídico, colocado em julgamento, por exemplo, entre três (3) juízes e um computador provido de sistema inteligente, poderia resultar em quatro (4) decisões diferentes entre si.

Daí outro jargão: *em cada cabeça uma sentença!* Então, se três (3) juízes podem decidir diferentemente entre si, uma mesma *quaestio juris*, o real sentido de justiça para um determinado caso torna-se vulnerável ou até aleatório, porquanto não dispomos de um suposto direito divino (heresia jurídica), em que a plebe de antanho acreditava, inadvertidamente, num juízo divino dos Deuses, aplicável pelos Reis detentores de infinita sabedoria e senso de Justiça. Desse jeito, a partir da informação humana fornecida à máquina, esta consegue processar dados e dar posterior retorno lógico, com plena inteligência, sem maléficas influências psicológicas, que podem promover um ato de injustiça.

Sobre a necessidade do juiz, de proferir sentenças por meio de um programa de computador, vejamos a seguinte constatação: quão in-

conveniente seria para um contribuinte brasileiro, a fim de prestar contas à receita federal (IR), ter que estudar Direito Tributário e todas as normas de imposto de renda, elaborar e preencher um formulário por si idealizado, a fim de efetuar o devido encaminhamento e saber o *quantum* de imposto a pagar ou a ser restituído! Na atualidade, como é fácil fazer tudo isso, talvez em alguns minutos. O contribuinte preenche o questionário padronizado, em sistema informatizado e, em seguida, obtém o mesmo resultado. De igual modo, a técnica está sendo usada em prestação de contas à Justiça Eleitoral, pelos candidatos a cargos eletivos.

Importante questão no Direito Penal é quanto ao ônus da prova. Tem o acusado o ônus de provar a sua inocência? Não, não tem. É princípio consagrado no moderno processo penal que o ônus da prova cabe ao Ministério Público, no sentido de provar a autoria, a materialidade, a culpabilidade, tipicidade e ilicitude da conduta. Ao réu não cabe agir frente ao Ministério Público, porque só haverá condenação se o Ministério Público provar o crime.

3-1- Perguntas apresentadas pelo sistema e respondidas pelo julgador, tudo com base no caso concreto, antes historiado

1 – Existe no processo auto de busca/apreensão (art. 240, do CPP) da *res furtiva*? sim/não; <sim>

2 – Existe no processo auto de devolução/entrega da *res furtiva* à(s) vítima(s)? sim/não; <sim>

3 – Existe no processo auto de avaliação (art. 172, do CPP) da *res furtiva*? sim/não; <sim>

4 – Com a resposta sim, o sistema abre um espaço para o julgador apontar o respectivo valor pecuniário, <R\$ 535,00 (quinhentos e trinta e cinco reais)>

5 – Antecedentes criminais do(s) acusado(s):

ANTECEDENTES CRIMINAIS a- arts. 59, 44, II, III, 62, I e 155, § 2º, do CP; b- segundo a prova documental existente nos autos; c- convenção: respostas sim (S) e não (N)	ACUSADO(S)		
	Nº 1	Nº 2	Nº 3
Foi indiciado em Inquérito Policial já arquivado?	<N>		
Está sendo indiciado em Inquérito Policial pendente?	<N>		
Já foi condenado, com sentença transitada em julgado há mais de cinco anos?	<N>		
Já foi condenado, com sentença transitada em julgado há menos de cinco anos?	<N>		
É reconhecidamente pessoa de alta periculosidade?	<N>		
Está atualmente preso?	<N>		
Justificativa:			
Conclusão n. 1: [É (são) considerado(s) de bons antecedentes o(s) acusado(s) nº ⁰¹] <1>			
Conclusão n. 2: [É (são) considerado(s) tecnicamente primário(s) o(s) acusado(s) nº ⁰²] <1>			
Conclusão n. 3: [É (são) considerado(s) reincidente(s) o(s) acusado(s) nº ⁰³] <>			
Conclusão n. 4: [É (são) considerado(s) reincidente(s) específico o(s) acusado(s) nº ⁰⁴] <>			

6 – Com a resposta de que o(s) acusado(s) tem(têm) sua primariedade criminal preservada, o sistema indaga: a *res furtiva* é considerada como de pequeno valor econômico? sim/não; <não>

7 – Com a resposta sim, o sistema busca saber se é caso de furto privilegiado (art. 155, § 2º, do CP) e então pergunta:

a – quer substituir a pena de reclusão pela de detenção? sim/não; < >

b – quer diminuí-la, dentro do limite de um a dois terços? sim/não < >/em quanto? < >

c – ou quer aplicar somente a pena de multa? sim/não < >/em quais valores? < >/< >

8 – Existe no processo auto de prisão em flagrante (art. 302, do CPP)? sim/não; <sim>

9 – A *res furtiva* consiste de coisa móvel (art. 155, do CP) segundo a noção de Direito Penal? sim/não; <sim>

10 – Onde foi encontrada a *res furtiva*:

Prova auxiliar: materialidade, autoria, crime tentado ou consumado (art. 14 e 155, do CP)						
Res furtiva encontrada...	Nº testemunha/acusado que afirmou (A), negou (N) ou nada disse (ND)					
Acusado/terceiro/abandonada	TNº 1	TNº 2	TNº 3	ANº 1	ANº 2	ANº 3
Acusado n. 1						
Acusado n. 2						
Acusado n. 3						
Terceiro						
Abandonada na perseguição	<A>	<A>	<ND>	<N>		
Abandonada em qualquer lugar						
Justificativa: <O acusado n. 1, ao apresentar sua versão quanto ao fato criminoso, por sinal, não confirmada por qualquer elemento probatório, tacitamente negou com quem ou onde estaria a apontada res furtiva>						
Conclusão: <O depoimento das testemunhas nºº 1 e 2 são convincentes de que a res furtiva fora abandonada durante o ato de perseguição dos agentes>						

11 - crime consumado ou tentado (art. 14, do CP):

Prova: Crime tentado ou consumado (art. 14 do CP)						
A res furtiva foi retirada da esfera de disponibilidade da vítima e ficou em poder tranqüilo, mesmo que passageiro, do(s) agente(s) (art. 14, II, CP)?	Nº testemunha/acusado que afirmou (A), negou (N) ou nada disse (ND)					
	TNº 1	TNº 2	TNº 3	ANº 1	ANº 2	ANº 3
	<N>	<N>	<ND>			
Justificativa: <As testemunhas nºº 1 e 2 negam ter a res furtiva ficado na posse tranqüila dos agentes, tanto que foi abandonada quando de sua perseguição>						
Conclusão nº 1: [O crime tentado está suficientemente provado nos autos <#>]						
Conclusão nº 2: [O crime consumado está suficientemente provado nos autos < >]						
{Fração para aumento de pena (art. 14, II, parágrafo único, CP) < 1/3>}						

12 - Autoria e concurso de agentes (art. 155, IV, do CP):

Prova: autoria, e concurso de agentes (art. 155, IV, do CP)						
Participação, no ato de subtração da <i>Rex furitiva</i> , em relação:	Nº testemunha/acusado que afirmou (A), negou (N) ou nada disse (ND)					
	TNº 1	TNº 2	TNº 3	ANº 1	ANº 2	ANº 3
Acusado n. 1	<A>	<A>	<ND>	<N>		
Acusado n. 2						
Acusado n. 3						
Terceiro não identificado	<A>	<A>	<ND>	<N>		
Justificativa: <As testemunhas nº ^{as} 1 e 2 dão esclarecimento convincente de que o acusado n. 1 e terceiro não identificado, no caso uma mulher, participaram do ato de retirada da <i>rex furitiva</i> de dentro do estabelecimento comercial da vítima, tanto que ela fora abandonada no ato de perseguição>						
Conclusão n. 1: [A autoria está suficientemente provada nos autos <#>]						
Conclusão n. 2: [A autoria não está suficientemente provada nos autos <>]						
Conclusão n. 3: [O concurso de agentes está suficientemente provado nos autos <#>]						
Conclusão n. 4: [O concurso de agentes não está suficientemente provado nos autos < >]						

13 – Se o ato de subtração foi praticado durante o repouso noturno (art. 155, § 1º, do CP):

Crime praticado durante o repouso noturno (art. 155, § 1º, do CP)	Nº testemunha/acusado que afirmou (A), negou (N) ou nada disse (ND)					
	TNº 1	TNº 2	TNº 3	ANº 1	ANº 2	ANº 3
Justificativa:						
Conclusão n. 1: <Nenhum registro>						
Conclusão n. 2: [A majorante do furto noturno está suficientemente provada nos autos < >]						
[Fração para aumento de pena (art. 155, § 1º, CP) 1/3]						
Conclusão n. 3: [A majorante do furto noturno não está suficientemente provada nos autos < >]						

14 – Se o furto operou-se com destruição ou rompimento de obstáculo (inc. I, do art. 155 do CP):

Prova: a subtração da <i>res furtiva</i> operou-se com destruição ou rompimento de obstáculo? (inc. I, do art. 155, do CP)						
Existe exame pericial?	Nº testemunha/acusado que afirmou (A), negou (N) ou nada disse (ND)					
	TNº 1	TNº 2	TNº 3	ANº 1	ANº 2	ANº 3
Justificativa:						
Conclusão n. 1: <Nenhum registro>						
Conclusão n. 2: [A qualificadora prevista no inciso I, do art. 155, do CP está suficientemente provada nos autos < >]						
Conclusão n. 3: [A qualificadora prevista no inciso I, art. 155, do CP não está suficientemente provada nos autos < >]						

15 – Se o furto operou-se com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza (inc. II, do art. 155, do CP):

Prova: a subtração da <i>res furtiva</i> operou-se com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza? (inc. II, do art. 155, do CP)						
Existe exame pericial?	Nº testemunha/acusado que afirmou (A), negou (N) ou nada disse (ND)					
	TNº 1	TNº 2	TNº 3	ANº 1	ANº 2	ANº 3
Justificativa:						
Conclusão n. 1: <Nenhum registro>						
Conclusão n. 2: [A qualificadora prevista no inc. II, do art. 155, do CP está suficientemente provada nos autos < >]						
Conclusão n. 3: [A qualificadora prevista no inc. II, art. 155, do CP não está suficientemente provada nos autos < >]						

16 – Se o furto operou-se com emprego de chave falsa (inc. III, do art. 155, do CP):

Prova: a subtração da <i>res furtiva</i> operou-se com emprego de chave falsa? (inc. III, do art. 155, do CP)						
Existe exame pericial?	Nº testemunha/acusado que afirmou (A), negou (N) ou nada disse (ND)					
	TNº 1	TNº 2	TNº 3	ANº 1	ANº 2	ANº 3
Justificativa:						
Conclusão n. 1: <Nenhum registro>						
Conclusão n. 2: [A qualificadora prevista no inc. III, do art. 155, do CP está suficientemente provada nos autos < >]						
Conclusão n. 3: [A qualificadora prevista no inc. III, art. 155, do CP não está suficientemente provada nos autos < >]						

17 - Causas previstas no art. 59, do Código Penal que podem desfavorecer ou não o(s) acusado(s):

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS (art. 59, do CP) As circunstâncias referidas no mencionado art. 59 desfavorecem (D) ou não (ND) o(s) acusado(s)?	ACUSADO(s)		
	Nº 1	Nº 2	Nº 3
Culpabilidade:	<ND>		
Antecedentes (vide art. 3º questionário)	<ND>		
Conduta social	<ND>		
Personalidade do agente:	<ND>		
Motivos:	<ND>		
Circunstâncias e consequências do crime:	<ND>		
Comportamento da vítima:	<ND>		
Justificativa:			
Conclusão n. 1: [Não existem causas elencadas no art. 59, do Código Penal que desfavoreçam, para fins de fixação de pena-base, o(s) acusados(s) nº (1) <1> <#>]			
Conclusão n. 2: [Existem causas elencadas no art. 59, do Código Penal que desfavorecem, para fins de fixação da pena-base, o(s) acusado(s) nº (1) <> <>]			

18 – Circunstâncias legais (agravantes - arts. 61 e 62, do CP) que podem desfavorecer o(s) acusado(s):

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS (art. 61 e 62, do CP) As circunstâncias referidas nos mencionados arts. 61 e 62, que podem desfavorecer (D) o(s) acusado(s)?	ACUSADO(S)		
	Nº 1	Nº 2	Nº 3
Reincidência: (vide o 5º questionário)			
Motivo fútil ou torpe:			
Facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime:			
Traição, emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido:			
Emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de podia resultar perigo comum:			
Contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge:			
Abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:			
Abuso de poder ou violação de dever inerente ao cargo, ofício, ministério ou profissão:			
Contra criança, velho ou enfermo:			
Quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade:			
Ocasão de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou desgraça particular do ofendido:			
Em estado de embriaguez pré-ordenada:			
Coação ou indução de outrem à execução material do crime:			
Instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal:			
Executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa:			
Justificativa:			
Conclusão n. 1: [Não existem circunstâncias legais elencadas nos arts. 61 e 62, do CP que desfavorecem, para fins de fixação de pena, o(s) acusados(s) nº 01 <1> <#>]			
Conclusão n. 2: [Existem causas elencadas nos arts. 61 e 62, do CP que desfavorecem, para fins de fixação da pena, o(s) acusado(s) nº 01 <>, cujo aumento é no importe de <> <>]			

19 – Circunstâncias legais (atenuantes - art. 65, do CP), que podem favorecer o(s) acusado(s):

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS (art. 65, do CP) As circunstâncias referidas no mencionado art. 65, que podem favorecer (F) o(s) acusado(s)	ACUSADO(s)		
	Nº 1	Nº 2	Nº 3
Ser o agente menor de 21 (vinte e um) na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença:			
Desconhecimento da lei:			
Cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral:			
Procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano:			
Cometido crime sob a coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima:			
Confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime:			
Cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou:			
Justificativa:			
Conclusão n. 1: [Não existem circunstâncias legais elencadas no art. 65, do CP, que desfavorecem, para fins de fixação da pena, o(s) acusado(s) nº ⁰¹ <1> <#>]			
Conclusão n. 2: [Existem causas elencadas no art. 65, do CP que desfavorecem, para fins de fixação da pena, o(s) acusado(s) nº ⁰² <> , cuja diminuição é no importe de <> <>]			
[Concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes <>]			

20 – Dias-multa (art. 49 e seguintes do CP):

DIAS-MULTA (art. 49 e seguintes do CP)	ACUSADO(s)		
	Nº 1	Nº 2	Nº 3
Número de dias-multa (10 a 360)	<12>		
Fixação do valor de cada dia-multa (1/30 a 30/30 do salário mínimo)	<1/30>		
Justificativa:			
Justificativa: <Na fixação da pena dias-multa foram levadas em conta as diretrizes do art. 59, do CP e a qualificadora do crime, inclusive o fato de inexistirem dados acerca da situação econômica do acusado>			
Conclusão n. 1: [Multa fixada em <12> dias-multa, no valor de <1/30 - um trigésimo> do salário mínimo vigente no tempo do fato, em relação ao(s) acusado(s) nº ⁰¹ <1>]			

21 – Penas alternativas (art. 43 e seguintes do Código Penal):

PENAS ALTERNATIVAS (art. 43 e seguintes do CP)	ACUSADO(s)		
	Nº 1	Nº 2	Nº 3
PENA(s) A QUE O(s) ACUSADO(s) JÁ ESTÁ(ÃO) SUJEITO(s):			
1 - Restritiva de liberdade: [um ano e quatro meses de reclusão]	[X]		
2 - Multa: [12 dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato]	[X]		
REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DE PENA ALTERNATIVA			
1 - pena restritiva de liberdade inferior a 4 anos (44, I, CP):			
2 - crime cometido sem violência/grave ameaça à pessoa (44, I, CP):			
3 - pena em qualquer quantidade, aplicada a crime culposo (44, I, CP):			
4 - réu não reincidente em crime doloso (44, II, CP) (vide questionário n. 5):			
5 - situação elencada no art. 59, do CP (44, III, CP) (vide questionário n. 17):			
6 - condenação igual ou inferior a um ano (44, § 2º, CP):			
6.1 - substituição por multa: ou			
6.2 - pena restritiva de direitos:			
7 - condenação superior a um ano (44, 2º, CP):			
7.1 - pena restritiva de direitos e multa: ou			
7.2 - por duas restritivas de direitos:	<X>		
8 - condenado reincidente (44, § 3º, CP)			
8.1 - aplicável a substituição, quanto em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável: e			
8.2 - aplicável a substituição, quanto a reincidência não seja específica (prática do mesmo tipo de crime):			
TIPOS DE PENAS SUBSTITUTIVAS DA RESTRITIVA DE LIBERDADE			
I - prestação pecuniária (43, I, CP):			
II - perda de bens e valores (43, I, CP):			
III- prestação de serviço à comunidade ou à entidade pública (43, IV, CP):	<X>		
IV- interdição temporária de direitos (43, V, CP):			
V - limitação de fim de semana (43, VI, CP):	<X>		
Justificativa: <O acusado n. 1 preenche os requisitos para a obtenção do benefício legal de pena alternativa, nas modalidades previstas no art. 43, IV e VI, CP>			
Conclusão : [Substituo a pena privativa de liberdade em alternativa <por duas restritivas de direitos - art. 44, § 2º, CP -, consistentes em prestação de serviços à comunidade ou à entidade pública - art. 43, IV,CP -, e limitação de fim de semana - 43, VI, CP->, em relação ao(s) acusado(s) nº 49 <1>]			

Legendas:

< > a digitação que estiver dentro destes sinais, tem-se como inserida pelo julgador;

[] a digitação que estiver dentro destes sinais, tem-se como inserida automaticamente pelo sistema;

esse sinal corresponde com o que foi decidido pelo julgador, nos respectivos quesitos.

22 – Caso haja cancelamento de benefício legal, o apenado terá que cumprir a pena restritiva de liberdade em qual regime inicial? aberto/semi-aberto/fechado? (art. 33, do CP) <aberto>

23 - O(s) acusado(s) deve(m) pagar as custas processuais? sim/não; <sim>

24 – Concedido o direito de recorrer em liberdade? sim/não; <sim>

25 – Remuneração do defensor dativo fixada em URHs., na quantidade de <15> unidades.

26 – Determinação para que, após o trânsito em julgado: a) haja lançamento do nome do(s) condenado(s) no rol dos culpados; b) haja recolhimento do valor da pena pecuniária; c) comunicação à Corregedoria-Geral da Justiça; d) comunicação ao Tribunal Regional Eleitoral onde o(s) condenado(s) esteja(m) inscrito(s) como eleitor(es); e) os autos sejam conclusos para designação de audiência relacionada com a aplicação de pena alternativa <sim>.

3-2- Sentença que seria gerada pelo sistema com base nas respostas dadas ao caso concreto, por meio de questionários

Atribuindo-se nomes e designações fictícias para o caso concreto, o sistema geraria a sentença com os dados cadastrados durante as operações de distribuição, de instrução da causa e de inserção de respostas aos questionários, conforme a seguir:

Vistos, etc...

3-2-1- Relatório

Identificação da unidade judiciária: Estado de Santa Catarina, Poder Judiciário, Comarca de Badenfurt, 1ª Vara Criminal

Identificação do processo: processo-crime n. 00.96.125242-8
Autor(a): a Justiça Pública

Síntese da narrativa da denúncia: Na data de 25.10.1996, por volta das 13h30 horas, Lenirosa Granciotti, juntamente com outra mulher, não identificada, dirigiu-se ao Supermercado Azulão Limitada, localizado na Rua das Camélias, 349, no centro desta cidade de Badenfurt, e ambas subtraíram para si os objetos descritos no auto de prisão em flagrante, avaliados em R\$ 535,00 (quinhentos e trinta e cinco reais), empreendendo fuga logo a seguir. Pessoa do serviço de segurança do estabelecimento vítima, ao perceber a intenção ilícita das duas mulheres, desencadeou ato de perseguição, no que conseguiu recuperar a “res furtiva” e imobilizar a denunciada, enquanto sua companheira logrou êxito em evadir-se do local dos fatos. Dessa forma, o furto por ambas praticado somente não se consumou por circunstâncias alheias à sua própria vontade. Assim agindo, Lenirosa Granciotti está sendo denunciada como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, inc. IV, cumulado com o art. 14, inc. II, ambos do Código Penal.

Recebimento da denúncia: 25.10.1996

Réu(ré)(s): Lenirosa Granciotti

Vítima: Supermercado Azulão Limitada

Defensor dativo: Deltrudes Werguem

Interrogatório: 12.12.1996

Tese(s) da defesa: negativa de autoria

Testemunhas ouvidas: 3

Nº 1 - Dolores Rodtky;

Nº 2 - Márcio Brington;

Nº 3 - Rúbia Cássia de Queirós.

3-2-2- Exame da prova

3-2-2-1- Materialidade

Existem no processo autos de busca/apreensão, de avaliação e de devolução/entrega, da *res furtiva*. A *res furtiva* consiste de coisa móvel (art. 155, do CP) segundo a noção de Direito Penal. Com efeito, a materialidade está suficientemente provada nos autos.

3-2-2-2- Autoria e concurso de agentes (art. 155, IV, do CP)

A acusada, Lenirosa Granciotti, ao apresentar sua versão quanto ao fato criminoso, por sinal, não confirmada por nenhum elemento probatório, tacitamente negou com quem ou onde estaria a apontada *res furtiva*. Os depoimentos das testemunhas, Dolores Rodtky e Márcio Brington, são convincentes de que a *res furtiva* fora abandonada durante o ato de perseguição dos agentes.

As testemunhas, Dolores Rodtky e Márcio Brington, dão esclarecimento convincente de que a acusada, Lenirosa Granciotti, e terceiro não identificado, no caso uma mulher, participaram do ato de retirada da *res furtiva* de dentro do estabelecimento comercial da vítima, tanto que ela fora abandonada no ato de perseguição.

A autoria está suficientemente provada nos autos.

O concurso de agentes está suficientemente provado nos autos.

3-2-2-3- Crime consumado ou tentado (art. 14, do CP)

As testemunhas, Dolores Rodtky e Márcio Brington, negam ter a *res furtiva* ficado na posse tranqüila dos agentes, tanto que foi abandonada quando de sua perseguição. O crime tentado está suficientemente provado nos autos.

3-2-3- Enquadramento penal segundo as provas produzidas

Art. 155, § 4º, inciso IV, cumulado com o art. 14, inc. II, ambos do Código Penal.

3-2-4- Dosimetria da pena

3-2-4-1- **Fixação da pena-base** (1ª fase) - circunstâncias judiciais (art. 59, do CP)

Não existem causas elencadas no art. 59, do Código Penal, que desfavorecem, para fins de fixação da pena-base, a acusada, Lenirosa Granciotti.

Por isso fixo a pena-base em dois anos de reclusão.

3-2-4-2- **Agravantes** (2ª fase) - circunstâncias legais (art. 61 e 62, do CP)

Não existem circunstâncias legais elencadas nos arts. art. 61 e 62, do CP que desfavorecem, para fins de fixação da pena, a acusada Lenirosa Granciotti.

3-2-4-3- **Atenuantes** (2ª fase) – circunstâncias legais (art. 65, do CP)

Não existem circunstâncias legais elencadas no art. 65, do CP que favoreçam, para fins de fixação da pena, a acusada, Lenirosa Granciotti.

3-2-4-4- **Causas especiais de aumento ou diminuição da pena** (3ª fase) – (arts. 14 e 155, §§ 1º e 2º, CP)

Em se tratando de crime tentado e estabelecido, com limite fracional de 1/3 (um terço), a pena está sendo reduzida em 8 (oito) meses.

3-2-4-5- **Fixação definitiva da pena restritiva de liberdade**

Um (1) ano e quatro (4) meses de reclusão.

3-2-4-6- **Pena pecuniária** (dias-multa – art. 49 e seguintes, do CP)

Na fixação da pena dias-multa foram levados em conta as diretrizes do art. 59, do CP e a qualificadora do crime, inclusive o fato de inexistirem dados acerca da situação econômica da acusada, Lenirosa Granciotti.

Multa fixada em 12 dias-multa, no valor de 1/30 – um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato, de responsabilidade da acusada, Lenirosa Granciotti.

3-2-4-7- **Penas alternativas** (art. 43 e seguintes do CP)

A acusada, Lenirosa Granciotti preenche os requisitos para a obtenção do benefício legal de pena alternativa, nas modalidades previstas no art. 43, IV e VI, CP.

Substituo a pena privativa de liberdade em alternativa por duas restritivas de direitos – art. 44, § 2º, CP –, consistentes em prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas – art. 43, IV, CP –, e limitação de fim de semana – art. 43, VI, CP –, para a acusada, Lenirosa Granciotti.

3-2-5- Parte dispositiva da sentença

Ante o exposto e depois de tudo bem examinado e ponderado, julgo procedente a denúncia e condeno LENIROSA GRANCIOTTI, já qualificada nos autos, às penas de um (1) ano e quatro (4) meses de reclusão e multa de doze (12) dias-multa, no valor individual de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente em 25.10.1996, como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, inc. IV, cumulado com o art. 14, inc. II, ambos do Código Penal.

Preenchidos os requisitos legais, substituo a referida pena restritiva de liberdade por pena alternativa, consistente em prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas - art.43,IV,CP -, e limitação de fim de semana - 43,VI,CP.

A acusada deve pagar as custas processuais.

Concedido o direito de recorrer em liberdade.

Remuneração do defensor dativo fixada em URHs., na quantidade de 15 unidades.

Determino para que, após o trânsito em julgado: a) haja lançamento do nome da condenada no rol dos culpados; b) haja recolhimento do valor da pena pecuniária; c) haja comunicação à Corregedoria Geral da Justiça; d) haja comunicação ao Tribunal Regional Eleitoral onde a acusada esteja inscrita como eleitora; e) os autos sejam conclusos, para designação da audiência relacionada com a aplicação da pena alternativa.

P.R.I.

Badenfurt, em 16 de outubro de 2000.

Sálvio Xavier Buzaid de Miranda,

Juiz de Direito.

4 – SISTEMAS ESPECIALISTAS

Nossa pretensão, evidentemente, não se orienta para sugerir sistema de Inteligência Artificial (IA), tal como está sendo aventado pelo gênio superdotado da computação, o norte-americano Douglas B. Lenat, cujo destaque feito em revista¹⁷ tem a seguinte redação:

Se Cye aprender todo o corpo de leis de um país, mais a jurisprudência e, finalmente, alguns conceitos de moral, decência, dignidade, humanidade e bom senso, nada impede que ele seja capaz de exercer a função de juiz e muito melhor do que os humanos.

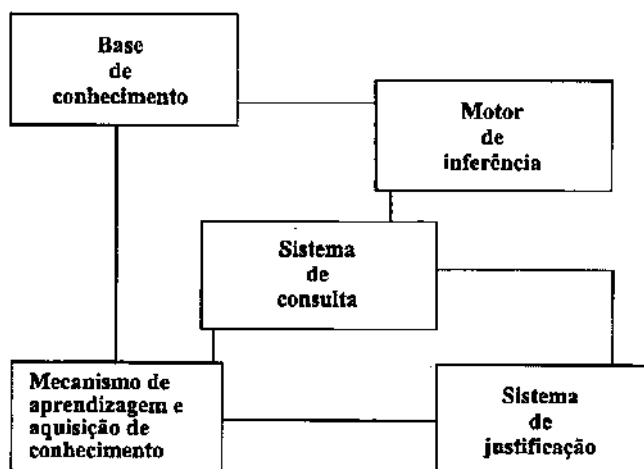
Propomos um sistema que faça uso de ferramentas e técnicas de inteligência artificial, como os sistemas especialistas, por exemplo.

17- Revista Jurídica Consulex. Brasília: ano I, n. 5, maio/1997.

Sistema Especialista¹⁸ é um programa “inteligente” de computador que usa conhecimentos e procedimentos inferenciais, para resolver problemas que, usualmente, requerem, para sua solução, perícia humana.

O conhecimento de um sistema especialista consiste em fatos e heurísticas. Os fatos constituem um corpo de informação largamente compartilhado, publicamente disponível e geralmente aceito pelos especialistas em um campo. Ele é projetado e desenvolvido para atender a uma aplicação determinada e limitada do conhecimento humano. É capaz de emitir uma decisão, apoiado em conhecimento justificado, a partir de uma base de informações, tal qual um especialista em determinada área do conhecimento humano. Além de inferir conclusões, ele deve ter capacidade de aprender novos conhecimentos e, desse modo, melhorar o seu desempenho de raciocínio e a qualidade de suas decisões¹⁹.

Os componentes principais de um sistema especialista, ainda que sua arquitetura sofra influências das mais variadas, desde a generalidade pretendida, os objetivos do mesmo, a forma de representação do conhecimento e as ferramentas usadas na implementação, são mostrados na figura a seguir:



18- Trabalho de Conclusão de Curso, Adriana Bombassaro Alexandre, C.Computação, FURB/2000.

19- Ribeiro, Horácio da Cunha e Souza, Introdução aos Sistemas Especialistas, RJ, LTC/2000.

A base de conhecimentos é o local onde está armazenado o conhecimento relativo ao domínio do problema. Ele é passado ao sistema pelo especialista e armazenado de uma forma própria que permitirá ao sistema fazer, posteriormente, o processo de inferência. Na maioria dos sistemas especialistas, o conhecimento é representado por regras de produção. A estrutura destas regras é constituída de uma (ou de um conjunto) de premissa(s), e de uma conclusão. As regras formam uma coleção de declarações do tipo SE-ENTÃO (SE <premissas> ENTÃO <conclusão(ões)>). O largo uso desta forma de representação do conhecimento deve-se a sua semelhança com a forma humana de raciocínio para a solução de problemas, o que facilita a formalização do conhecimento no sistema. Novas regras podem ser incluídas na base de conhecimentos, a qualquer tempo, fato que pode modificar todo o processo de inferência ou raciocínio do sistema.

Obter o conhecimento é a parte mais complexa da construção de um sistema especialista. Esta dificuldade advém do fato de não existir uma linguagem comum do entendimento entre as partes envolvidas no projeto²⁰. Desta forma cabe ao engenheiro de conhecimento tentar obter do especialista as informações necessárias, organizá-las e colocá-las à disposição do sistema através de um outro elemento existente nos sistemas especialistas, que é denominado Mecanismo de Aprendizagem e Aquisição de Conhecimento .

O Motor de Inferência (ou Máquina de Inferência) é, em geral, entendido como compreendendo o interpretador de regras de produção e o escalonador das regras, quando o sistema especialista as utiliza na sua base de conhecimentos, já que o processo de inferência está associado com a estrutura utilizada para a representação do conhecimento. De forma geral, pode-se afirmar que o processo envolve um encadeamento lógico que permite tirar conclusões a partir do conhecimento existente. O motor de inferência é o responsável pela ação repetitiva de buscar, analisar e gerar novos conhecimentos. Nos sistemas de avaliação de regras, o mecanismo de inferência busca as regras na base do conhecimento e as avalia. Essa busca depende dos fatos e das hipóteses que existem e do que se quer determinar

20- Trabalho de Conclusão de Curso, Roberto Carlos Maske, C.Computação, FURB/2000.

a cada momento. Os objetivos a serem determinados pelo sistema de inferência devem ser relacionados com uma determinada ordem. A busca de regras é feita de maneira automática para que uma meta seja atingida.

O Sistema de Consulta é o mecanismo oferecido ao usuário para que ele possa fazer, sem maiores dificuldades, qualquer tipo de consulta e inferência no sistema especialista. A maioria dos sistemas especialistas usa técnicas simples de interação com o usuário, quase sempre utilizando perguntas já pré-formatadas e respostas tipo múltipla escolha.

Já o Sistema de Justificação é, na verdade, um recurso de questionamentos fornecido ao usuário. Ele é um módulo obrigatório nos sistemas especialistas, tendo, geralmente a capacidade de responder às seguintes perguntas: Como chegou a esta conclusão? Por que chegou a esta conclusão? Por que não chegou a outra conclusão? Desta forma, ele interage com o usuário esclarecendo-o acerca das conclusões a que chegou, bem como explicando porque está fazendo determinada pergunta.

5 – ESTRUTURA, ANÁLISE E VANTAGEM DO SISTEMA

Porque o nosso trabalho é de cunho demonstrativo, apresentamos questionários envolvendo apenas dados do crime de furto, ainda assim, omissos, pois quanto aos delitos tratados no § 5º, do art. 155 e no 156, do Código Penal, inclusive quanto a certas figuras da parte geral do Código Penal, tais como imputabilidade, medidas de segurança, extinção da punibilidade, etc., que, juntamente com outras não examinadas, evidentemente comporiam, no sistema eletrônico o *menu* furto. Outros tipos de delitos que mantém elevado o nível estatístico de demandas, tais como lesões corporais, roubo, estelionato, tráfico de drogas e outros, viriam a formar os novos *menus*. Aliás, o nosso interesse é oferecer subsídios à celeridade dos julgamentos por meio de sistema informatizado, além do uso comum do editor de texto, mas tão-somente com referência aos tipos de delitos que não ofereçam complexidade, que, em geral são repetitivos, encham os números estatísticos e merecem apreciação imediata para evitar a impunidade, pois o julgamento tardio já alcançado pela prescrição, principalmente a retroativa, deve ser evitado, sob pena de descrença no serviço judiciário.

O leitor deve ter visto que o sistema não está preordenado a ler provas e extrair conclusões do fato *sub judice*. Essa tarefa, como não podia deixar de ser, é feita pelo julgador. Mas, então, onde estaria a vantagem da nossa proposição, em substituir a tradicional praxe forense na construção de sentença por meio de laudas datilografadas ou extraídas de impressora comandada por editor de texto? Como é sabido, o juiz, tem a sua frente, uma espécie de caderno, que é um composto de papéis, conhecido como processo. Dentro dele e, às vezes, depositados em juízo estão todas as provas coligidas que devem ser examinadas no ato de julgamento.

Pelo sistema tradicional, o julgador lê, examina e estuda o conteúdo do processo; conforme o caso, terá que ir em busca de subsídios jurídicos em livros, revistas ou em programas especiais informatizados (banco de dados); depois, ingressa na fase de convicção e decisão; em seguida, passa a compor a sentença, mediante a digitação do texto, formando laudas; ou quando não, dita os termos ao seu auxiliar-digítador; finalmente, faz a revisão do texto, dá o comando à impressora e assina a sentença; esse trabalho pode durar horas ou dias, e sempre estará sujeito à omissão de certos aspectos formais e legais da sentença, exatamente pela falta de um bom modelo planejado.

Pelo sistema eletrônico, o juiz faz a leitura do contido no processo, extrai conclusões acerca dos temas enfrentados pelas partes, responde os questionários exibidos sequencialmente no vídeo, olha os subsídios jurídicos que podem estar apontados no rodapé dos questionários a que antes aludimos, ou faz buscas em banco de dados acoplado ao sistema. Após, ingressa na fase de convicção e decisão, dá o comando para a geração da sentença que aparecerá no vídeo ou no papel extraído da impressora, confirma ou não a sentença que lhe foi proposta pelo sistema ou programa, pode ainda fazer revisão, correção e inserção no texto, ou até desprezar tudo e compor a sentença pela forma tradicional. Finalmente, num caminho aberto por senha especial, salva a sentença dentro do sistema; de onde o próprio juiz e os usuários poderão apenas ler ou copiar por via *intranet* ou *internet*.

De qualquer jeito, para a composição da sentença pelo sistema tradicional, o juiz digitará todo o texto em quantas laudas forem necessárias e, pelo sistema informatizado que propomos, digitará os dados que

integram as respostas aos questionários que lhe são exibidos no monitor. Onde estaria a grande vantagem de economia do tempo? Pelo sistema tradicional, o juiz deverá ter, em princípio, toda a legislação penal memorizada ou então fazer as buscas no Ordenamento Jurídico, a fim de realizar o seu trabalho de encerramento da prestação jurisdicional (julgamento). Contudo, pelo sistema informatizado, o julgador apenas segue um roteiro lógico-jurídico, fazendo justificativas e emitindo conclusões acerca do complexo probatório que o sistema eletrônico precisa para compor o *decisum*. Assim, não há necessidade do magistrado ir à procura de normas jurídicas aplicáveis ao caso em julgamento, porque elas já fazem parte do sistema computadorizado - adredeamente lançadas na base de conhecimento -, por técnicos especializados em Direito Penal e em Ciências da Computação.

Toda vez que houver alteração de norma e de novos entendimentos aceitos e consagrados pela comunidade jurídica, o "software" também será modificado, nada impedindo, todavia, que o magistrado decida a *quæstio juris* como melhor lhe aprouver, para com isso evitar que ele deva ser um fiel obediente a determinadas teses jurídicas (decisão vinculante).

Na hipótese *sub examine*, observamos que o magistrado sentenciante concluiu o seu trabalho em dez (10) laudas impressas no papel "A4 (210x297mm)", sendo possível então calcular, em média, quantos toques tenha dado no teclado. Basta, assim, fazer o confronto entre o tempo consumido na composição da sentença pelo sistema tradicional e pelo sistema informatizado, relativamente ao trabalho de digitação, não se esquecendo de computar, ainda, o tempo gasto em buscas na área do Direito Penal quando a opção for de julgar pela forma tradicional.

Segundo a nossa proposição, o juiz não necessita fazer nenhum tipo de enquadramento penal e cálculo de dosimetria da pena. No crime de furto, por exemplo, em se tratando de único denunciado, quando o julgador apresentar, no questionário, conclusões de que as provas da materialidade e autoria estão evidenciadas, automaticamente o sistema sabe que o acusado perpetróu o crime de furto simples e está sujeito à pena de reclusão que vai de 1 a 4 anos e de multa. Se, em seguida, houver informação, através de resposta ao questionário, de que esse crime foi cometido durante o repouso noturno, o sistema sabe que a pena até então fixada terá um aumento obrigatório de um terço. Quando o crime é praticado

por mais de uma pessoa, o sistema está orientado a não aceitar essa fração de aumento, porque é incompatível a figura do furto noturno com furto qualificado pelo concurso de agentes. Havendo conclusão de que se trata de réus primários e de coisa furtada de pequeno valor econômico, o sistema identifica a ocorrência de furto privilegiado. Sendo privilegiado, o sistema entende que é compatível com o crime de furto qualificado (pela co-autoria), de maneira que a pena cominada *in abstracto* de no mínimo dois (2) anos, passaria a ser influenciada pelas opções que o julgador viesse a adotar para o furto privilegiado. Como não podia deixar de ser, caso o juiz ao responder o questionário n. 12, fizesse constar: *Conclusão n. 2: [A autoria não está suficientemente provada nos autos <#>]*, o sistema automaticamente perguntaria se era de seu desejo expedir desde logo a sentença absolutória, posto que a autoria é requisito indispensável para o decreto condenatório.

6 – RESUMO

Em virtude do crescente número de demandas judiciais, não vemos como possa mais ser possível o magistrado do primeiro grau de jurisdição, por problemas de economia do tempo, manifestar-se por meio de longos e aprimorados argumentos na composição do julgado, discorrer demasiadamente nas justificativas e transcrever múltiplos textos doutrinários e jurisprudenciais, a não ser em situações especiais e complexas, quando surjam conflitos de prova e de teses jurídicas. Com efeito, pelo sistema informatizado ora sugerido, a decisão pode se mostrar sucinta sempre que possível, em benefício do que o povo clama: *justiça rápida*.

Os questionários respondidos ficarão junto aos autos e nada impede, é claro que a parte vencida recorra, até sob a alegação da falta de melhor justificativa/fundamentação. O importante é que a prova esteja nos autos e cada um possa extrair a conclusão que quiser. Os Tribunais terão que abrandar o rigor do princípio insculpido na CF, art. 93, IX, tal como assim foi decidido: “... Não é nula a decisão quando o Juiz, embora sem grande desenvolvimento, deu as especificações dos fatos e a razão jurídica de seu convencimento, dentro dos limites objetivos reclamados pelas partes. [STJ – RESP 241273 – (199901115949) – PE – 5ª T. – Rel. Min. Edson Vidigal – DJU 19.06.2000 – p. 00195].

Enfrentando igual tema, o culto Desembargador Newton Tri-sotto do TJSC vai mais além afirmando: "A concisão é necessária ante o excepcional movimento forense e o justo anseio da sociedade por uma célere prestação jurisdicional"²¹. Aliás, as partes, de um modo geral, sempre recorrem das sentenças criminais, mesmo que se apresentem como notável e destacado trabalho de mestrando ou doutorando, principalmente quando o condenado estiver sendo patrocinado por advogado constituído, bem remunerado e ainda especializado em Direito Penal.

No segundo grau de jurisdição, aí sim, é conveniente a apresentação detalhada em acórdão das teses jurídicas ventiladas e mais aceitas, a fim de se formar um repertório jurisprudencial de expressiva sabedoria jurídica, ante a disponibilidade de melhores recursos para o julgamento, considerando-se que o órgão fracionário do Tribunal conta com mais de um magistrado, dispõe de assessoria jurídica de nível superior, de bom acervo literário, e não se envolve com audiências de instrução e julgamento, que exigem grande carga-horária de trabalho.

Nos eventos culturais sobre Processo, quão eloquentes são os discursos proferidos pelos juristas. Tudo gira em torno da maior capacidade teórica que o sistema processual possa oferecer na busca da almejada justiça, em obediência ao princípio constitucional do contraditório. Isso é necessário dentro de um Estado de Direito. Contudo, desconhecemos encontros culturais jurídicos em que os juristas pudessem promover a adaptação das teorias do processo à prática dos procedimentos judiciais, inclusive envolvendo as decisões, principalmente na atual era da avançada tecnologia da informática, sem o cometimento de qualquer ato de injustiça no processamento da postulação em juízo.

Para surpresa, só no final do ano 2000 é que foi possível, sob os auspícios do STJ, acontecer o 1º Congresso Brasileiro de Administração da Justiça. Neste mundo moderno, em que as informações devem tramitar rapidamente, de nada adianta processo judicial que não possa ser ou não seja automatizado, monitorado e gerenciado por sistema inteligente informatizado.

21- Boletim de Jurisprudência do Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris. Curitiba, n.º 433, jan/2001, p. 6234.

7 – BIBLIOGRAFIA

- ACOSTA, Walter P. O Processo Penal. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1979;
- DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. Rio de Janeiro: Edição Renovar, 1992;
- DAMÁSIO E. de Jesus. Direito Penal, 2º. vol. São Paulo, Editora Saraiva, 1980;
- FRANCO, Alberto Silva; Franco, Célia Silva; *et al.* Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987;
- FERRAZ, Nélson. Dosimetria da Pena. Florianópolis: 1982;
- HEINZLE, Roberto. Protótipo de uma Ferramenta para Criação de Sistemas Especialistas Baseados em Regras de Produção; Dissertação de Mestrado. Florianópolis: UFSC, 1995.
- JESUS DAMÁSIO E. de. Código de Processo Penal Anotado. São Paulo: Editora Saraiva, 1990;
- JESUS DAMÁSIO E. de. Direito Penal, 1º. vol. São Paulo: Editora Saraiva, 1995;
- Juris Síntese Millennium*. Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual. Porto Alegre: CD-ROM set-out/2000;
- MADALENA, Pedro. Administração da Justiça. Porto Alegre: Sagra-Dcluzzatto Editores, 1994;
- MADALENA, Pedro. Juizados Especiais Cíveis e o retardamento da prestação jurisdicional; São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1997;

8 – PESSOAS REFERIDAS NO PRESENTE TRABALHO

- 8.1 – Álvaro Borges de Oliveira;
- 8.2 – César Beccaria;
- 8.3 – Damásio E. de Jesus;
- 8.4 – Carlos Velloso;
- 8.5 – José Carlos Barbosa Moreira;
- 8.6 – Sálvio de Figueiredo Teixeira;

- 8.7 – Francisco Xavier Medeiros Vieira;
- 8.8 – Dinio de Santis Garcia;
- 8.9 – Fernando Henrique Cardoso;
- 8.10– Douglas B. Lenat;
- 8.11– Edson Vidigal;
- 8.12– Newton Trisotto;
- 8.13– Francisco da Motta Macedo;
- 8.14 –Clóvis Gomes.

**AGÊNCIAS REGULADORAS.
CONSTITUIÇÃO, TRANSFORMAÇÕES DO
ESTADO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA**

Luís Roberto Barroso

*Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ. Mestre em
Direito pela Yale Law School. Advogado no Rio de Janeiro.*

AGÊNCIAS REGULADORAS. CONSTITUIÇÃO, TRANSFORMAÇÕES DO ESTADO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA¹

Luís Roberto Barroso

SUMÁRIO: Parte I. Constituição e ordem econômica. I - Breve notícia histórica. A decadência do Estado brasileiro. II - A reforma do Estado no Brasil. III - Modalidades de intervenção do Estado no domínio econômico. IV - O novo perfil do Estado e o surgimento das agências reguladoras no Brasil.

Parte I

CONSTITUIÇÃO E ORDEM ECONÔMICA

I. Breve notícia histórica. A decadência do estado-empresário

O Estado atravessou, ao longo do século que vem se encerrar, três fases diversas e razoavelmente bem definidas. A primeira delas, identificada como pré-modernidade² ou Estado liberal, exhibe um Estado de funções reduzidas, confinadas à segurança, justiça e serviços essenciais. É o Estado da virada do século XIX para o XX.³ Nele vivia-se a afirma-

- 1 - Para uma reflexão ideológica acerca do papel do Estado após o colapso dos projetos socialistas, v. na última parte deste volume o texto O Estado que nunca foi, publicado como prefácio ao livro de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Direito da Regulação*.
- 2 - A terminologia pré-modernidade, modernidade e pós-modernidade é empregada em Norbert Reich, *Intervenção do Estado na economia (reflexões sobre a pós-modernidade na teoria jurídica)*, RDP 94/265.
- 3 - No modelo liberal clássico, o Estado tinha três papéis a cumprir, consoante página clássica de Adam Smith (*The nature and causes of the wealth of nations (The Works of Adam Smith*, vol. IV, Londres, 1811, p. 42: 1º) o dever de proteger a sociedade da violência e da invasão por outros Estados; 2º) o dever de estabelecer uma adequada administração da justiça; 3º) o dever de realizar obras públicas e prestar certos serviços públicos que são economicamente desinteressantes para os particulares. Sobre o tema, v. também Alberto Venâncio Filho, *A intervenção do Estado no domínio econômico*, 1968.

ção, ao lado dos direitos de participação política, dos direitos individuais, cujo objeto precípuo era o de traçar uma esfera de proteção das pessoas em face do Poder Público. Estes direitos, em sua expressão econômica mais nítida, traduziam-se na liberdade de contrato, na propriedade privada e na livre iniciativa.

Na segunda fase, referida como modernidade ou Estado social (*welfare state*), iniciada na segunda década do século que se encerrou, o Estado assume diretamente alguns papéis econômicos, tanto como condutor do desenvolvimento como outros de cunho distributivista, destinados a atenuar certas distorções do mercado e a amparar os contingentes que ficavam à margem do progresso econômico. Novos e importantes conceitos são introduzidos, como os de função social da propriedade e da empresa, assim como se consolidam os chamados direitos sociais, tendo por objeto o emprego, as condições de trabalho e certas garantias aos trabalhadores.

A quadra final do século XX corresponde à terceira e última fase, a pós-modernidade, que encontra o Estado sob crítica cerrada, densamente identificado com a idéia de ineficiência, desperdício de recursos, morosidade, burocracia e corrupção. Mesmo junto a setores que o vislumbravam outrora como protagonista do processo econômico, político e social, o Estado perdeu o charme redentor, passando-se a encarar com ceticismo o seu potencial como instrumento do progresso e da transformação. O discurso deste novo tempo é o da desregulamentação, da privatização e das organizações não-governamentais. No plano da cidadania, desenvolvem-se os direitos ditos difusos, caracterizados pela pluralidade indeterminada de seus titulares e pela indivisibilidade de seu objeto. Neles se inclui a proteção ao meio ambiente, ao consumidor e aos bens e valores históricos, artísticos e paisagísticos.

Não se deve encobrir, artificialmente, a circunstância de que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser nem liberal nem moderno. De fato, no período liberal, jamais nos livramos da onipresença do Estado. A sociedade brasileira, historicamente, sempre gravitou em torno do oficialismo. As bênçãos do poder estatal sempre foram – ressalvadas as exceções que confirmam a regra – a razão do êxito ou do fracasso de qualquer projeto político, social ou empresarial que se pretendes-

se implantar. Este é um traço marcante do caráter nacional, com raízes na colônia, e que atravessou o Império, exacerbou-se na República Velha e ainda foi além.⁴

A modernidade teria começado com a Revolução de 30, institucionalizando-se com a Constituição de 1934 – que abriu um título para a ordem econômica e social – e se pervertido no golpe do Estado Novo, de 1937. Reviveu, fugazmente, no período entre 1946-1964, mas sofreu o desfecho melancólico do golpe militar de 1964. Findo o ciclo ditatorial, que teve ainda como apêndice o período entre 1985-1990, chegou-se à pós-modernidade, que enfrentou, logo na origem, a crise existencial de ter nascido associada ao primeiro governo constitucionalmente deposto da história do país.

Passa-se ao largo, por imperativo das circunstâncias, da discussão sobre as razões que levaram à ampliação da atuação empresarial do Estado Brasileiro, notadamente como alternativa importante à concessão de setores estratégicos à exploração da iniciativa privada estrangeira⁵. Cabe o registro, contudo, de que o inchamento do Estado brasileiro é um processo contínuo de muitas décadas. A atuação econômica estatal, no Brasil, começa na década de 40, sob a inspiração da substituição das importações. Com uma iniciativa privada frágil, a economia era impulsionada substancialmente por iniciativa oficial. Essa década assistiu à criação das primeiras grandes empresas estatais, a Companhia Siderúrgica

4 - Sobre o tema, inclusive com exemplos ilustrativos, v. Luís Roberto Barroso, *A crise econômica e o direito constitucional*, RF 323/83. Veja-se também Raymundo Faoro, *Os donos do poder*, 1979, vol. 1, p. 343.

5 - Não se deve perder de vista, todavia, o fato de que as sociedades capitalistas periféricas, de industrialização tardia, dependem intensamente do Poder Público. As razões são muitas, mas uma delas, conquanto intuitiva, não costuma ser destacada. É que na maior parte dos países industrializados e desenvolvidos, o processo de acumulação de capitais que ensejou o impulso vital do modelo privatista ocorreu em uma época em que a exploração do trabalho se operava em níveis infracivilizados. Homens, mulheres e crianças trabalhavam em jornadas de até 14 horas, sem direitos sociais de nenhuma ordem: salário mínimo, repouso remunerado, férias, gratificações etc. Os países em desenvolvimento, cujo processo de industrialização foi mais tardio, não puderam desfrutar dessas “facilidades”. Daí a necessidade de intervenção do Estado, atuando, paradoxalmente, como agente do capitalismo, porque só ele detinha o capital.

Nacional, a Fábrica Nacional de Motores, a Companhia Vale do Rio Doce e a Companhia Hidrelétrica do São Francisco.

A década de 50 viveu a discussão ideológica acerca do papel do Estado. Era a época da guerra fria, da bipolarização das doutrinas econômicas. Nesse período convulsionado surgiram apenas duas empresas estatais merecedoras de destaque: o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico – BNDE (depois BNDES) e a Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás, que foi criada simbolicamente, após uma ampla mobilização popular. Curiosa e paradoxalmente, o avanço e o agigantamento do Estado Econômico brasileiro deram-se a partir da década de 60, sobretudo após o movimento militar de 1964, e ao longo de toda a década de 70, quando foram criadas mais de 300 empresas estatais: Eletrobrás, Nuclebrás, Siderbrás etc. Foi a era das empresas “brás”. Em setembro de 1981, recenseamento oficial arrolava a existência, apenas no plano federal, de 530 pessoas jurídicas públicas, de teor econômico, inclusive autarquias, fundações e entidades paraestatais.⁶

Após a Constituição de 1988 e, sobretudo, ao longo da década de 90, o tamanho e o papel do Estado passaram para o centro do debate institucional. E a verdade é que o intervencionismo estatal não resistiu à onda mundial de esvaziamento do modelo no qual o Poder Público e as entidades por ele controladas atuavam como protagonistas do processo econômico⁷. Sem embargo de outras cogitações mais complexas e polê-

6 - Caio Tácito, O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro, RDA 202/1, p. 3.

7 - Além da simbologia radical da queda do muro de Berlim, não é irrelevante observar que mesmo os países de tradição social-participativa, como Reino Unido e França, viveram uma inequívoca redefinição do papel do Estado. Como assinala Marcos Jurueña Villela Souto (Desestatização, privatização, concessões e terceirizações, 2000, p. 4): “Na Inglaterra a privatização foi uma opção mais filosófica, consistente em definir que não cabe ao Estado produzir riqueza, gerar lucros e exercer atividades econômicas. Este papel deveria caber à iniciativa privada, que o faria com maior eficiência. (...) Buscou-se ainda, libertar o Governo das pressões sindicalistas e corporativas”; e, quanto ao processo francês de privatização, o mesmo autor observa que teve este como uma de suas grandes preocupações “democratizar o patrimônio público constituído pelas estatais, através de um sistema de venda pulverizada das suas ações, permitindo ao pequeno poupador particular influir na condução dos negócios do país. (...) Tinha-se em mente, também, dar vida ao setor privado como força motriz do crescimento econômico, retirando o Estado do setor industrial competitivo”.

micas, é fora de dúvida que a sociedade brasileira exibia insatisfação com o Estado no qual se inseria e não desejava vê-lo em um papel onipotente, arbitrário e ativo – desastradamente ativo – no campo econômico.

O modelo dos últimos vinte e cinco anos se exaurira. O Estado brasileiro chegou ao fim do século XX grande, ineficiente, com bolsões endêmicos de corrupção e sem conseguir vencer a luta contra a pobreza. Um Estado da direita, do atraso social, da concentração de renda. Um Estado que tomava dinheiro emprestado no exterior para emprestar internamente, a juros baixos, para a burguesia industrial e financeira brasileira. Esse Estado, portanto, que a classe dominante brasileira agora abandona e do qual quer se livrar, foi aquele que a serviu durante toda a sua existência. Parece, então, equivocada a suposição de que a defesa desse Estado perverso, injusto e que não conseguiu elevar o patamar social no Brasil seja uma opção avançada, progressista, e que o alinhamento com o discurso por sua desconstrução seja a postura reacionária.

A privatização de serviços e atividades empresariais, por paradoxal que possa parecer, foi, em muitos domínios, a alternativa possível de publicização de um Estado apropriado privadamente, embora, é verdade, o modelo escolhido não tenha sido o da democratização do capital. Ao fim desse exercício de desconstrução, será preciso então repensar qual o projeto de país que se pretende concretizar sobre as ruínas de um Estado que, infelizmente, não cumpriu adequadamente o seu papel.

II. A reforma do Estado no Brasil

As recentes reformas econômicas brasileiras envolveram três transformações estruturais que se complementam, mas não se confundem. Duas delas tiveram de ser precedidas de emendas à Constituição, ao passo que a terceira se fez mediante a edição de legislação infraconstitucional e a prática de atos administrativos. Confira-se, a seguir, cada uma delas.

A primeira transformação substantiva da ordem econômica brasileira foi a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro. A Emenda Constitucional n. 6, de 15.8.95, suprimiu o art. 171 da Constituição, que trazia a conceituação de empresa brasileira de capital nacional e admitia a outorga a elas de proteção, benefícios especiais e preferências.

A mesma emenda modificou a redação do art. 176, *caput*, para permitir que a pesquisa e lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia elétrica sejam concedidos ou autorizados a empresas constituídas sob as leis brasileiras, dispensada a exigência do controle do capital nacional.

Na mesma linha, a Emenda Constitucional n. 7, de 15.8.95, modificou o art. 178, não mais exigindo que a navegação de cabotagem e interior seja privativa de embarcações nacionais e a nacionalidade brasileira dos armadores, proprietários e comandantes e, pelo menos, de dois terços dos tripulantes. Mais recentemente ainda, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 36, de 28.5.02, que permitiu a participação de estrangeiros em até trinta por cento do capital das empresas jornalísticas e de radiodifusão.

A segunda linha de reformas que modificaram a feição da ordem econômica brasileira foi a chamada flexibilização dos monopólios estatais. A Emenda Constitucional n. 5, de 15.8.95, alterou a redação do § 2º do art. 25, abrindo a possibilidade de os Estados-membros concederem às empresas privadas a exploração dos serviços públicos locais de distribuição de gás canalizado, que, anteriormente, só podiam ser delegados à empresa sob controle acionário estatal. O mesmo se passou com relação aos serviços de telecomunicações e de radiodifusão sonora e de sons e imagens. É que a Emenda Constitucional n. 8, de 15.8.95, modificou o texto dos incs. XI e XII, que só admitiam a concessão à empresa estatal. E, na área do petróleo, a Emenda Constitucional n. 9, de 9.11.95, rompeu, igualmente, com o monopólio estatal, facultando à União Federal a contratação com empresas privadas de atividades relativas à pesquisa e lavra de jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro, a importação, exportação e transporte dos produtos e derivados básicos de petróleo (outrora vedados pela CF, art. 177 e § 1º, e pela Lei n. 2.004/51).

A terceira transformação econômica de relevo – a denominada privatização – operou-se sem alteração do texto constitucional, com a edição da Lei n. 8.031, de 12.4.90, que instituiu o Programa Nacional de Privatização, depois substituída pela Lei n. 9.491, de 9.9.97. Entre os objetivos fundamentais do programa incluíram-se, nos termos do art. 1º, incs.

I e IV: (i) reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; (ii) contribuir para a modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia.

O programa de desestatização⁸ tem sido levado a efeito por mecanismos como (a) a alienação, em leilão nas bolsas de valores, do controle de entidades estatais, tanto as que exploram atividades econômicas como as que prestam serviços públicos e (b) a concessão de serviços públicos a empresas privadas. No plano federal, inicialmente, foram privatizadas empresas dos setores petroquímico, siderúrgico, metalúrgico e de fertilizantes, seguindo-se a privatização da infra-estrutura, envolvendo a venda da empresa com a concomitante outorga do serviço público, como tem se passado com as empresas de energia e telecomunicações e com rodovias e ferrovias.

Acrescente-se, em desfecho do levantamento aqui empreendido, que, além das Emendas Constitucionais ns. 5, 6, 7, 8 e 9, assim como da Lei n.8.031/90, os últimos anos foram marcados por uma fecunda produção legislativa em temas econômicos, que inclui diferentes setores, como: energia (Lei n. 9.247, de 26.12.96), telecomunicações (Lei n. 9.472, de 16.07.97) e petróleo (Lei n. 9.478, de 6.8.97), com a criação das respectivas agências reguladoras; modernização dos portos (Lei n. 8.630, de 25.2.93) e defesa da concorrência (Lei n. 8.884, de 11.06.94); concessões e permissões (Leis n. 8.987, de 13.2.95 e n. 9.074, de 7.7.95), para citar alguns exemplos.

A redução expressiva das estruturas públicas de intervenção direta na ordem econômica não produziu um modelo que possa ser identificado com o de Estado mínimo. Pelo contrário, apenas deslocou-se a atuação estatal do campo empresarial para o domínio da disciplina jurídica, com a ampliação de seu papel na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas. O Estado, portanto, não deixou de ser um agente econômico decisivo. Para demonstrar a tese, basta examinar a profusão de textos normativos editados nos últimos anos.

8 • Sobre as possíveis formas de desestatização, v. Marcos Jurueña Villela Souto, *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*, 2000, p. 14 e ss.

De fato, a mesma década de 90, na qual foram conduzidas a flexibilização de monopólios públicos e a abertura de setores ao capital estrangeiro, foi cenário da criação de normas de proteção ao consumidor em geral e de consumidores específicos, como os titulares de planos de saúde, os alunos de escolas particulares e os clientes de instituições financeiras⁹. Foi também nesse período que se introduziu no país uma política específica de proteção ao meio ambiente¹⁰, limitativa da ação dos agentes econômicos, e se estruturou um sistema de defesa e manutenção das condições de livre concorrência¹¹ que, embora longe do ideal, constituiu um considerável avanço em relação ao modelo anterior. Nesse ambiente é que despontaram as agências reguladoras como instrumento da atuação estatal.

III. Modalidades de intervenção do Estado no domínio econômico

Tendo em conta o sistema constitucional, já integrado pelas reformas descritas inicialmente, é possível sistematizar, por diferentes critérios, as formas de intervenção do Estado no domínio econômico. Há autores que se referem à intervenção (a) regulatória, (b) concorrencial, (c) monopolista e (d) sancionatória¹². Outros classificam-nas em (a) poder de polícia, (b) incentivos à iniciativa privada e (c) atuação empresarial¹³. A primeira classificação será retomada mais adiante. Por ora, cabe explorar

9 - Nesse período foram editados os seguintes diplomas normativos: Lei n. 8.078, de 11.09.90 (Código de Defesa do Consumidor); Lei n. 9.394, de 20.12.96 (Lei de Diretrizes e Bases); Lei n. 9.656, de 03.06.98 (Lei dos Planos e Seguros Privados de Saúde); Lei n. 9.870, de 23.11.99 (anuidades escolares); Lei n. 10.167 de 27.12.00 (banimento à publicidade de cigarros); Lei complementar n. 109 de 29.5.01 (disciplina a previdência privada); Resolução BACEN n. 2.878, de 26.7.01 (procedimentos a serem observados pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil na contratação de operações e na prestação de serviços aos clientes e ao público em geral).

10- Lei n. 9.605, de 12.2.98 (Lei do Meio Ambiente e dos Crimes Ambientais)

11- Lei n. 8.158, de 08.1.91 (já revogada; institui normas para a defesa da concorrência); Lei n. 8.884, de 11.6.94 (Lei de Defesa da Ordem Econômica); Lei n. 9.021, de 30.3.95 (implementação do CADE).

12- Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Curso de direito administrativo, 1996, p. 365.

13- Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de direito administrativo, 1996, p. 434-5.

com brevidade a segunda, da qual decorrem três conjuntos de mecanismos de intervenção estatal no domínio econômico: pela disciplina, pelo fomento e pela atuação direta.

Como já se registrou, o Poder Público interfere na atividade econômica, em primeiro lugar, traçando-lhe a disciplina, e o faz mediante a edição de leis, de regulamentos e pelo exercício do poder de polícia. De fato, o Estado exerce competências normativas primárias e edita normas decisivas para o desempenho da atividade econômica, algumas com matriz constitucional, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor (art. 5º, XXXII), a lei de remessa de lucros (art. 172), a lei de repressão ao abuso do poder econômico (art. 173, § 4º), entre outras. Exerce, ademais, competências normativas de cunho administrativo, editando decretos regulamentares, resoluções, deliberações, portarias, algumas em domínios relevantíssimos como a política de crédito e a de câmbio. Por fim, desempenha, também, o poder de polícia, restringindo direitos e condicionando o exercício de atividades em favor do interesse coletivo (e.g., polícia ambiental, sanitária, fiscalização trabalhista).

De outra parte, o Estado interfere no domínio econômico por via do fomento, isto é, apoiando a iniciativa privada e estimulando determinados comportamentos. Assim, por exemplo, através de incentivos fiscais, o Poder Público promove a instalação de indústrias ou outros ramos de atividade em determinada região. Do mesmo modo, a elevação ou redução da alíquota de impostos – notadamente os que têm regime excepcional no tocante aos princípios da legalidade e anterioridade (CF, arts. 150, § 1º e 153, § 1º), como IPI, imposto sobre a importação, IOF – é decisiva na expansão ou retração de determinado segmento da economia. Igualmente relevante, no fomento da atividade econômica, é a oferta de financiamento público a determinadas empresas ou setores do mercado, mediante, por exemplo, linha de crédito junto ao BNDES.

Por fim, o Estado interfere, ainda, na ordem econômica¹⁴, mediante atuação direta. Aqui, todavia, é necessário distinguir duas hipóteses: (a) a prestação de serviços públicos e (b) a exploração de atividades

14- Para uma análise ampla da atuação do Estado na ordem econômica, v. Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na Constituição*, 1990.

econômicas. Não há necessidade, nesta instância, de percorrer, com maior grau de detalhamento, aspectos orgânicos e funcionais da Administração Pública. Basta o registro de que os serviços públicos podem ser prestados diretamente, pelos órgãos despersonalizados integrantes da Administração, ou indiretamente, por entidades com personalidade jurídica própria.

Na prestação indireta abrem-se duas possibilidades: pode o Estado constituir pessoas jurídicas públicas (autarquias e fundações públicas – as chamadas “fundações autárquicas”) ou privadas (sociedades de economia mista e empresas públicas) e, mediante lei (CF, art. 37, XIX), outorgar a tais entes a prestação do serviço público, seja de educação, água, eletricidade ou qualquer outro. Ou pode, por outro lado, delegar à iniciativa privada, mediante contrato ou outro ato negocial, a prestação do serviço. Serve-se aí o Estado de figuras jurídicas como a concessão e a permissão. Mais recentemente, têm sido concebidas diferentes formas de delegação, identificadas genericamente como terceirização, que incluem espécies negociais como a franquia e o contrato de gestão, entre outros¹⁵. O *caput* do art. 175 prevê sobre o tema:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

A exploração da atividade econômica, por sua vez, não se confunde com a prestação de serviços públicos, quer por seu caráter de subsidiariedade, quer pela existência de regras próprias e diferenciadas. De fato, sendo o princípio maior o da livre iniciativa, somente em hipóteses restritas e constitucionalmente previstas poderá o Estado atuar diretamente, como empresário, no domínio econômico. Tais exceções se resumem aos casos de:

- a) imperativo da segurança nacional (CF, art. 173, *caput*);
- b) relevante interesse coletivo (CF, art. 173, *caput*);

15- A respeito do tema, consulte-se Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na Administração Pública, concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*, 1999.

c) monopólio outorgado à União (v. g., CF, art. 177).

Como se viu em tópico anterior, a reserva de atividades econômicas à exploração direta e monopolizada da União foi substancialmente alterada e flexibilizada. E, quando não se trate de monopólio, o Estado deverá atuar diretamente no domínio econômico sob o mesmo regime jurídico das empresas privadas, como deflui do § 1º do art. 173 da Carta Federal¹⁶.

IV. O novo perfil do estado e o surgimento das agências reguladoras

A constatação de que o Estado não tem recursos suficientes para todos os investimentos necessários e que, além disso, é geralmente um mau administrador, conduziu ao processo de transferência para o setor privado da execução de ampla gama de serviços públicos. Mas o fato de determinados serviços públicos serem prestados por empresas privadas concessionárias não modifica a sua natureza pública¹⁷: o Estado conserva responsabilidades e deveres em relação à sua prestação adequada. Daí a privatização haver trazido drástica transformação no papel do Estado: em lugar de protagonista na execução dos serviços, suas funções passam a ser as de planejamento, regulação e fiscalização. É nesse contexto histórico que surgem, como personagens fundamentais, as agências reguladoras.

É bem de ver que a relação direta que se tem feito entre as

16- A EC 19/98 deu nova redação ao § 1º do art. 173 da Constituição Federal, tendo reiterado a sujeição das empresas públicas, sociedades de economia mista, bem como suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ao regime jurídico próprio das empresas privadas, "inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários".

17- Precisa, nesse passo, a observação de Gustavo Binchenbojm, *As agências reguladoras e o estatuto jurídico de seus dirigentes – Controvérsias constitucionais e procedimentos possíveis*, in Livro de teses do XXV Congresso Nacional dos Procuradores do Estado, p. 219: "A desestatização de serviços públicos e atividades econômicas de relevante interesse coletivo não importa, todavia, a sua despublicização. Ao contrário, a transferência ou devolução da execução destas tarefas à iniciativa privada exige antes a republicização dos mecanismos de controle do Estado sobre elas". No mesmo sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Agência Nacional de Vigilância Sanitária: natureza jurídica, competência normativa, limites de atuação*, RDA 215/71, p. 72.

agências reguladoras e serviços públicos executados por particulares é apenas histórica, já que nada impede a existência de agências para regulação de atividades puramente privadas, como instrumento de realização da disciplina jurídica do setor. Quanto aos serviços públicos, as funções transferidas para as agências reguladoras não são novas: o Estado sempre teve o encargo de zelar por sua boa prestação. Ocorre todavia que, quando os serviços públicos eram prestados diretamente pelo próprio Estado ou indiretamente por pessoas jurídicas por ele controladas (como as sociedades de economia mista e as empresas públicas), estas funções não tinham visibilidade e, a rigor, não eram eficientemente desempenhadas¹⁸. Agora, todavia, a separação mais nítida entre o setor público e o setor privado revigora esse papel fiscalizador¹⁹.

Quanto às atividades econômicas propriamente ditas, o art. 174 da Constituição de 1988 já previra a função reguladora a ser desempenhada pelo Estado. Não obstante, muito antes, entre as décadas de 30 e de 70, surgiram alguns órgãos estatais com funções reguladoras, como por exemplo, o Conselho Nacional de Telecomunicações – CONTEL e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Estes órgãos resistiram ao longo do tempo, mas viram frustrada sua efetiva atuação reguladora porque, à exceção do CADE, nasceram subordinados, decisória e financeiramente, ao Poder Executivo, fosse à Presidência da República, ou mesmo a algum Ministério²⁰.

Recentemente, por força de modificações introduzidas por Emendas à Constituição de 1988, passou-se a ter previsão expressa, em sede constitucional, de órgãos reguladores para os setores de telecomunica-

18- Sergio Nelson Mannheimen, *Agências estaduais reguladoras de serviços públicos*, RF 343/221, p. 225, anota que "quando o Estado é o prestador do serviço, ocorrem distorções no papel fiscalizador do Estado, uma vez que não se sente ele estimulado a denunciar as próprias falhas ou deficiências".

19- Como acentua Juan Carlos Cassagne, "*el fenómeno de la privatización al abarcar la transferencia al sector privado de la gestión de los servicios públicos que antes prestaban empresas estatales, ha generado la correlativa necesidad de regular esas actividades para proteger los intereses de la comunidad*" (*La intervención administrativa*, 1994, p. 151).

20- Pedro Dutra, *Órgãos reguladores: futuro e passado*, Revista de Direito Econômico, jul./dez. de 1996, p. 60.

ções (nova redação dada ao art. 21, XI²¹, da Constituição Federal, pela EC 8/95) e de petróleo (o inc. III²² do § 2º do art. 177 da Constituição ganhou nova redação com a EC 9/95). Tais reformas possibilitaram não só a introdução de órgãos reguladores, aos quais a legislação infraconstitucional sabiamente dotou de autonomia, mas também a expansão da atividade regulatória para outras áreas.

Até o início de 2002, haviam sido criadas no país as seguintes agências: a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, prevista na Lei n. 9.472, de 16.7.97; a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, instituída pela Lei n. 9.427, de 26.12.97; a Agência Nacional do Petróleo – ANP, que foi instituída pela Lei n. 9.478, de 6.8.97; a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Lei n. 9.782, de 26.1.990); a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei n. 9.961, de 28.1.2000), a Agência Nacional de Águas – ANA (Lei n. 9.984, de 17.7.2000), e as recentes Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, ambas criadas pela Lei n. 10.233, de 5.6.2001²³. A Comissão de Valores Mobiliários, que, para muitos já era uma agência reguladora, recebeu da Lei n. 10.411 de 6.2.2002, maior grau de autonomia, incluindo mandatos estáveis para seus dirigentes.

No âmbito dos Estados-membros, também eram criadas agências reguladoras. Em alguns deles, como o Rio de Janeiro, foi feita a opção pela criação de um único órgão regulador, abrangendo uma pluralidade de áreas de atuação²⁴. Assim surgiu a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro (ASEP-RJ) criada

21- O dispositivo passou a ter a seguinte redação: "Art. 21. Compete à União: ... XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais".

22- O referido § 2º assevera, em seu inc. III, que a lei disporá sobre "a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União".

23- Está sendo discutida a criação de uma agência na área de defesa do consumidor e da concorrência e outra na área de aviação civil.

24- Marcos Jurueña Villela Souto denomina estas agências de "multi-setoriais", vale dizer, sem especialização, com competência para todos os serviços (Desestatização, privatização, concessões e terceirizações, 2000, p. 285).

pela Lei Estadual n. 2.686, de 13.12.97. Também no Estado do Ceará instituiu-se, pela Lei Estadual n. 12.786, de 30.12.97, um órgão único, a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará (ARCE), uma autarquia especial vinculada à Procuradoria-Geral do respectivo Estado. Da mesma forma, no Estado do Rio Grande do Sul, foi criada pela Lei Estadual n. 10.931, de 9.01.97, a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS). Espírito Santo²⁵, Mato Grosso²⁶, Minas Gerais²⁷, Pará²⁸, Rio Grande do Norte²⁹, Santa Catarina³⁰ e Sergipe³¹ igualmente criaram uma única agência para regulação dos serviços públicos estaduais em geral.

Já em outros Estados, como São Paulo e Bahia, fez-se a opção por agências especializadas, no âmbito de cada um dos setores dos serviços concedidos, a exemplo do modelo federal. O processo de especialização em São Paulo teve início com a Lei Complementar Estadual n. 833, de 17.10.97, que criou a Comissão de Serviços Públicos de Energia (CSPE), autarquia vinculada à Secretaria de Estado de Energia, com a finalidade de regular, controlar e fiscalizar a qualidade do fornecimento de tais serviços públicos, os preços, tarifas e demais condições de atendimento aos usuários, coibindo abusos e discriminações³². Na Bahia, a Lei Estadual n. 7.314, de 19.5.98, criou a Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transporte e Comunicações da Bahia (AGERBA).

25- Agência Estadual de Serviços Públicos do Estado do Espírito Santo (AGES), Lei Estadual n. 5.721 de 19.8.98.

26- Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Mato Grosso (AGER/MT), Lei Estadual n. 7.101, de 14.01.99).

27- Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Minas Gerais (ARSEMG), Lei Estadual n. 12.999, de 31.7.98.

28- Agência Estadual de Regulação e Controle de Serviços Públicos, Lei Estadual n. 6.099, de 30.12.97.

29- Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Rio Grande do Norte (ASEP-RN), Lei estadual n. 7.463, de 2.3.99.

30- Agência Catarinense de Regulação e Controle (SC/ARCO), Lei Estadual n. 11.355, de 18.01.00.

31- Agência Reguladora de Serviços Concedidos do Estado de Sergipe (ASES), Lei Estadual n. 3.973, de 10.10.98.

32- Marcos Jurueña Villela Souto, Desestatização, privatização, concessões e terceirizações, 2000, p. 288.

Parte II

AS AGÊNCIAS REGULADORAS

V. A estrutura jurídica das agências reguladoras

As agências reguladoras foram introduzidas no Brasil sob a forma de autarquias e, conseqüentemente, com personalidade jurídica de direito público. Estão sujeitas, assim, ao mandamento do art. 37, XIX da Constituição³³ e sua criação somente poderá se dar mediante lei específica³⁴. O mesmo quanto à sua extinção, pois ato administrativo não poderia destruir o que se construiu por norma de hierarquia superior³⁵. As agências, todavia, são autarquias especiais³⁶, dotadas de prerrogativas próprias e caracterizadas por sua autonomia em relação ao Poder Público.

33- Como anota Diogo de Figueiredo Moreira Neto, com a nova redação dada ao inc. XIX do art. 37 pela Emenda Constitucional 19/98, "corrige-se impropriedade técnica do inciso original, passando-se a distinguir a lei de criação de uma autarquia, como desdobramento institucional do próprio Estado, à qual são outorgadas determinadas competências, da lei de autorização para instituir empresa pública, sociedade de economia mista e fundação, às quais são delegadas atribuições específicas" (Apontamentos sobre a reforma administrativa, 1999, p. 63).

34- Não assim, porém, quanto à criação de subsidiárias das entidades da administração indireta, como já deixou claro o Supremo Tribunal Federal: "Pela falta de plausibilidade jurídica da arguição de inconstitucionalidade por ofensa aos incs. XIX e XX do art. 37, da CF, o Tribunal indeferiu medida cautelar requerida em ação direta em face dos arts. 64 e 65 da Lei n. 9.478/97. Afirmando o caráter genérico da autorização legislativa para a criação de subsidiárias de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública a que se refere o inc. XX, do art. 37, da CF, o Tribunal entendeu que a Lei atacada atende a esse permissivo constitucional por nela haver a previsão para essa finalidade (art. 64), afastando-se, portanto, a alegação de que seria necessária a autorização específica do Congresso Nacional para se instituir cada uma das subsidiárias de uma mesma entidade" (STF, ADIn-MC 1.649-DF, Inf. STF 90/2, Rel. Min. Mauricio Corrêa).

35- Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de direito administrativo, 1997, p. 102.

36- Como observa Hely Lopes Meirelles, "autarquia de regime especial é toda aquela a que a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública" (Direito Administrativo Brasileiro, 1993, p. 315).

A instituição de um regime jurídico especial visa a preservar as agências reguladoras de ingerências indevidas, inclusive e sobretudo, como assinalado, por parte do Estado e de seus agentes. Procurou-se demarcar, por esta razão, um espaço de legítima discricionariedade, com predomínio de juízos técnicos sobre as valorações políticas. Constatada a necessidade de se resguardarem essas autarquias especiais de injunções externas inadequadas, foram-lhe outorgadas autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira.

No tocante à autonomia político-administrativa, a legislação instituidora de cada agência prevê um conjunto de procedimentos, garantias e cautelas, dentre as quais normalmente se incluem: (i) nomeação dos diretores com lastro político (em âmbito federal,³⁷ a nomeação é feita pelo Presidente da República, com aprovação do Senado³⁸); (ii) mandato fixo de três³⁹ ou quatro⁴⁰ anos; e (iii) impossibilidade de demissão dos diretores, salvo falta grave apurada mediante devido processo legal⁴¹.

37- Nos Estados-membros tais funções são exercidas, respectivamente, pelo Governador e pela Assembléia Legislativa. Assim se passa, por exemplo, no Estado do Rio de Janeiro, assim dispondo o art. 7º, *caput*, da Lei Estadual n. 2.686/97: "Art. 7º O Conselho Diretor da Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP/RJ será formado por 05 (cinco) Conselheiros indicados pelo Governador do Estado, e por este nomeados uma vez aprovados, após audiência pública e por voto secreto, pela Assembléia Legislativa, cabendo a um deles a Presidência do Conselho, também por indicação do Governador do Estado".

38- E. g., quanto à ANATEL, o art. 23 da Lei n. 9.472/97 assim dispõe: "Os conselheiros serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea "f" do inc. III do art. 52 da Constituição Federal".

39- O mandato de três anos foi previsto para os diretores da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, nos termos do art. 6º da Lei n. 9.961, de 28.01.2000.

40- Relativamente à ANEEL, o *caput* do art. 5º da Lei n. 9.427/96 dispõe: "O Diretor-Geral e os demais Diretores serão nomeados pelo Presidente da República para cumprir mandatos não coincidentes de quatro anos...". Também assim quanto à ASEP-RJ, o art. 11 da Lei Estadual n. 2.686/97.

41- Nesse sentido, dispõe o *caput* do art. 26 da Lei n. 9.472/9, relativamente à ANATEL: "Os membros do Conselho Diretor somente perderão o mandato em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar". Já o art. 8º da Lei 9.427/96 prevê que "a exoneração imotivada de dirigente da ANEEL

A imposição legal de requisito para a exoneração de dirigente de agência reguladora pelo Chefe do Poder Executivo estadual foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal. Apreciando medida liminar requerida no âmbito de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul, o STF suspendeu dispositivo de lei estadual que condicionava a destituição de Conselheiro da AGERGS à decisão da Assembléia Legislativa, fundado em aparente afronta à separação de poderes. Mas deixou claro que tal decisão se dava sem prejuízo das restrições à demissibilidade dos Conselheiros, pelo Governador do Estado, sem justo motivo⁴².

somente poderá ser promovida nos quatro meses iniciais do mandato, findos os quais é assegurado seu pleno e integral exercício. Parágrafo único. Constituem motivos para a exoneração de dirigente da ANEEL, em qualquer época, a prática de ato de improbidade administrativa, a condenação penal transitada em julgado e o descumprimento injustificado do contrato de gestão". No Estado do Rio de Janeiro, o art. 13 da Lei Estadual n. 2.686/97 incorporou algumas inovações relativamente à ASEP-RJ: "Art. 13. Uma vez nomeado, o Conselheiro só perderá o cargo por decisão judicial irreversível, condenação penal definitiva por crime doloso punido com pena igual ou superior a 02 (dois) anos de reclusão ou ainda por decisão da maioria dos membros da Assembléia Legislativa em processo de iniciativa do Governador do Estado ou do próprio Conselho Diretor, em que lhe seja assegurada ampla defesa".

- 42- "Por aparente ofensa ao princípio da separação dos Poderes (CF, art. 2º), o Tribunal deferiu o pedido de medida liminar para suspender, até decisão final da ação, a eficácia do art. 8º da Lei Estadual n. 10.931/97 ("O conselheiro só poderá ser destituído, no curso de seu mandato, por decisão da Assembléia Legislativa."), na redação que lhe deu o art. 1º da Lei Estadual n. 11.292/98; assim como na sua redação original. Ademais, o Tribunal, considerando que o vazio legislativo decorrente da suspensão desta norma, que é a única forma de demissão prevista na referida Lei, seria mais inconstitucional do que a própria norma impugnada, declarou, por maioria, que a suspensão cautelar do art. 8º se dava sem prejuízo das restrições à demissibilidade, pelo Governador do Estado, sem justo motivo, conseqüentes da investidura a termo dos conselheiros da AGERGS, conforme o art. 7º da Lei n. 10.931/97 – que condiciona a posse dos conselheiros à prévia aprovação de seus nomes pela Assembléia Legislativa, cujo pedido de suspensão liminar fora indeferido na assentada anterior –, e também sem prejuízo da superveniência de legislação válida. Vencido em parte o Min. Marco Aurélio, que se limitava à suspensão de eficácia do mencionado art. 8º, por entender que o STF estaria atuando como legislador positivo ao declarar que o conselheiro não seria demissível *ad nutum*, ou seja, que o seu afastamento só poderia ocorrer mediante justa motivação" (STF, ADIn-MC 1.949-RS, Inf. STF 171/2, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Ainda no que se refere à autonomia político-administrativa, as leis instituidoras das agências também previram, como regra, que os dirigentes estarão impedidos de prestar, direta ou indiretamente, qualquer tipo de serviço às empresas sob sua regulamentação ou fiscalização, inclusive controladas, coligadas ou subsidiárias⁴³, ao longo de determinado período (normalmente doze meses) subsequente ao término de seus mandatos. É o que se convencionou chamar de "quarentena". Durante tal período é assegurada ao ex-dirigente a remuneração equivalente à do cargo de direção que exercera, admitindo-se que continue a prestar serviço à Agência ou a qualquer outro órgão da Administração Pública, em área atinente à sua qualificação profissional, desde que isso, naturalmente, não frustre a finalidade de impedir que se beneficie de relações e informações para favorecer sua atuação privada ou a de outrem⁴⁴⁻⁴⁵.

43- Quanto à ANATEL, o art. 30 da Lei n. 9.472/97 dispõe: "Até um ano após deixar o cargo, é vedado ao ex-conselheiro representar qualquer pessoa ou interesse perante a agência. Parágrafo único. É vedado, ainda, ao ex-conselheiro utilizar informações privilegiadas obtidas em decorrência do cargo exercido, sob pena de incorrer em improbidade administrativa". Relativamente à ANEEL, o art. 9º da Lei n. 9.472/96 dispõe: "O ex-dirigente da ANEEL continuará vinculado à autarquia nos doze meses seguintes ao exercício do cargo, durante os quais estará impedido de prestar, direta ou indiretamente, independentemente da forma ou natureza do contrato, qualquer tipo de serviço às empresas sob sua regulamentação ou fiscalização, inclusive controladas, coligadas ou subsidiárias". Já a Lei n. 9.478/97, que instituiu a ANP, dispõe em seu art. 14: "Terminado o mandato, ou uma vez exonerado do cargo, o ex-diretor da ANP ficará impedido, por um período de doze meses, contados da data de sua exoneração, de prestar, direta ou indiretamente, qualquer tipo de serviço a empresa integrante da indústria do petróleo ou de distribuição". No mesmo sentido dispõe o art. 9º da Lei Estadual n. 2.686/97, quanto à Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro - ASEP-RJ.

44- O § 1º do art. 9º da Lei n. 9.472/96 assim dispõe: "Durante o prazo da vinculação estabelecida neste artigo, o ex-dirigente continuará prestando serviço à ANEEL ou a qualquer outro órgão da Administração Pública direta da União, em área atinente à sua qualificação profissional, mediante remuneração equivalente à do cargo de direção que exerceu". Também assim o § 1º do art. 14 da Lei n. 9.478/97 no que toca à ANP: "Durante o impedimento, o ex-diretor que não tiver sido exonerado nos termos do art. 12 poderá continuar prestando serviço à ANP, ou a qualquer órgão da Administração Direta da União, mediante remuneração equivalente à do cargo de direção que exerceu".

45- No entanto, em sede doutrinária há quem espouse entendimento diverso. É o que sustenta Marcos Juruena Villela Souto: "A lei deve prever que os dirigentes não devem manter, durante o mandato e na quarentena, qualquer vínculo com o concedente,

Com isto, procurou-se criar um estatuto jurídico próprio para os dirigentes destas autarquias especiais, diverso do aplicável aos demais agentes administrativos. Em âmbito federal, o tema foi objeto de sistematização levada a efeito pela Lei n. 9.986, de 18.7.2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras. No art. 1º, o novo diploma estabelece que as agências terão suas relações de trabalho regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e legislação trabalhista correlata, em regime de emprego público. Como se vê, a lei se beneficia da extinção da obrigatoriedade do regime jurídico único, operada pela EC n. 19/98, na nova redação dada ao art. 39 da Constituição.

No geral, a lei endossa as linhas de entendimento que se haviam cristalizado na doutrina, prevendo: (i) nomeação de conselheiro ou diretor, pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, atendidos os requisitos da nacionalidade brasileira, reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos (art. 5º); (ii) quarentena, com o impedimento ao ex-dirigente, terminado o mandato, de prestar qualquer tipo de serviço no setor público ou nas empresas integrantes do setor regulado pela agência (art. 8º); (iii) estabilidade: os conselheiros e diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar (art. 9º)⁴⁶.

No que toca à autonomia econômico-financeira, por sua vez, procura-se conferir às agências reguladoras, além das dotações orçamen-

concessionário ou associação de usuários, não devendo deles receber qualquer remuneração. Devem, pois, ser licenciados ou ter seus contratos de trabalho suspensos, sem remuneração, e não 'postos à disposição' da agência, conservando seus vencimentos, sob pena de restar mantido o vínculo e a potencialidade de interferência da fonte pagadora" (Agências reguladoras, RDA 216/125, p. 140).

- 46- A constitucionalidade de diversos dispositivos dessa lei encontram-se suspensos por decisão liminar do Min. Marco Aurélio, na ADIn 2.310, proposta pelo Partido dos Trabalhadores – PT e pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT. A decisão ainda não foi publicada. No site do STF, colhe-se a informação de que a decisão liminar encontra-se pendente de ratificação do Plenário, devido a pedido de vista, e que o Ministro Moreira Alves suscitou a preliminar de suspensão do julgamento, até que seja apreciada a ADIn 2.135, que tem por objeto a constitucionalidade das alterações operadas pela EC n. 19/98.

tárias gerais⁴⁷, a arrecadação de receitas provenientes de outras fontes, tais como taxas de fiscalização e regulação, ou ainda participações em contratos e convênios, como ocorre, por exemplo, nos setores de petróleo e energia elétrica⁴⁸.

As leis instituidoras de cada uma das agências, seja no âmbito federal⁴⁹ ou estadual⁵⁰, cuidaram de estabelecer taxas de fiscalização ou regulamentação do serviço público objeto de delegação como uma das importantes fontes de receita dessas autarquias. A doutrina debate acerca da natureza desse recolhimento, alguns defendendo que se cuida de taxa propriamente dita e outros que se trata de preço contratual, cobrado pelo Poder Concedente dos delegatários. Salvo nas hipóteses em que o

47- Sobre a questão, v. Marcos Juruena Villela Souto (Agências reguladoras, RDA 216/125, p. 143), ao referir-se às receitas provenientes das taxas de regulação ou fiscalização: "A agência, com isso, não depende de recursos orçamentários, mas em compensação, se submete à crítica de ser custeada pelo sujeito fiscalizado". Há previsão expressa de dotações orçamentárias em algumas das leis instituidoras das agências reguladoras federais como, v. g., o art. 49 da Lei n. 9.472/97, relativamente à ANATEL: "Art. 49. A agência submeterá anualmente ao Ministério das Comunicações a sua proposta de orçamento, bem como a do FISTEL, que serão encaminhadas ao Ministério do Planejamento e Orçamento para inclusão no projeto de lei orçamentária anual a que se refere o § 5º do art. 165 da Constituição Federal". Também assim, quanto à ANEEL, o art. 11, II, da Lei 9.427/96, e quanto à ANP, o art. 15, II, da Lei n. 9.478/97. Nos Estados-membros a possibilidade é idêntica, como o fez o art. 5º, II, da Lei Estadual n. 2.686/97, com relação à ASEP-RJ.

48- Como prevêem, respectivamente, os arts. 15, III, da Lei n. 9.478/97, e 11, V, da Lei 9.427/96; e, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, relativamente à ASEP-RJ, o art. 5º, V, da Lei 2.686/97.

49- Como por exemplo, com relação à ANATEL, fez o art. 51 da Lei n. 9.472/97, ao dar nova redação ao art. 6º da Lei n. 5.070/66: "Art. 6º As taxas de fiscalização a que se refere a alínea f do art. 2º são as de instalação e de funcionamento. § 1º Taxa de fiscalização de instalação é a devida pelas concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços de telecomunicações e de uso de radiofrequência, no momento da emissão do certificado de licença para o funcionamento das estações. § 2º Taxa de fiscalização de funcionamento é a devida pelas concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços de telecomunicações e de uso de radiofrequência, anualmente, pela fiscalização do funcionamento das estações". Quanto à ANEEL, os arts. 12 e 13 da Lei n. 9.427/96 dispõem sobre a taxa de fiscalização de serviços de energia elétrica.

50- No Estado do Rio de Janeiro, A Lei n. 2.686/97, em seu art. 19, instituiu a taxa de regulação de serviços públicos concedidos. No Estado do Rio Grande do Sul, a Lei n. 11.073/97 instituiu a taxa de fiscalização e controle dos serviços públicos delegados.

Estado é o titular do bem ou do serviço que passa a ser utilizado ou prestado pelo particular, cobranças destinadas a custear o serviço de fiscalização dificilmente poderão deixar de ter natureza tributária.

VI. Função reguladora e as diferentes atividades das agências

Embora a etimologia sugira a associação da função reguladora com o desempenho de competências normativas, seu conteúdo é mais amplo e variado. Ainda quando se aproxime, eventualmente, da idéia de poder de polícia administrativa – poder de direcionar as atividades privadas de acordo com interesses públicos juridicamente definidos⁵¹ –, a regulação contempla uma gama mais ampla de atribuições, relacionadas ao desempenho de atividades econômicas e à prestação de serviços públicos, incluindo sua disciplina, fiscalização, composição de conflitos e aplicação eventual de sanções. Às agências reguladoras, no Brasil, tem sido cometido um conjunto diversificado de tarefas, dentre as quais se incluem, a despeito das peculiaridades de cada uma delas, em função da diversidade de textos legais, as seguintes⁵²:

- a) controle de tarifas, de modo a assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato;
- b) universalização do serviço, estendendo-os a parcelas da população que deles não se beneficiavam por força da escassez de recursos;
- c) fomento da competitividade, nas áreas nas quais não haja monopólio natural;
- d) fiscalização do cumprimento do contrato de concessão;
- e) arbitramento dos conflitos entre as diversas partes envolvidas: consumidores do serviço, poder concedente, concessionários, a comunidade como um todo, os investidores potenciais etc.

51- Caio Tácito, Serviço de utilidade pública. Autorização. Gás Liquefeito de Petróleo, in Temas de direito público, 1997, p. 1236.

52- Sobre a sistematização adotada, v. Sergio Nelson Mannheimer, Agências estaduais reguladoras de serviços públicos, RF 343/221, p. 226-8.

Segundo a elaboração desenvolvida por Diogo de Figueiredo, a função reguladora é na verdade um híbrido de atribuições de natureza variada, inclusive fiscalizadoras e negociadoras, mas também normativas, gerenciais, arbitradoras e sancionadoras. Ela se vale de um complexo de funções clássicas – administrativas, normativas e judicantes –, variando apenas o método decisório. No domínio da função reguladora devem predominar as escolhas técnicas, preservadas das disputas partidárias e das complexidades dos debates congressuais, mais apropriados às escolhas político-administrativas⁵³. Em uma tentativa de sistematização, inspirada pela clássica divisão de funções no âmbito do Estado, é possível classificar as atividades das agências reguladoras em executivas, decisórias e normativas.

a) Atividade executiva e os limites do controle exercido pelo Poder Executivo e pelo Tribunal de Contas

A atividade executiva, de parte a própria auto-administração da agência, envolve a implementação das políticas públicas e diretrizes dadas pelo legislador, bem como a concretização e individualização das normas relativamente ao setor público ou privado regulado. É nesse espaço de atuação que estão compreendidos os atos de fiscalização bem como os de natureza sancionatória, em caso de descumprimento do regramento aplicável. Embora seja o domínio próprio de uma entidade integrante da Administração Pública, o desempenho da atividade executiva pelas agências envolve complexidades jurídicas que vêm sendo enfrentadas pela doutrina.

A primeira delas diz respeito aos conflitos de atribuições entre as diferentes agências e entre elas e órgãos ou entidades da Administração Pública já existentes. Apenas alguns exemplos. A Lei n. 9.472/97, art. 19, XIX, e.g., conferiu à ANATEL competência para exercer o controle, a prevenção e a repressão de infrações à ordem econômica, nada obstante as atribuições da Secretaria de Defesa Econômica do Ministério da Justiça e do Conselho Nacional de Defesa Econômica – CADE. Por sua vez, a Lei n. 9.961/01, art. 4º, XXII, outorgou à ANS competência

⁵³- Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Direito da regulação*, 2002.

para autorizar modificações na estrutura societária das empresas do setor (v.g., art. 4º, XXII, da Lei da ANS), a despeito da existência de entidade que já detém atribuição análoga.

Uma outra questão que se põe no exercício da função executiva das agências é a sua relação com as diretrizes políticas expedidas pela Chefia do Poder Executivo ou por agentes que dele recebem delegação. Por força de lei, as agências deverão implementar políticas traçadas pelos órgãos da Administração direta. A Lei da ANP (Lei n. 9.478/97) prevê que o Conselho Nacional de Política Energética (art. 7º, I) deverá fixar tais diretrizes; a Lei da ANEEL (Lei n. 9.427/97) atribui ao próprio Ministério das Minas e Energia essa competência (art. 2º); a Lei da ANATEL (Lei n. 9.472/97) determina que a agência envie ao Ministério das Telecomunicações relatórios periódicos, além de submetê-la a auditorias operacionais levadas a cabo pelo Ministério referido (art. 19, incs. XXIX, XXX).

Por outro lado, as mesmas leis registram que agências não mantêm vínculo hierárquico ou decisório com a Administração direta ou com qualquer órgão governamental (art. 8º, § 2º da Lei da ANATEL, art. 1º, parágrafo único, da Lei da ANS), sequer havendo previsão de recurso hierárquico impróprio, contra suas decisões, dirigido à Administração direta⁵⁴. Ao contrário, o que se extrai das diversas normas que cuidaram do assunto é que as agências reguladoras funcionam como última instância administrativa para julgamento dos recursos contra seus atos (art. 19, XXV, da Lei n. 9.472/97; art. 15, VII, § 2º da Lei n. 9.782/99; art. 3º, V, Lei n. 9.427/96).

Assim, não será possível o controle administrativo pela via do recurso hierárquico impróprio, sendo em princípio inadmissível que as decisões tomadas pelas agências possam ser revistas ou modificadas por algum agente político (Ministro ou Secretário de Estado)⁵⁵. O controle do

54- Em geral, a não previsão de cabimento do recurso hierárquico autoriza a conclusão de que ele não é cabível. Como ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello: "O controle administrativo ou tutela administrativa, segundo generalizada lição doutrinária, exerce-se nos limites da lei. Não se presume. Existirá quando, como e na forma prevista em lei". (Curso de Direito Administrativo, 1999, p. 147).

55- Marcos Juruena Villela Souto, *Agências reguladoras*, RDA 216/125, p. 148.

Executivo sobre as agências reguladoras limita-se, como regra, à escolha de seus dirigentes, sob pena de se ofender a autonomia que lhes é assegurada pelas leis instituidoras⁵⁶. A subordinação seria incompatível com a implementação eficiente da regulação de atividades que mobilizam interesses múltiplos do Estado, como empresário, arrecadador de tributos ou agente social. Mas a questão não é tão simples.

É que se couber às agências a determinação integral das políticas públicas do setor regulado, pouco restará ao Chefe do Executivo em termos de competência decisória, valendo lembrar que é ele quem detém a legitimidade democrática, recebida nas eleições, para exercer a função administrativa. É possível mesmo vislumbrar um cenário no qual a multiplicação das agências, cada qual dotada de completa independência em relação ao Executivo acabaria por esvaziar o espaço decisório que lhe cabe constitucionalmente. Como se vê, os parâmetros dessa relação ainda deverão ser fixados.

A terceira questão que envolve o exercício da função executiva pelas agências diz respeito ao controle de suas contas e gastos. A Constituição de 1988 esteve atenta ao assunto e, embora não tenha sido totalmente feliz no seu intuito de reequacionar o tratamento da matéria, o fato é que o controle externo das contas e gastos públicos foi minudentemente regulado no Texto Constitucional, competindo ao Poder Legislativo efetuar-lo, com auxílio do Tribunal de Contas (arts. 70 e 71, CF). É bem de ver que a nova Carta alargou consideravelmente essa atividade fiscalizatória externa, seja por permitir exame por outros ângulos que não o da estrita legalidade, seja pela ampliação do controle a todos aqueles que venham a deter recursos públicos. O parágrafo único do art. 70, na redação que lhe deu a Emenda Constitucional n. 19, de 4.6.98, assim dispõe:

Art. 70. (...)

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, ge-

56- Neste sentido, v. também Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 1997, p. 480.

rencia ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária.

O reverso dessa nova e abrangente configuração está em que a fiscalização externa, para a qual desempenha papel relevante o Tribunal de Contas, não se pode afastar das pautas constitucionais, conforme vem decidindo reiteradamente o Poder Judiciário, inclusive em pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal⁵⁷. Cabe ainda acentuar que o modelo de fiscalização delineado na Constituição Federal é aplicável aos Estados e Municípios. Disto resulta que as atribuições cometidas ao Tribunal de Contas da União e, conseqüentemente, os balizamentos à sua atuação, condicionam igualmente o controle a ser desempenhado pelos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios (CF, art. 75).

Avançando no tema, converge a doutrina em que são basicamente três os campos em que se desenvolve a atuação dos Tribunais de Contas: a) auditoria financeira e orçamentária; b) julgamento das contas dos administradores e responsáveis por bens e valores públicos; e c) emissão de parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Executivo⁵⁸. Portanto, em consonância com os ditames constitucionais, é próprio da fiscalização externa examinar as contas das entidades da administração direta e indireta, aos ângulos da legalidade, legitimidade e economicidade. É essencial, todavia, para que se abra a possibilidade de fiscalização, tratar-se efetivamente de uso de dinheiro público, quando então até as pessoas privadas estarão sujeitas à prestação de contas. Neste ponto, não há maior divergência, assim na jurisprudência⁵⁹ como

57- STF, RTJ 147/507 e 154/457. Em ambos os arestos, a Corte Suprema entendeu inconstitucional a atribuição de controle prévio aos Tribunais de Contas, sob o argumento de que essa competência não lhes havia sido conferida pela Constituição Federal.

58- Eduardo Domingos Bottalo, Competência dos Tribunais de Contas na Constituição de 1988, RDP 89/216.

59- "Compreende a delicadeza da missão confiada pela Carta ao Tribunal de Contas da União, órgão auxiliar do Congresso Nacional no exercício do controle externo do emprego de recursos públicos (...)" (STF, RTJ 156/848, MS n. 21.636-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio).

na doutrina⁶⁰.

Assim sendo, escapa às atribuições dos Tribunais de Contas o exame das atividades dessas autarquias especiais quando elas não envolvam dispêndio de recursos públicos. Isto se dá, por exemplo, quando o Tribunal de Contas objetiva obter informações a respeito de deveres dos concessionários, atividades que, a par de não envolverem dispêndio de dinheiro público, constituem a razão da criação da própria agência reguladora⁶¹. Não lhe caberá avançar a atividade fiscalizadora sobre a atividade-fim da agência reguladora, sob pena de violação do princípio da separação de Poderes.

Este, portanto, o limite da atribuição do Tribunal de Contas⁶². Nada, rigorosamente nada, no texto constitucional, o autoriza a investigar o mérito das decisões administrativas de uma autarquia, menos ainda de uma autarquia com as características especiais de uma agência reguladora. Não pode o Tribunal de Contas procurar substituir-se ao administrador competente no espaço que a ele é reservado pela Constituição e pelas

60- Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Comentários à Constituição Federal de 1988, vol. 2, 1990/92, p. 125; Pinto Ferreira, Comentários à Constituição brasileira, vol. 3, 1992, p. 388. Mais analiticamente, mas apenas reiterando o consenso doutrinário, Regis de Oliveira correlaciona a fiscalização a ser exercida pelos Tribunais de Contas com as despesas públicas e com o patrimônio público: "Quer me parecer, em primeiro lugar, no que tange ao controle contábil, (sic) significa um mero controle técnico, ou seja, a contabilidade, entrada e despesa, numericamente relacionadas sem maior novidade... A fiscalização financeira opera-se em relação a gastos e receitas públicas fazendo-se através desse instrumento da contabilidade esse possível controle (...) O controle operacional quer me parecer dar uma idéia de *modus procedendi* da despesa pública e portanto é possível controlar-se a forma pela qual se chega a uma despesa, a uma receita, seja na coleta do dinheiro ou seja no gasto que se efetue; fala também o preceito em controle patrimonial, controle que deve estabelecer-se entre os bens, as coisas que pertencem ao Poder Público (...)" (Regis Fernandes de Oliveira, Fiscalização financeira e orçamentária, RDP 96/213, grifo acrescentado).

61- Sobre o assunto relativo aos limites da fiscalização das Cortes de Contas sobre as agências reguladoras, e, mais especificamente sobre a ASEP-RJ, v. Luís Roberto Barroso, Natureza jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos - Limites da fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de Conta do Estado (parecer), Boletim de Direito Administrativo n. 6, 1999, pp. 367-374.

62- Sobre os vários aspectos das atribuições dos Tribunais de Contas, v. Luís Roberto Barroso, Tribunais de Contas: Algumas incompetências, RDA 203/131.

leis. O abuso seria patente. Aliás, nem mesmo o Poder Legislativo, órgão que é coadjuvado pelo Tribunal de Contas no desempenho do controle externo, poderia praticar atos dessa natureza⁶³.

b) Função decisória e limites do controle exercido pelo Poder Judiciário

Ao lado do exercício de funções puramente administrativas, as agências reguladoras também exercem competências decisórias, resolvendo conflitos em âmbito administrativo entre os agentes econômicos que atuam no setor e entre eles e os consumidores. A Lei da ANATEL, e.g., prevê que ela comporá administrativamente os conflitos de interesse entre as prestadoras dos serviços de telecomunicações (art. 19, XVII); a Lei da ANEEL atribui a essa agência o poder de dirimir divergências entre os delegatários, bem como entre eles e seus consumidores (art. 3º, V); a Lei da ANP contém previsões nessa mesma linha (art. 18).

O exercício dessa função decisória merece atenção especial. Como referido, as agências reguladoras costumam ser autorizadas por lei a dirimir tanto as controvérsias nas quais o poder concedente é parte — hipótese em que se instaura um contencioso administrativo normal, com a possibilidade de recurso ao Judiciário em seguida —, quanto as que se instaurem entre dois ou mais particulares, sejam concessionários ou em-

63- A matéria, neste ponto, é objeto de consenso doutrinário. No sentido do texto, Ricardo Lobo Torres, *O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade*, RILSF 121/265, p. 270 (grifo acrescentado): "O aspecto político do controle se estende também ao Tribunal de Contas, que, sobre exercer fiscalização idêntica à do Congresso quanto à legalidade e economicidade da gestão financeira, precisa dotar as suas decisões do mesmo conteúdo e extensão dos atos administrativos que controla, sem, todavia, substituir as decisões da política econômica pelas de suas preferências. Há que distinguir entre o controle dos objetivos das decisões políticas, vedado à Corte de Contas, e o controle das contas dos órgãos políticos ou das premissas constitucionais (legalidade e economicidade) das decisões políticas, plenamente compatível com a estrutura democrática do País". E também Walter Ceneviva, *Direito constitucional brasileiro*, 1989, p. 173: "A competência não constitui intromissão ofensiva da independência dos outros poderes, mas, cumprida na forma da Lei Maior, corresponde a mecanismo qualificado para o equilíbrio e para a interdependência que lhes impede ou dificulta a superposição de um em relação aos outros".

presas do setor, sejam entre essas empresas e seus usuários, exercendo a função decisória tal como um árbitro⁶⁴.

Pois bem: qual o espaço de revisão judicial dessas decisões? Ou, de forma mais ampla, qual o espaço de controle jurisdicional das agências em geral? Como se sabe, o sistema brasileiro é o da jurisdição una, vale dizer, vige o princípio da inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF). A princípio, portanto, não é possível impedir que as decisões das agências reguladoras sejam submetidas à apreciação judicial. De outra parte, o controle judicial do ato administrativo, consoante doutrina tradicional, seria limitado aos aspectos de legalidade, não alcançando o mérito da decisão administrativa. Cabe revisitar essas idéias.

O conhecimento convencional no sentido de não ser possível exercer controle de mérito sobre os atos administrativos tem cedido passo a algumas exceções qualitativamente importantes, geradas no âmbito do pós-positivismo e da normatividade dos princípios. Nesta nova realidade, destacam-se princípios com reflexos importantes no direito administrativo, dentre os quais o da razoabilidade, da moralidade e da eficiência. À luz desses novos elementos, já não é mais possível afirmar, de modo peremptório, que o mérito do ato administrativo não é passível de exame. Isso porque verifica-se alguma coisa é, por exemplo, razoável – ou seja, se há adequação entre meio e fim, necessidade e proporcionalidade – constitui, evidentemente, um exame de mérito.

Em suma: a doutrina convencional em tema de controle dos atos administrativos, aí incluídos os das agências reguladoras, não perdeu a validade, mas sofre exceções importantes. Sem embargo, no tocante às decisões das agências reguladoras, a posição do Judiciário deve

64- Veja-se, por exemplo, o que dispõe o art. 3, incs; VI e VII, da Lei da ANEEL: "Art. 3º. Além das incumbências prescritas nos arts. 29 e 30 da Lei n. 8.987, de 3 de fevereiro de 1995, aplicáveis aos serviços de energia elétrica, compete especialmente à ANEEL: (...) VI – fixar critérios para cálculo do preço de transporte de que trata o § 6º do art. 15 da Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995, e arbitrar seus valores nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos; VII – articular com o órgão regulador do setor de combustíveis fósseis e gás natural os critérios para fixação de preços de transporte desses combustíveis, quando destinados à geração de energia elétrica, e para arbitramento de seus valores, nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos."

ser de relativa autocontenção, somente devendo invalidá-las quando não possam resistir aos testes constitucionalmente qualificados, como os de razoabilidade ou moralidade, já mencionados, ou outros, como os da isonomia e mesmo o da dignidade da pessoa humana. Notadamente no que diz respeito a decisões informadas por critérios técnicos, deverá agir com parcimônia, sob pena de se cair no domínio da incerteza e do subjetivismo.

c) Função normativa: algumas controvérsias.

Por fim, além de funções executivas e decisórias, praticamente todas as leis que organizaram agências reguladoras conferiram-lhes funções normativas de largo alcance, sendo esta certamente a mais polêmica das questões que envolvem as agências⁶⁵. A dificuldade está em que, embora em alguns casos seja possível dizer que a lei apenas atribui um espaço discricionário amplo aos agentes administrativos, em outros há verdadeira delegação de funções do Legislativo para a agência, transferindo-se quase inteiramente a competência para disciplinar determinadas questões.

O problema aqui, naturalmente, é o confronto dessas disposições com o princípio da legalidade que, embora passe por ampla reformulação, continua a funcionar como uma das mais importantes garantias individuais, nos termos do art. 5º, II, da Constituição. É verdade que a doutrina tem construído em torno do tradicional princípio da legalidade uma teorização mais sofisticada, capaz de adaptá-lo à nova distribuição de espaços de atuação entre os três Poderes. Com efeito, o crescimento do papel do Executivo, alimentado pela necessidade moderna de agilidade

65- A Lei que institui a ANS, por exemplo, outorga uma série de competências normativas à agência, dentre as quais a de normatizar os conceitos de doenças e lesões preexistentes (art. 4º, IX), estabelecer normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde (art. 4º, VI), estabelecer critérios, responsabilidades, obrigações e o procedimento para a garantia de direitos assegurados pela Lei de Planos e Seguros de Saúde (Lei n. 9.656/98) (art. 4º, XI), dentre inúmeras outras. A Lei Geral de Telecomunicações, por seu turno, confere poderes à ANATEL para expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações em regime público e privado (art. 19, VI e X), para citar um exemplo apenas. E disposições como estas se repetem, via de regra, em relação a todas as demais entidades.

nas ações estatais e pela relação cada vez mais próxima entre ação estatal e conhecimentos técnicos especializados⁶⁶, acabou por exigir uma nova leitura do princípio, e nessa linha é que se admite hoje a distinção entre reserva absoluta e reserva relativa de lei, de um lado, e, de outro, entre reserva de lei formal ou material.

Fala-se de reserva legal absoluta quando se exige do legislador que esgote o tratamento da matéria no relato da norma, sem deixar espaço remanescente para a atuação discricionária dos agentes públicos que vão aplicá-la. Será relativa a reserva legal quando se admitir a atuação subjetiva do aplicador da norma, ao dar-lhe concreção. De parte isso, também é possível distinguir: a) reserva de lei formal, b) reserva de lei material. Haverá reserva de lei formal quando determinada matéria só possa ser tratada por ato emanado do Poder Legislativo, mediante adoção do procedimento analítico ditado pela própria Constituição, que normalmente incluirá iniciativa, discussão e votação, sanção-veto, promulgação e publicação.

A Constituição contempla, de outra parte, atos normativos que, embora não emanados diretamente do Legislativo, têm força de lei. Dizem-se, assim, atos materialmente legislativos, gênero em que situam espécies normativas como as medidas provisórias e as leis delegadas.

Nada obstante toda essa construção, cujo propósito evidente já é atenuar a rigidez da noção original do princípio da legalidade (inicialmente associado apenas a atos expedidos pelo Poder Legislativo), permanece válida a concepção tradicional no direito constitucional brasileiro⁶⁷ de que

66- Sobre o tema, veja-se Clèmerson Merlin Clève, *Atividade legislativa do Poder Executivo*, 2000.

67- A Constituição de 1967/69 dispunha textualmente: "Art. 6º (...) Parágrafo único. Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; quem for investida na função de um deles não poderá exercer a de outro". Não obstante a textualidade do dispositivo, ocorreram no regime constitucional anterior inúmeras delegações legislativas, copiosamente exemplificáveis. Algumas já vinham de longe, mas não foram questionadas. Confirme-se. Pela Lei n. 1.779, de 22.12.52, criou-se a autarquia Instituto Brasileiro do Café, à qual se cometeram diversas atribuições de cunho normativo, inclusive quanto ao trânsito do café entre a produção e o escoamento, fixação de quotas etc. Semelhantemente se passara com o açúcar desde o Decreto n. 22.779, de 01.6.33. Mais recentemente, foi também por via de delegação que se submeteu a disciplina de todo o setor monetário e financeiro às resoluções do Banco

é vedada a delegação de funções de um Poder a outro⁶⁸ fora das hipóteses constitucionais⁶⁹; ou, ao menos, de que a delegação, ainda que possível, não pode ser “em branco”, isto é, desacompanhada de parâmetros ou diretrizes obrigatórias.

Essa última flexibilização do princípio da legalidade, que acaba por admitir a delegação, desde que acompanhada de *standards*, já foi implicitamente aceita pelo Supremo Tribunal Federal⁷⁰. O mesmo Tribunal, porém, em outro julgamento, suspendeu a eficácia de dispositivo da Lei da ANATEL que conferia à agência poderes normativos para dispor sobre o procedimento licitatório de outorga do serviço de telefonia, de forma diversa da prevista na lei geral de licitações⁷¹.

Central do Brasil e do Conselho Monetário Nacional, com fulcro na Lei n. 4.595, de 31.12.64. Também no setor de comércio exterior, sucessivos diplomas legais, desde a Lei n. 3.244, de 1957, repassaram a órgãos do Executivo vastíssimas competências de cunho normativo.

68- Confira-se, a propósito, o seguinte excerto de trabalho doutrinário do Ministro Carlos Mário da Silva Velloso: “no Direito Constitucional clássico, anotam os autores, a regra é a indelegabilidade, como corolário, aliás, da doutrina da separação de poderes teorizada por Montesquieu. Locke, no Segundo Tratado de Governo Civil, deixa expresso que nenhum poder pode delegar atribuições, porque o poder é exercido por delegação do soberano, e quem age por delegação não pode delegar o que não lhe pertence, o que se enuncia na máxima latina: *delegata potestas delegari non potest*”. (Delegação legislativa – A legislação por associações, RDP 90/179, p. 180).

69- Nessa linha, CF/88, ADCT: “Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo à prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I. ação normativa; (...)”

70- Com efeito, o STF já admitiu a delegação legislativa, desde que, porém, com a fixação de *standards*, nos seguintes termos: “O legislador local, como se vê, instituiu e nomeou uma vantagem remuneratória, delegando, porém, ao Executivo – livre de quaisquer parâmetros legais –, a definição de todos os demais aspectos de sua disciplina – a qual, acrescente-se, se revelou extremamente complexa –, incluídos aspectos essenciais como o valor de cada ponto, as pontuações mínima e máxima e a quantidade de pontos atribuíveis a cada atividade e função. Essa delegação sem parâmetro, contudo, penso eu, é incompatível com o princípio da reserva de lei formal a que está submetida a concessão de aumentos aos servidores públicos (CF, art. 61, § 1º, II, a).” (STF, RE n. 264289/CE, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 14.12.01).

71- STF, ADIn 1668, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, DJ 23.10.97.

A grande dificuldade que envolve a discussão sobre o poder normativo das agências reguladoras, portanto, diz respeito ao seu convívio com o princípio da legalidade. É preciso determinar os limites dentro dos quais é legítima a sua flexibilização, sem que se perca sua identidade como uma norma válida e eficaz. Note-se que a esta temática Diogo de Figueiredo dedicou o melhor de sua energia investigativa no texto que se segue, enfrentando abertamente as dificuldades teóricas e formulando soluções doutrinárias claras, embora distantes de serem imunes a controvérsias. É neste território que se opera a complexa interação – ainda não totalmente equacionada – entre a reserva legal, de um lado, e fenômenos afetos à normatização de condutas, como o poder regulamentar, a delegação legislativa e a polêmica figura da deslegalização⁷², entendida como a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei, para atribuí-las à disciplina das agências.

CONCLUSÃO

Transformações do Estado, desregulação e legitimidade democrática

O Estado moderno, o direito constitucional e o direito administrativo passaram nas últimas décadas por transformações profundas, que

72- Sobre o tema da deslegalização, vejam-se, além do próprio texto de Diogo Figueiredo que se segue, as dissertações de mestrado de Alexandre Santos de Aragão, *A função e a posição das agências reguladoras no Estado contemporâneo*, mimeografado, 2001, pp. 450 ss. e Patrícia Ferreira Batista, *Transformações do direito administrativo contemporâneo: constitucionalização e participação na construção de uma dogmática administrativa legitimadora*, mimeografado, 2001, onde averbou com rigor técnico: “Tradicionalmente, nos países que se inspiraram no modelo francês, o conteúdo deste princípio (o da legalidade) foi associado à idéia da vinculação positiva à lei: à Administração somente é lícito fazer aquilo que a lei expressamente autoriza. Entretanto, com a superação do Estado liberal e a crise da lei formal, desapareceram as condições que justificavam a tese da vinculação positiva à lei. A deslegalização, por meio da qual se abre ao poder regulamentar o trato de matérias antes atribuídas ao poder legislativo, é uma das provas da insuficiência daquela tese para a realidade contemporânea. Desenvolveu-se, assim, a teoria da vinculação da Administração Pública ao Direito, especialmente aos princípios e regras do ordenamento constitucional. Subsiste, de qualquer forma, a regra da vinculação positiva à lei para aquelas matérias submetidas, pelo constituinte, à reserva de lei e para as atividades administrativas de natureza gravosa, passíveis de limitar ou extinguir direitos subjetivos dos administrados”.

superaram idéias tradicionais, introduziram conceitos novos e suscitaram perplexidades ainda não inteiramente equacionadas. Nesse contexto, surgem questões que desafiam a criatividade dos autores, dos legisladores e dos tribunais, dentre as quais se incluem, em meio a diversas outras:

a) a definição do regime jurídico e das interações entre duas situações simétricas: o desempenho de atividades econômicas privadas pelos entes públicos e, especialmente, a realização por pessoas privadas de atividades que deixaram de ser estatais, mas continuaram públicas ou de relevante interesse público;

b) o difícil equilíbrio entre diferentes demandas por parte da sociedade, envolvendo valores que se contrapõem ou, no mínimo, guardam entre si uma relação de tensão, como: (i) eficiência administrativa, (ii) participação dos administrados e (iii) controle da Administração Pública e suas agências pelos outros órgãos de Poder e pela sociedade;

c) a superação do caráter axiomático e absoluto do princípio da supremacia do interesse público, em um universo jurídico do qual se verificou a ascensão dos direitos fundamentais e foram desenvolvidas novas fórmulas doutrinárias, como a teoria dos princípios. Direitos e princípios passam, assim, a ser valorados à vista do caso concreto, de acordo com sua dimensão de peso específico, à luz de critérios como o da razoabilidade-proporcionalidade e o da dignidade da pessoa humana.

O surgimento de centros de poder como os das agências reguladoras – cujas características são a não eletividade de seus dirigentes, a natureza técnica das funções desempenhadas e sua autonomia em relação aos Poderes tradicionais – desperta, naturalmente, a discussão acerca da legitimidade política no desempenho de tais competências. Este *deficit* democrático tem sido objeto de ampla reflexão pela doutrina⁷³, que aponta

73- Veja-se, a propósito, Alexandre Santos de Aragão, a função e a posição das agências no Estado contemporâneo, cit., p. 238-9: "Todavia, a adoção de um modelo multiorganizativo ou pluricêntrico de Administração Pública traz riscos à legitimidade democrática da sua atuação. Em outras palavras, uma das suas maiores vantagens – a distância dos critérios político-partidários de decisão, assegurada, sobretudo, pela impossibilidade do Chefe do Poder Executivo (eleito) exonerar livremente os seus dirigentes (nomeados) – é também um dos seus maiores riscos".

alguns aspectos que, idealmente, seriam capazes de neutralizar suas consequências. Dentre eles, invocam-se os seguintes: o Legislativo conserva o poder de criar e extinguir agências, bem como de instituir as competências que desempenharão; o Executivo, por sua vez, exerce o poder de nomeação dos dirigentes, bem como o de traçar as políticas públicas para o setor específico; o Judiciário exerce controle sobre a razoabilidade e sobre a observância do devido processo legal, relativamente às decisões das agências. Ressalte-se que, em tempos de liberdade de imprensa, de organização da sociedade e de existência de uma opinião pública esclarecida e atuante, sobreleva a importância do dever de motivação adequada, do dever de argumentação e racionalmente demonstrar-se o acerto das ponderações de interesse e das escolhas realizadas.

Este, portanto, o ambiente no qual se vem discutindo a atuação do Estado no plano econômico, o papel das agências e o surgimento do direito da regulação. Em desfecho dos apontamentos aqui alinhavados, é possível compendiar as idéias desenvolvidas nos capítulos precedentes nas proposições enunciadas a seguir:

A. O Estado brasileiro, ao longo da década de 90, sofreu um conjunto amplo de reformas econômicas, levadas a efeito por emendas à Constituição e por legislação infraconstitucional, e que podem ser agrupadas em três categorias: a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro, a flexibilização de monopólios estatais e a desestatização.

B. Tais transformações modificaram as bases sobre as quais se dava a atuação do Estado no domínio econômico, tanto no que diz respeito à prestação de serviços públicos como à exploração de atividades econômicas. A diminuição expressiva da atuação empreendedora do Estado transferiu sua responsabilidade principal para o campo da regulação e fiscalização dos serviços delegados à iniciativa privada e das atividades econômicas que exigem regime especial.

C. É nesse contexto que surgem as agências reguladoras, via institucional, pela qual se consuma a mutação do papel do Estado em relação à ordem econômica. As agências são autarquias especiais, que desempenham funções executivo-administrativas, normativas e decisórias, dentro de um espaço de competências deferido por lei, cujos limites ainda não estão pacificados na doutrina e na jurisprudência. No exercício de suas

atribuições, cabem às agências encargos de grande relevância, como zelar pelo cumprimento dos contratos de concessão, fomentar a competitividade, induzir à universalização dos serviços, definir políticas tarifárias e arbitrar conflitos entre o poder concedente, os concessionários e os usuários.

D. Naturalmente, o desempenho de tarefas dessa natureza e significado exige que as agências sejam dotadas de autonomia político-administrativa – referente à investidura e permanência de seus diretores nos cargos – e autonomia econômico-financeira, materializada na arrecadação de recursos próprios suficientes. Nessa linha, as leis instituidoras têm introduzido mecanismos destinados a preservá-las de ingerências externas inadequadas, tanto por parte dos interesses privados quanto pelos próprios órgãos e entidades estatais.

E. A demarcação do espaço institucional de atuação das agências reguladoras enfrenta tensões de ordens diversas. De um lado, a tradição personalista de ingerência do Poder Executivo. De outro, a desconfiança que nos últimos anos se desenvolveu no Brasil em relação ao abuso no exercício de competências normativas delegadas. E, por fim, há ainda o avanço do ativismo judicial em relação ao mérito das decisões administrativas, fruto da democratização e da doutrina pós-positivista, com o reconhecimento de normatividade aos princípios.

F. Uma das mais intrincadas questões afetas às agências reguladoras e ao direito da regulação é sua compatibilização com o princípio da reserva legal, que ainda hoje é da essência do modelo democrático. Para além dos temas recorrentes, como o poder regulamentar e as delegações legislativas, há a questão específica da chamada deslegalização, que contrasta com os conceitos tradicionais ao contemplar a transferência de competências normativas primárias para uma entidade da Administração.

G. Estas tensões institucionais entre Poderes e entidades são próprias das democracias em geral, e mais especialmente daquelas de consolidação mais recente, como é o caso do Brasil. As agências reguladoras, no entanto, tornaram-se peças fundamentais no ambicioso projeto nacional de melhoria da qualidade dos serviços públicos e de sua universalização, integrando ao consumo, à cidadania e à vida civilizada enormes contingentes mantidos à margem do progresso material.

H. Se este projeto fracassar, será um longo caminho de volta.

POSSE E PROPRIEDADE NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Misael Montenegro Filho

*Professor de Prática Jurídica Cível da ESMAPE, advogado,
consultor internacional da USAID, da FAO e do LAND TENURE
CENTER, da Universidade de Wisconsin - Madison.*

POSSE E PROPRIEDADE NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO¹

Misael Montenegro Filho

1 - CONSIDERAÇÕES GERAIS

Nós, os conclamados *juristas do século XXI*, vivemos um momento talvez ímpar, em termos científicos, porque temos a oportunidade de ver e presenciar o nascimento de um novo Código Civil, obra que representa, sem qualquer sombra de dúvidas, um dos pilares da construção jurídica nacional, pondo-se, em termos de importância, quase em pé de igualdade com a Carta Magna.

A afirmação em análise decorre da constatação de que a lei civil rege quase todos os atos do homem em sociedade, indicando com quem pode ele se casar, de que forma são as núpcias celebradas, como se dá o processo de separação em caso de desfazimento da *afectio* que antes unia os cônjuges, como se adquire e se perde a posse e a propriedade, de que maneira são formalizadas as múltiplas contratações previstas no nosso ordenamento, as consequências do descumprimento de cada uma delas etc.

Talvez não tenhamos ainda nos apercebido que o nascimento do Código faz, de cada um de nós, um pouco pai da criança, não por tê-la gerado, mas pela obrigação que temos de dominar – diria criar – todas as inovações que emergem da legislação em destaque. Neste momento, passado o período de discussão e de posterior aprovação, já não me parece mais válido debater se precisávamos ou não de um novo Código, se ele é melhor ou pior do que o seu antecessor.

Devemos nos curvar à existência do novo Código, tratando de conhecê-lo, não (apenas) para o nosso próprio bem, mas, sobretudo, para

1 - O tema tratado neste artigo foi objeto de palestra proferida pelo seu autor durante congresso jurídico a respeito do NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, realizado em dezembro de 2001 no FÓRUM DE JOÃO PESSOA, durante conclave promovido pelo TJPB.

o bem da sociedade brasileira, que necessita, cada dia mais, da proteção da Justiça nacional, o que apenas pode ser alcançado com sacrifício profissional dessa classe tão digna como é a classe jurídica, aí se incluindo advogados, membros do órgão Ministerial, magistrados, procuradores, acadêmicos de direito etc.

É inspirado em considerações como estas, até aqui feitas de proêmio, que me debruço na análise das modificações que são antevistas na matéria relativa à posse e à propriedade.

E, ao analisar o Novo Código Civil Brasileiro, indispensável se fazer um comparativo entre legalidade e justiça, concluindo-se, sem nenhuma vacilação, que muitas vezes há um desencontro manifesto entre estas idéias. Exemplo trazido pelo ínclito jurista e Professor Celso Antônio Bandeira de Mello denota a injustiça que se observava na faculdade dada ao senhor feudal de manter relação íntima, vale dizer, relação sexual, com as noivas dos servos da gleba.

O direito à adoção daquele procedimento era garantido do ponto de vista legal, mas injusto, pelo menos em relação aos servos da gleba. Em outras palavras, podemos dizer que a legalidade, em algumas situações, opera e traz a injustiça como consequência.

As perguntas que são feitas neste momento são as seguintes:

a) será que o Novo Código Civil Brasileiro, a vigor em breve, semeará injustiças no meio social, afastando-se e contrapondo-se às práticas vivenciadas pela população de um modo geral?

b) será que o legislador redigiu codificação que se destinaria a uma casta social específica, ou teria previsto normas em prol de toda a população?

Estas perguntas derivam do descrédito da população em relação ao Congresso Nacional. E quando me refiro a descrédito, não me apoio em recentes fatos ocorridos no seio daquela instituição, mas, sim, em algumas atuações legislativas do Congresso no passado, a respeito de matéria jurídica.

Basta citar que a maioria esmagadora das emendas constitucionais, reformando a Carta Magna, foram aprovadas em benefício do capital externo, sem se voltarem à população, nenhuma delas em benefício da idéia de justiça social.

O discurso não é político, como poderia parecer, mas preparatório de divagações jurídicas que vou agitar, apenas sinalizando, neste momento introdutório, que as modificações são sempre vistas com descrédito, com desconfiança, pelo menos na fase inicial de avaliação, presumindo-se ou pressupondo-se que teriam sido articuladas e projetadas em proveito de uma minoria, mais uma vez afastando os desejos da maioria.

Peço aos juristas, contudo, que são díspares dessa predisposição de concluir, de forma apressada, que o Novo Código Civil teria essas características teratológicas a que me referi há pouco. Muito fácil, neste momento, seria adotar a posição de “arquiteto de obra pronta”, aquele que muito sabe criticar, mas pouco ou nada sabe construir.

Estamos agora discutindo uma legislação recentemente aprovada, mas que deverá vigor por anos e anos a fio, por décadas, talvez por mais de um século. E até o último dia de sua vigência, vejam, desse Código que foi aprovado em data recente, surgirão dúvidas e divergências de interpretações.

O Direito é isto; é divergência, é questionamento, é o desejo de afastar a postura mecânica e física daquele que baixa a cabeça para apenas concordar com tudo o que lhe é dito. Como já asseverou Bertrand Russel, em expressão reproduzida pelo Relator do Projeto do Código Civil, “Encontrarás mais prazer na divergência inteligente do que na concórdia passiva.”

O Código atual, embora vigorante desde o ano de 1916, ou seja, há quase 85 (oitenta e cinco) anos, apresenta artigos que estão em ápice de discussão exatamente nos dias atuais, revelando a aplicabilidade da máxima do Relator do Projeto de que “as leis dirigem-se preponderantemente ao futuro.”

Apenas para ilustrar, cito o art. 1.483 do atual código, dispondo que “A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva.”

Transpondo dito preceito para a realidade inquilinária, verificamos o agitado debate pretoriano a respeito da vinculação ou não do fiador a contratos de locação automaticamente renovados, findo o prazo de vigência do primeiro ajuste.

A questão foi tão debatida em época recente, apesar do Código datar de 1916, que resultou na edição da Súmula n. 214 do STJ, indicando,

ipsis literis, que “O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu.”

O exame é singelo, mas serve apenas para demonstrar que o que estamos discutindo nos dias atuais será discutido durante todos os dias dos próximos 10, 20, 30, 50 ou talvez 100 anos. A discussão é, portanto, nobre, sadia e deve ser bem aceita.

Mas vamos ingressar no Código Civil propriamente dito. Estamos diante de uma criança que alguns enxergam como feia, que alguns chegam a negar a paternidade em relação a ela.

Tive o privilégio de assistir a uma palestra proferida pelo Des. Sérgio Cavalieri Filho, notável jurista carioca, durante encontro que reuniu especialistas na matéria do direito do consumidor².

Ensinou-nos o Des. Sérgio Cavalieri Filho, naquela ocasião, referindo-se ao novo Código Civil Brasileiro, que deveríamos tratar de cuidar da criança, daqui por diante, sem mais indagar se somos pais ou se a criança é bonita ou feia. Fiquei convencido com esse argumento.

O Código já é realidade e deve ser tratado como tal.

Mas tenho para mim uma outra certeza, a de que a lei material, por melhor que seja, não vai mudar a realidade que se vê em todos os fóruns do país, com exceção de poucos, como tal a realidade de que a Justiça não funciona; ela é cada vez mais uma utopia, um ideal inalcançável, para ricos, e visionário, para os pobres.

O novo Código Civil não vai mudar esta realidade. Não é por conta do Código que as ações possessórias serão concluídas com maior êxito, que uma ação indenizatória seria melhor desfechada.

E não é porque o problema, na concepção deste articulista, encontra-se centrado em outra área, na verdade em três outras áreas. A primeira delas refere-se ao direito processual, cada vez mais intrincado, cada vez mais cheio de recursos, inobstante o movimento reformista muito bem liderado pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira a partir do início da década de 90.

O Prof. Joel Dias Figueira Júnior já expressou que, se chamássemos um extra-terrestre para a terra, pedíssemos para que ele se

2 - Proferida durante o CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DO CONSUMIDOR, realizado em Recife-PE em novembro de 2001.

sentasse e lhe explicássemos a tramitação de uma ação na Justiça, quantos recursos podem ser interpostos e quantos incidentes podem ser apresentados, ele certamente retornaria, correndo, para o seu local de origem.

A outra pendência que se transforma em uma pendenga diz respeito ao interesse dos profissionais do Direito pelos assuntos próprios da Justiça, vale dizer, pelo aprendizado necessário à formação profissional de cada um de nós. Lembrem-se que um dos mandamentos do advogado é aquele que nos impõe o dever de estudar diariamente, para não sermos cada dia menos advogados. Mas não é isto o que ocorre na prática.

Na realidade, vemos um número muito maior de estudantes comparecendo a conclaves do que de profissionais, porque estes últimos pensam, e nesse rol me incluo, que tudo sabem. Será, de fato, que advogados, Juizes e promotores nada mais têm a aprender? Acho que a resposta não é plebiscitária: sim ou não; mas única, ou seja, não.

E a terceira questão diz respeito aos cursos de Direito que se multiplicam, tal como uma prece, em todos os recantos deste nosso país. Eram apenas dois, há aproximadamente 70 ou 80 anos, e hoje representam mais de uma centena. Na atualidade, é muito mais fácil se formar em direito do que em economia doméstica, sem qualquer desrespeito a essa profissão. O difícil não é se formar, o difícil é exercitar a profissão, sobretudo com dignidade e retidão de caráter.

É exatamente por estas razões que teimo em dizer, com lamentações, que o novo Código Civil nenhuma alteração trará na vida prática de cada um de nós, mas, de qualquer sorte, temos que aprender a lidar com ele, e é isto o que estamos tentamos aqui fazer.

2 - MODIFICAÇÕES NA MATÉRIA: A POSSE

Acho, em primeiro lugar, que o legislador foi infeliz no tratamento da matéria relativa à posse. Sempre comunguei do entendimento defendido pelo Prof. Joel Dias Figueira Júnior, douto magistrado catarinense, indicando que, para que um juiz julgue uma ação possessória, não deve ele se preocupar com o que seja a posse, devendo, sim, sentir a posse.

A posse, e aqui me refiro à posse de boa-fé e à posse justa, por vezes vale mais do que a propriedade, pois um possuidor persistente pode

se tornar proprietário da coisa, desde que seu titular seja negligente, não reclamando para si uma proteção do Estado³.

Um outro exemplo, para demonstrar a força da posse, diz respeito à possibilidade, dada ao possuidor esbulhado ou turbado, de repelir a agressão que sofreu através de força própria, como *manu militare*, desde que o faça com moderação e de forma imediata⁴. O que a lei faz é delegar ao possuidor um poder que é próprio do Estado, ou seja, o poder jurisdicional. O Estado diz ao possuidor, numa exceção nunca antes vista, pelo menos nos tempos modernos: faça Justiça com as suas próprias mãos.

O possuidor, portanto, e como visto, é figura privilegiada.

Mas a jurisprudência tem vacilado em definir o que seja possuidor, e isso é de suma importância, já que se possuidor não for considerado, e sim mero proprietário, a ação a ser aforada não é a possessória, e sim a petítória (ação reivindicatória).

Para a conceituação da figura do possuidor ainda nos apegamos no art. 485 do Código atual, que retrata a teoria objetiva de Ihering⁵, em contraposição à subjetiva de Savigny, para dizer que possuidor é aquele "*que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade*".

A lei na verdade nada diz, porque se formos aplicar este dispositivo na prática, teremos dúvidas para decidir se determinada pessoa é ou não possuidora, e dou um exemplo para ilustrar.

Imaginem que comprei uma casa em determinada praia, e fui lá umas duas ou três vezes durante cinco anos. Durante o mencionado período, emprestei esta casa para uma dezena de amigos. Não pago os tributos deste imóvel e não contrato caseiro.

3 - Bastando referir, neste particular, à possibilidade de obter o possuidor sentença declaratória relativa ao preenchimento de requisitos para a aquisição do imóvel por usucapião.

4 - Segundo dispõe o art. 502 do Código Civil, praticamente repetido pelo art. 1.210, § 1º do novo Código Civil, com a seguinte redação: "O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se, ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo. Parágrafo único. Os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção ou restituição da coisa."

5 - Em sua obra *La possession*. 2ª ed. Madrid: Editora Réus, 1926.

Um belo dia, como era de se esperar, uma determinada pessoa ocupa este imóvel, ou seja, invade-o, na calada da noite, e ali permanece por 6 (seis) meses, até que eu venha a descobrir que o imóvel foi invadido. A pergunta que se faz é a seguinte: este proprietário, que foi ao imóvel duas ou três vezes durante 5 (cinco) anos, que emprestou o bem para amigos, e que somente veio a descobrir a invasão operada 6 (seis) meses depois, ele é possuidor, faz jus à tutela possessória, no caso, à propositura da demanda reintegratória?

Acho que sim, mas penso que não.

Poderia até revelar a posse através da constatação de que teve o poder para emprestar a coisa durante o período, e que foi ao imóvel umas 3 (três) vezes. Mas argumentos em sentido contrário não faltariam para negar esta posse.

A solução é, portanto, recorrer à teoria objetiva de Ihering, que diz ser possuidor aquele que tem o *animus*, assim interpretado o seu comportamento de se apresentar como se proprietário fosse, e o *corpus*, "o modo pelo qual o proprietário usa, de fato, de sua propriedade"⁶. Mas, aplicando-se esta teoria, não se obtém a resposta.

E não se obtém porque ela está superada, assim como a de Savigny, cedendo lugar a uma nova teoria, que já se aplica na França, na Alemanha e na Itália há anos, denominada de teoria socio-econômica da posse.

Essa teoria apresenta os mesmos elementos das duas teorias anteriores, mas acrescenta ao rol um terceiro elemento, que é exatamente o poder socio-econômico do possuidor sobre a coisa possuída.

Se aplicássemos a dita teoria ao exemplo há pouco dado, não teríamos a menor dúvida de que o autor é de fato possuidor, já que exerce o poder socio-econômico sobre o bem, tanto assim que o emprestava e tinha a faculdade de nele exercer qualquer atividade social ou econômica.

Conforme já citado pelo Prof. Joel Dias Figueira Júnior, tratou o Prof. Miguel Reale, baluarte de nosso direito material, na exposição de motivos do novo Código, de afirmar que houve a preocupação de se manter o posicionamento doutrinário e jurisprudencial de mais de um século.

6 - Segundo DARCÝ ARRUDA MIRANDA.

Isto, *data vênia*, não é verdade. A doutrina clama pela adoção de uma nova teoria para definir a figura do possuidor, no intuito de facilitar o trabalho da jurisprudência, e para tanto cita várias teorias que poderiam ser utilizadas, dentre as quais se robustecendo a sociológica.

Mas o Código novo mantém a aplicação da teoria objetiva de Ihering, frustrando os anseios da doutrina e, por consequência da jurisprudência, ao repetir a regra do atual art. 485 no art. 1.196 do novel diploma.

Por conta desta postura, muitos dizem que toda a parte relativa à posse restou prejudicada, entendimento que endosso.

E novidades mesmo, poucas tivemos, e quando algo se fez, fez-se para pior. Lembro de pensamento externado pelo Prof. Adalberto Pasqualotto, notável consumeirista rio-grandense, Presidente do Brasilcon – Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, afirmando que, por vezes, o legislador faz *pior do que menos, porque o que faz, faz pior do que nada*.

Chamo a atenção de todos para a redação do art. 505 do Código atual, que muita polêmica gerou em época passada. Este artigo preceitua, num português melhor do que o que me utilizarei agora, que não obsta a manutenção ou reintegração de posse a alegação de domínio. Mas a sua parte final dispõe que iremos perquirir qual dos dois litigantes – num debate judicial – é de fato o proprietário, quando ambos disputam a posse com alegação de domínio.

Este dispositivo foi amoldado pela Súmula de n. 487 do STF, que dispõe, *ipsis literis*, “será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio; se com base neste for ela disputada.”

Em outras palavras, de nada vale a alegação de domínio no bojo de ação possessória, mas se ambas as partes se disserem proprietárias do imóvel, nesse caso, será investigado o Melhor Título.

Muitos advogados exageram na prática forense e chegam a atacar pulga com tiro de canhão. Entram na Justiça e, na inicial de uma ação possessória, começam dizendo: “O autor é senhores legítimo possuidor do imóvel localizado na Rua tal...”

Isso de nada vale em ação possessória, pois a condição de proprietário é bibelô, mera filigrana em ação dessa natureza.

O novo Código Civil abole este tipo de investigação, ou seja, a de quem tem o melhor título. Observem que o § 2º do art. 1.210 do novo Código mantém a redação do art. 505 do CC atual, mas sem a sua parte final.

Em outras palavras, mantém-se a regra de que de nada vale a alegação de propriedade em ação possessória, e agora com um agravante. Não se admite dito debate nem quando os dois possuidores disputam esta condição dizendo-se proprietários.

Entendo que a lei retrocedeu, porque é importante a investigação do melhor título, já que se isto não for feito, forçosamente o proprietário, que poderia recuperar a posse em lide possessória, terá de aguardar o seu desfecho para propor ação reivindicatória contra o possuidor vencedor, gerando nova demanda judicial, com todos os entraves daí decorrentes.

Ainda no tocante à posse, verificamos que o novo Código aboliu o capítulo relativo à proteção possessória, ou seja, as regras de direito adjetivo, de direito processual, que se encontravam dentro da lei material.

Não é incomum termos normas de direito processual dentro de codificação de direito material, e vice-versa. Exemplos não faltam. E observem que a regra de direito material não perde a sua condição – de ser regra de direito material – apenas porque foi posta dentro de uma codificação de direito processual. Seria o mesmo que colocarmos em um homem uma roupa de mulher. Ele não deixará de ser homem por conta da indumentária, a menos que se empolgue com a idéia.

Tratou o Código de banir de seu corpo a norma de direito adjetivo, que se encontra no art. 523 do Código atual. E esta regra é importante pelo seu parágrafo único, que preceitua não correr o prazo de ano e dia enquanto o possuidor defende a sua posse, na tentativa de debelar a turbacção ou o esbulho que o incomoda. Penso que o Código não deveria ter assim tratado da matéria, porque traz prejuízo para aquele que já vem, do ponto de vista factual, sendo prejudicado. E, em relação à posse, é só.

Vamos tratar de propriedade.

3 - ALTERAÇÕES NA MATÉRIA DE PROPRIEDADE

Dizem, pelos quatro cantos deste país, que o novo Código teria criado a função social da propriedade. Entendemos que este argumento é

exagerado. O § 1º do art. 1.228 dispõe que o proprietário, no exercício de sua condição de proprietário, deve preservar a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e paisagístico, bem como deve evitar a poluição do ar e das águas.

Não há aí nenhuma modificação do panorama que já existe na prática atual. Estas obrigações já se encontram, quer na Constituição Federal, quer em legislação esparsa ou em resoluções do CONAMA. O legislador, *data venia*, fez chover no molhado.

A inovação no título relativo ao direito de propriedade surge no capítulo do usucapião. Como todos sabem, temos três tipos de usucapião em nosso sistema jurídico, o extraordinário, previsto no art. 550 do Código atual, o ordinário, no art. 551, e o especial, rural e urbano, respectivamente previstos no Estatuto da Terra e na Constituição Federal, em seu art. 183.

O Código manteve essas modalidades, mas deu às duas primeiras novas feições. No caso do usucapião extraordinário, ou de longo tempo, houve redução do prazo de posse, de 20 para 15 anos, mantendo-se os demais requisitos, ou seja, a desnecessidade de justo título ou de boa-fé.

E diz o Código que esse prazo pode ser reduzido para 10 anos se o possuidor fez do imóvel a sua moradia habitual, ou se nele realizou obras ou serviços de caráter produtivo.

No caso do usucapião ordinário, que era de 15 anos entre ausentes e de 10 entre presentes, em que se exige justo título e boa-fé, modificou-se a regra para se estabelecer o prazo fixo de 10 anos de ocupação, suprimindo-se a expressão entre ausentes ou entre presentes, podendo dito prazo ser reduzido para 5 anos se, de igual sorte, como ocorreu com o usucapião extraordinário, o possuidor tiver fixado sua moradia no imóvel ou tiver realizado investimentos de interesse social e econômico.

Por derradeiro, apenas *an passant*, registro que o novo Código suprime a figura da enfiteuse do rol dos direitos reais, e ali inclui, nesta categoria, a promessa de compra e venda registrada em cartório.

Quando adquirimos um imóvel para pagamento em prestações, o instrumento aquisitivo não é a escritura pública de compra e venda, regra geral, mas, sim, o compromisso particular de compra e venda.

Muitos guardam este compromisso no fundo de uma gaveta por anos, e esperam a quitação do preço para reivindicar seja lavrada a escri-

tura pública de compra e venda. Durante todo aquele período de sonolência, teve o promissário comprador apenas direito pessoal em relação ao vendedor, de modo que o bem se sujeitou à penhora, à hipoteca, ao arresto, ao sequestro, por débitos do vendedor. Ficou exposto à irresponsabilidade do vendedor.

O Decreto 58/37 já dizia que o compromisso averbado — é esta a expressão do decreto — atribuiria direito real ao promissário comprador. Mas houve confusão com a edição das Súmulas 84 do STJ e 621 do STF, que discutiam a validade ou não dos registros operados.

O Código põe pá de cal na discussão, para fins de atribuir ao compromisso registrado a força de direito real.

4 - CONCLUSÃO

Tenho para mim a certeza de que o Direito se preserva intacto por longo tempo, em algumas situações repetindo-se mais adiante aquilo que foi legislado em século anterior. Exemplo disso pode ser extraído da análise do art. 800 da Codificação Imperial que vigia no Brasil até a edição do Código Civil de 1916.

Preceituava o artigo em questão, repito, vigente desde os idos de 1850, que “A indenização será sempre a mais completa, que for possível; em caso de dúvida, será a favor do offendido.”

A palavra indenização era naquela época escrita com mn e a consoante s onde hoje encontramos o z. A palavra ofendido era na época escrita com duas letras f.

Mais de cem anos se passaram, mas o princípio ali inserido é o mesmo, pouco importando a mudança da grafia, e o princípio, no dizer do magistral Roque Antônio Carrazza, “é uma norma jurídica qualificada”.

O princípio visto há cem anos, na legislação do império, no Código de 1916 e graças a Deus no Novo Código Civil Brasileiro, retrata posições das legislações que concedem benefícios, geralmente processuais, às partes consideradas mais fracas num litígio, hoje em dia denominadas de “hipossuficientes”. O princípio está no direito penal (*in dubio pro reu*), no direito do trabalho (*in dubio pro misero*), no direito do consumidor (*in dubio pro consumidor*), e deve estar presente também na matéria de posse e de propriedade, *in dubio pro possuidor*, desde que sua

posse não se apresente viciada pela injustiça ou pela má-fé. Confio neste princípio, sabendo que a jurisprudência, aplicando o NOVO CÓDIGO CIVIL, saberá preservá-lo. E é com essa crença que encerro as colocações fazendo minhas as palavras de Montesquieu, rogando a boa vontade de todos na aplicação da codificação analisada. Disse Montesquieu:

Peço uma graça que receio não me seja concedida: de não julgar, pela leitura de um momento, um trabalho de vinte anos, de aprovar ou condenar o livro inteiro e não algumas frases. Se quiser descobrir a intenção do autor, só a poderemos descobrir na intenção da obra.

4 – REFERÊNCIAS

- ALVES, Jones Figueiredo e Delgado, Mário Luiz. Novo Código Civil con-
frontado com o Código Civil de 1916. São Paulo: Editora Método,
2002.
- AZEVEDO, Renan Falcão de. Posse: efeitos e proteção. 2ª ed. São Pau-
lo: EDUCS, 1987.
- CAMPOS JÚNIOR, Aluísio Santiago. Direito de Propriedade: aspectos
didáticos, doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Inédita, 1997.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Liminares nas Ações Possessórias. 2ª
ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MIRANDA, Darcy Arruda. Anotações ao Código Civil brasileiro. 4ª ed.
2º vol. São Paulo: Editora Saraiva, 1993.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. Posse: evolução histórica. vol. I. Rio
de Janeiro: Forense, 1985.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Código de Processo Civil Comentado, 4ª ed.
São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Posse e Propriedade. São Paulo: Li-
vraria e Editora Universitária de Direito, 1985.

**A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS NO ESTADO
CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO**

Jorge Bacelar Gouveia

*Professor da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa
Doutor em Direito*

A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

Jorge Bacelar Gouveia

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. "Cidadania" e "direitos fundamentais" – uma relação radical; 3. Evolução dos direitos fundamentais – do século XVIII aos nossos dias; 4. A força normativo-constitucional dos direitos fundamentais; 5. A positivação tipológica dos direitos fundamentais; 6. A eficácia objectivo-constitucional dos direitos fundamentais; 7. A tutela reforçada dos direitos fundamentais; 8. Os direitos fundamentais e o futuro.

1. Introdução

I. O tema que me foi atribuído – e que, com muito gosto, aceitei para proferir esta palestra – pode ser explicado na formulação de *quatro perguntas*, as quais resumem, a bem dizer, o essencial da importância dos direitos fundamentais enquanto instrumento do Estado Constitucional Contemporâneo, nascido numa dada época histórica e que tem perdurado até aos nossos dias, as quais são as seguintes:

- 1) Onde é que se devem localizar os direitos fundamentais dentro do ordenamento jurídico?
- 2) Como é que os direitos fundamentais devem ser consagrados?
- 3) Por quem devem os direitos fundamentais ser obedecidos?
- 4) A quem incumbe garantir os direitos fundamentais?

II. Antes, porém, de responder a essas quatro perguntas cardeais, importa sublinhar a relação radical que existe entre os direitos fundamentais e a cidadania, ao mesmo tempo se esclarecendo que os direitos fundamentais da actualidade não são inteiramente coincidentes com os

direitos fundamentais do século XIX, pelo que se deve frisar uma evolução histórica extremamente densa.

2. “Cidadania” e “direitos fundamentais” – uma relação radical

I. O título da presente palestra, que se insere numa preocupação de salientar o que se mostra ser decisivo no desenvolvimento da protecção dos direitos fundamentais na sua veste de realidade jurídico-constitucional, faz aproximar dois importantíssimos conceitos da Teoria do Direito Constitucional: a “cidadania” e os “direitos fundamentais”.

Ora, aí facilmente se sublinha a *pertença radical* que sempre existiu entre a atribuição da “cidadania” e o aparecimento dos “direitos fundamentais”, relação que acaba por ser assinalada tanto no plano *conceptual* quanto no plano *histórico* da formação de cada uma dessas duas realidades.

Noutra perspectiva, em ambos os conceitos, estamos também perante realidades conceptuais e sociológicas que nasceram com o constitucionalismo europeu e norte-americano há mais de dois séculos atrás, e que como tal têm subsistido.

II. Um dos pilares fundamentais da revolução constitucionalista foi a atribuição às pessoas de *direitos fundamentais*, numa lógica completamente inovadora para a época¹:

(i) direitos fundamentais de fundamento *jusracionalista*, que o Estado deveria apenas declarar e não criar, os quais se apresentavam, por seu lado, como o produto da natureza humana, descoberta pela “razão raciocinante”;

1 - Sobre alguns dos aspectos caracterizadores do Estado Constitucional Contemporâneo, v. MARCELO REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional – introdução à Teoria da Constituição*, Braga, 1979, pp. 102 e ss., e *Lições de Direito Administrativo*, I, Lisboa, 1999, pp. 22 e ss.; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, I, 2ª ed., Coimbra, 1994, pp. 77 e ss.; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, I, 6ª ed., Coimbra, 1997, pp. 83 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *O estado de excepção no Direito Constitucional – entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*, I, Coimbra, 1998, pp. 166 e ss.

(ii) direitos fundamentais de feição *negativa*, na medida em que correspondiam a posições de distanciamento, de autonomia, de separação e de liberdade das pessoas contra o poder público;

(iii) direitos fundamentais de *força constitucional*, pois que os mesmos deveriam ser consagrados ao nível dos textos constitucionais formais, com isso se proscrevendo a fonte costumeira e alçando-se os mesmos ao nível supremo da ordem jurídica estadual;

(iv) direitos fundamentais de *cunho individual*, uma vez que cada indivíduo; segundo a doutrina do liberalismo político então reinante, representaria uma necessidade de protecção perante o poder².

Foi assim que nasceu, na Teoria do Direito Constitucional, a problemática dos direitos fundamentais, a qual depois se foi expandindo em múltiplas direcções.

III. Só que a cidadania semelhantemente exerceria um papel primordial na revolução liberal dos séculos XVIII e XIX. É nesse contexto que se afirmou a intenção de estabelecer o estatuto da pessoa, falando-se numa verdadeira posição de “cidadão”.

E ela já não é de “súbdito”, como no tempo do absolutismo, em que os seres humanos apenas eram destinatários do poder, sujeitando-se aos seus inúmeros abusos, num sistema jurídico arbitrário e desprovido de garantias de protecção individual. Com a posição de “cidadãos”, os seres humanos passam a ser os protagonistas do poder público, com tudo quanto isso significa no plano jurídico-político.

Como alicerce fundamental, surge a ideia da *democracia representativa*, num primeiro momento com um maior acento na ideia da representação do que propriamente na de democracia: dá-se uma viragem fundamental ao conceber-se o poder público, não em nome próprio ou em nome de uma fundamentação transcendente, como era no Estado

2 - Salientando as diversas novidades trazidas pelos direitos fundamentais no tempo constitucionalista, e até por contraposição às experiências pré-constitucionais, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 3ª ed., Coimbra, 2000, pp. 22 e ss.; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2ª ed., Coimbra, 2001, pp. 18 e ss.

absoluto, mas em nome dos interesses dos cidadãos que integram a comunidade política, os cidadãos enquanto titulares da soberania.

Naturalmente que isso traria também o saudável *alastramento do princípio republicano* e, simetricamente, o declínio do princípio monárquico. Um pouco por toda a parte os órgãos do poder político activos são escolhidos com base no sufrágio dos cidadãos, fundando-se os respectivos mandatos numa legitimidade democrática, e não já numa legitimidade monárquica.

Ao lado dessa característica fundamental das instituições constitucionais insufladas pelo princípio democrático, desabrocham também diversos e peculiares direitos fundamentais ligados à afirmação da cidadania. São os *direitos fundamentais de natureza política*, através dos quais se exerce essa soberania, ora num primeiro momento constituinte – quando as Constituições são votadas democraticamente ou até mesmo referendadas – ora noutros momentos posteriores, de construção quotidiana da vida da comunidade política – quando a legislação ordinária é normalmente elaborada por parlamentos democraticamente eleitos.

IV. O contraste com o passado – essencialmente o passado recente do absolutismo régio na Europa – não podia ser maior. Vivia-se um período de máxima afirmação do poder do monarca, que raros limites conhecia, sem qualquer defesa dos cidadãos ou sequer qualquer intenção de segurança jurídica.

A *fase pré-constitucional* do Estado moderno, tal como o mesmo foi identificado por GEORG JELLINEK³, apresentava-se, neste sentido, como uma “época de todas as ausências”⁴:

3 - De acordo com a sua famosa periodização de tipos históricos de Estado. Cfr. GEORG JELLINEK, *Teoria General del Estado*, Granada, 2000, pp. 281 e ss.

4 - Definindo o Estado Absoluto Pré-Constitucional, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga para o Direito Privado – contributo para o estudo da actividade de Direito Privado da Administração Pública*, Coimbra, 1996, pp. 23 e ss.; REINHOLD ZIPPELIUS, *Teoria Geral do Estado*, 3ª ed., Lisboa, 1997, pp. 368 e ss.; JORGE MIRANDA, *Manual...*, I, pp. 79 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *O estado de excepção...*, I, pp. 140 e ss.

- ausência de “direitos fundamentais” – não havia a consagração e, sobretudo, a consciência da necessidade da respectiva protecção contra o arbítrio do poder público;

- ausência de “cidadania” – pois que as pessoas eram, na verdade, autênticos súbditos, que se submetiam às investidas arbitrárias do poder;

- ausência de “representação” e de “democracia” – a forma de governo reinante era a monarquia e os parlamentos de então não tinham qualquer consistência democrática, tanto na teoria como na prática.

V. Só que a fase pré-constitucional, nesta perspectiva, era também uma época de “simulacros constitucionais”, a despeito de certa doutrina constitucional mais conservadora entender concluir, nos últimos tempos, que tal período não teria sido assim tão mau do ponto de vista das conquistas constitucionais obtidas com a revolução constitucionalista.

Todavia, a franca observação da realidade desse tempo, se despidida de preconceitos ideológicos ou doutrinários, só pode mostrar a incongruência de tais conclusões.

Em matéria de direitos fundamentais, o pouco que pudesse existir com esse nome, era unicamente atribuído a grupos, como sucede ao observarmos o caso britânico, e sempre dentro de uma lógica colectiva, de protecção de classes sociais, nada disso se aproximando sequer dos verdadeiros direitos fundamentais da época contemporânea.

No que tange à representação e à democracia, os parlamentos desse período, na sua qualidade de instâncias de veiculação da vontade das pessoas integradas na comunidade política, mostravam-se ser peças de acção muito frágil, senão mesmo totalmente inútil, num sistema que progressivamente se encaminhou rumo ao absolutismo real. A representação era meramente estamental e a actividade dos parlamentos estava longe de poder atingir um mínimo de actividade legiferante.

3. Evolução dos direitos fundamentais – do século XVIII aos nossos dias

I. A importância dos direitos fundamentais, bem como o nascimento da ideia de cidadania, não se posicionam somente numa óptica de

viragem para o Estado Constitucional Contemporâneo, já que do mesmo modo se afiguram relevantes da perspectiva do enriquecimento que proporcionaram à evolução da sociedade e do Estado.

Essa é uma verificação que não deixa margem para hesitações quando analisamos a evolução da positivação dos direitos fundamentais⁵.

Por aí não só se percebe o eixo de acção das grandes instituições do Direito Constitucional, assim como se pressente o seu valor para o próprio desenvolvimento do Direito Constitucional.

II. Se muitas coisas aconteceram em dois séculos de constitucionalismo, é de pensar primeiro na arrumação dessas mutações que tão substancialmente vieram aperfeiçoar o catálogo constitucional dos direitos fundamentais.

Trata-se de uma apreciação que emerge facilitada a partir de alguns pontos de contraposição, os quais posteriormente permitem equacionar *os grandes marcos de alteração substancial na consagração dos direitos fundamentais*:

- o liberalismo económico do século XIX transformou-se no intervencionismo social keynesiano no século XX;
- o nacionalismo político do século XIX cedeu o passo ao internacionalismo do século XX, bem como à multiplicação das relações internacionais;
- o individualismo filosófico do século XIX foi sensivelmente atenuado pelo solidarismo do século XX.

Daí que as grandes linhas de viragem dos séculos XIX e XX, que se resumem a estes fenómenos, podem implicar a necessidade de podermos equacionar várias alterações, que cumpre organizar na seguinte *periodificação*:

- o período liberal;

5 - Com importantes contributos a respeito do seu percurso, v. REINHOLD ZIPPELIUS, *Teoria...*, pp. 418 e ss.; JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, pp. 22 e ss.; PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Teoria da Constituição*, II, Lisboa/São Paulo, 2000, pp. 91 e ss.; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª ed., Coimbra, 2000, pp. 374 e ss.; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, pp. 49 e ss.

- o período social;
- o período cultural.

III. O *período liberal* em matéria de protecção dos direitos fundamentais analisa-se pela consagração de um conjunto de *direitos de natureza negativa*, através dos quais se tinha em mente, em primeiro lugar, a garantia de um espaço de autonomia e de defesa dos cidadãos em face do poder público.

Isso é bem visível nas principais liberdades públicas que foram então consagradas e que até aos nossos dias, salvo algumas pontuais alterações, continuam a fazer parte de um património irrevogável do constitucionalismo liberal, que foi produzido pelos pioneiros.

Por outro lado, embora revelando uma preocupação específica, essa primeira geração de direitos fundamentais é também preenchida pelo estabelecimento de várias garantias dos âmbitos penal e processual criminal, dessa forma se alcançando a chamada "humanização" do Direito Penal.

IV. O *período social* consagrou uma segunda geração de direitos fundamentais, em que se torna evidente o propósito de alargar os fins do Estado e de neles fazer reflectir uma *protecção de natureza social*.

É assim que, a partir da segunda metade do século XX, nascem os direitos de natureza social, pelos quais o Estado se assume um prestador de serviços. Criam-se os direitos fundamentais à educação, à protecção da saúde, à segurança social e à cultura, de entre outros.

Obviamente que esta visão social dos direitos fundamentais não pode ser desligada da visão de Estado Social, bem como dos conteúdos económicos das Constituições, que também ganham neste período foros de cidade.

V. O *período cultural* traduz a existência de uma terceira geração de direitos fundamentais, em que se registra o aparecimento de novos direitos fundamentais.

Todavia, o que mais caracteriza esta fase não é tanto a sua unicidade, mas, pelo contrário, a sua *multi-direccionalidade*, tal a dife-

rença e sobretudo a pouca proximidade existente entre os diversos novos direitos consagrados.

Um primeiro grupo de propósitos aflora nas *questões ambientais*, domínio que, por força do desenvolvimento tecnológico, se tornou inevitável no seio das políticas públicas. Vão assim surgir diversas posições subjectivas em matéria de ambiente, daí derivando direitos fundamentais, deveres fundamentais e interesses difusos com o objectivo da sua protecção.

Outro núcleo extremamente importante relaciona-se com os recentes desenvolvimentos na investigação científica em matéria de manipulação genética, fazendo avançar o progresso humano a níveis alarmantes para a destruição do homem e, por junto, da própria civilização. É então indispensável que se adoptem mecanismos de protecção da identidade genética humana e que se preserve o ser humano de indesejáveis avanços tecnológicos e científicos.

É ainda de mencionar as fortes preocupações que passam a ser constitucionalmente sentidas em matéria de representação das singularidades culturais dos povos, bem como do fito de estabelecer os direitos dos grupos minoritários, numa óptica menos esmagadora da força conformadora do princípio maioritário, que aqui encontra os seus limites.

VI. Claro que o facto de ser possível, em duzentos anos de constitucionalismo, frisar a existência de três períodos bem marcados na evolução dos direitos fundamentais não pode significar que os direitos da geração anterior deixassem de obter reconhecimento.

Esta foi *uma evolução tipicamente acumulativa* e não alternativa, por cuja acção se adicionaram sempre novos direitos àqueles que já pertenciam ao catálogo dos direitos fundamentais previamente positivados nos textos constitucionais.

Igualmente não se pode esconder que essa acumulação e sobreposição de direitos puderam exercer uma influência limitativa naqueles que já estavam previamente consagrados, evidenciando-se a passagem do período liberal ao período social. Só que esse fenómeno deu-se aqui como em qualquer outro aspecto constitucional, a partir do momento em que os textos constitucionais incorporaram uma cláusula social, mostran-

do-se permeáveis – e já não neutrais, como no tempo liberal – à realidade constitucional circundante.

VII. O itinerário da positivação constitucional dos direitos fundamentais identicamente não pode desconsiderar as profundas mutações que o Direito Internacional Público conheceu na segunda metade do século XX, aos quais são directamente atinentes aos valores internamente protegidos pelos direitos fundamentais⁶.

Estamos obviamente a falar na *protecção internacional dos direitos do homem*, momento que apenas se concretizou a seguir à II Guerra Mundial e que viria também a influenciar os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

De que forma, porém, essa influência foi exercida?

A principal delas esteve-se na aceleração da consagração dos direitos fundamentais já conhecidos dos Estados mais evoluídos, que primeiro os exteriorizaram para os instrumentos internacionais de protecção de direitos humanos.

Mas também a importância dos direitos humanos internacionalmente concebidos pode ter sido substancial – e não apenas processual – na medida em que, a partir do plano internacional, foi possível congeminar um conjunto de preocupações internacionais, principalmente atinentes aos direitos fundamentais de terceira geração, quer em matéria de ambiente, quer em matéria de direitos à protecção das minorias e à autonomia cultural dos grupos e dos povos.

6 - Relativamente aos contornos da protecção internacional dos direitos do homem, para um conspecto geral, v., de entre tantos outros, AAVV, *As dimensões internacionais dos direitos do homem* (org. de KAREL VASAK), Lisboa, 1983, pp. 36 e ss.; PEDRO NIKKEN, *La protección internacional de los derechos humanos – su desarrollo progresivo*, Madrid, 1987, pp. 38 e ss.; MARCELLO CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, I, 6ª ed., Coimbra, 1989, pp. 316 e ss.; KLAUS STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, III/1, München, 1988, pp. 252 e ss.; ALBERT BLECKMANN, *Staatsrecht II – Die Grundrechte*, 3ª ed., Köln, Berlin, Bonn e München, 1989, pp. 51 e ss.; REINHOLD ZIPPELIUS, *Teoria...*, pp. 432 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *O estado de excepção...*, I, pp. 254 e ss.; JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, pp. 25 e ss.; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, pp. 23 e ss.

4. A força normativo-constitucional dos direitos fundamentais

I. A protecção dos direitos fundamentais, tal como tivemos ocasião de os descrever e relatar no respectivo percurso, coloca um primeiro problema, que é o da sua *força jurídica*.

Se são direitos fundamentais, de acordo com o conceito que os substancia, isso quer dizer que tais posições jurídicas oferecem uma relação singular com o texto constitucional: uma relação de inserção no texto constitucional que estrutura cada Estado.

Os direitos fundamentais ostentam, deste modo, *uma força jurídica de teor constitucional*, que lhe é dada a partir do carácter constitucional das fontes normativas que os consagram. Na verdade, estamos sempre perante posições jurídicas *ex lege*, porquanto derivam sempre do ordenamento jurídico objectivo.

II. Essa observação, no que respeita à posição normativa dos direitos fundamentais, não teria a mínima relevância se a ordem jurídica fosse constituída por um único estalão.

A verdade, porém, é que não é. E até se têm multiplicado, por diversas razões, os níveis de diferenciação entre grupos de fontes e de normas dentro de uma ordem jurídica estadual.

Ora, é aí que o nível constitucional se posiciona de um modo extremamente relevante por representar a cúpula do sistema jurídico, acima da qual não se reconhece a validade de qualquer outra fonte jurídico-normativa.

Cabe à Constituição — e às fontes constitucionais em geral — este papel fundacional do sistema jurídico, aí se determinando as grandes directrizes da respectiva estruturação, devendo as fontes que as contrariam ser fulminadas de inconstitucionalidade.

III. Quer isto dizer que o carácter constitucional dos direitos fundamentais implica que estes se apresentem cimeiramente localizados dentro do ordenamento jurídico, comungando das características próprias das normas e dos princípios de natureza constitucional.

E qual é a importância deste facto? Ela é concernente a dois aspectos:

- a supremacia hierárquica;
- a rigidez constitucional.

A *supremacia hierárquica* implica que nenhuma outra norma ou princípio, que não tenha a mesma qualidade, possa contradizer o sentido normativo que deles se extrai.

A *rigidez constitucional* representa a circunstância de a respectiva alteração obedecer a mecanismos que tornam essa operação mais difícil, por força da existência de diversos limites à revisão constitucional.

O resultado mais visível desta colocação suprema no sistema jurídico liga-se ao carácter corajado que passa a acompanhar os direitos fundamentais, conceptualmente sempre direitos constitucionais: a da inconstitucionalidade das normas e dos princípios que os ofendem.

Isso tem o resultado prático de poderem ser postos em acção diversos mecanismos que têm por fito destruir essas normas e esses princípios, assim melhor se preservando a ordem constitucional.

IV. O facto de os direitos fundamentais, relativamente à sua fonte normativa, forçosamente se alcançarem a uma posição normativo-constitucional cimeira não acarreta a impossibilidade de se estabelecer a comunicação com outros estratos do sistema jurídico, sendo certo que este se apresenta multi-nivelado nos seus diversos escalões hierárquicos.

É assim que muitas vezes os textos constitucionais aceitam a contribuição de outros escalões do ordenamento jurídico – as leis ordinárias e as fontes internacionais – para completarem o elenco constitucional dos direitos fundamentais.

Estamos perante *um mecanismo de abertura dos direitos fundamentais que são positivados na Constituição aos outros níveis*, os quais podem ser igualmente relevantes no aparecimento de novas posições jurídicas com a mesma importância, ou até para completarem deter-

minada configuração constitucional já alcançada por certo direito fundamental⁷.

Esta cláusula de abertura do catálogo constitucional de direitos fundamentais pode, deste modo, assumir diversas funções em relação a determinado subsistema constitucional de direitos fundamentais:

- de *integração* – na medida em que por essa cláusula podem chegar ao texto constitucional direitos fundamentais novos ou esquecidos no momento da expressão da vontade constituinte, assim se logrando obter o seu reconhecimento;

- de *aperfeiçoamento* – porquanto outras fontes podem apresentar contornos mais precisos dos direitos e frisar a existência de novas faculdades, até certo momento desconhecidas ou desconsideradas⁸.

Deparamos com um fenómeno de *recepção constitucional*, através do qual se torna possível dar força constitucional a certas normas – as fontes dos direitos fundamentais – que até então apenas ostentavam um estatuto infraconstitucional, com todos os benefícios que estão associados a essa constitucionalização⁹.

5. A positivação tipológica dos direitos fundamentais

I. O carácter constitucional dos direitos fundamentais, não obstante ser extremamente importante na consolidação da sua eficácia protectora, não é totalmente suficiente, dado que importa também atender a outra nota que foi configurando a positivação dos direitos fundamentais desde que viram a luz do dia no constitucionalismo liberal.

7 - Sobre este mecanismo de abertura, v. HENRIQUE MOTA, *Le principe de la «liste ouverte» en matière de droits fondamentaux*, in AAVV, *La Justice Constitutionnelle au Portugal*, Paris, 1989, pp. 177 e ss.; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3ª ed., Coimbra, 1993, pp. 137 e 138; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Os direitos fundamentais atípicos*, Lisboa, 1995, pp. 39 e ss.; PAULO OTERO, *Direitos históricos e não tipicidade pretérita dos direitos fundamentais*, in AAVV, *Ab uno ad omnes – 75 Anos da Coimbra Editora*, Coimbra, 1998, pp. 1061 e ss.; JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, pp. 162 e ss.; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, pp. 71 e ss.

8 - Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 72 e ss.

9 - Defendendo esse estatuto constitucionalizado, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 313 e ss. Contra essa consequência da constitucionalização, JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, pp. 168 e 169.

Tem ela que ver com a vontade de os direitos fundamentais, logo bem desde o seu início, se terem apresentado segundo uma *técnica de tipificação na respectiva declaração formal dentro dos textos constitucionais*¹⁰.

Isso implica que, ao lado da sua força normativo-constitucional, se acrescente outro traço, que é o do seu *matiz tipológico*, o que se diferencia bem na Metodologia do Direito como via específica de pensar e de formular os comandos normativos¹¹.

II. A primeira dimensão do sentido tipológico dos direitos fundamentais — os quais se mostram, por esta razão, verdadeiros tipos jurídicos — reside na consequência de a respectiva formulação ser mais concisa do que seria se o texto constitucional recorresse aos conceitos gerais e classificatórios.

Os direitos fundamentais não são, pois, consagrados por recurso a conceitos, que pudessem abranger amplamente uma dada realidade a submeter aos efeitos do Direito — são, antes, agrupados em realidades menos amplas, em torno, deste modo, de tipos jurídicos, por cujo intermédio melhor se capta o pormenor do objecto e do conteúdo de cada direito fundamental considerado.

A grande vantagem do recurso ao método da tipificação — por contraste com o método da conceptualização — consiste numa menor abs-

10- Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 56 e ss.

11- Para uma aproximação às características do pensamento tipológico, por contraste com o pensamento generalizante, v. KARL ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1953, pp. 237 e ss.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A tipicidade dos direitos reais*, Lisboa, 1968, pp. 34 e ss., e *O Direito — Introdução e Teoria Geral*, 10ª ed., Coimbra, 1997, pp. 451 e ss.; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1983, pp. 116 e ss.; CARLO BEDUSCHI, *Tipicità e Diritto — contributo allo studio delle razionalità giuridica*, Padova, 1992, pp. 31 e ss.; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Coimbra, 1995, pp. 21 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 56 e ss., e *O estado de excepção no Direito Constitucional — entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*, II, Coimbra, 1998, pp. 1542 e ss.; KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª ed., Lisboa, 1997, pp. 655 e ss.; RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Coimbra, 2000, pp. 27 e ss.

tracção, que traz consigo uma maior capacidade de retratação da realidade concreta a que respeita cada direito fundamental.

III. Outra dimensão igualmente presente na tipificação dos direitos fundamentais nos textos constitucionais é concernente ao valor que os direitos fundamentais devem possuir se vistos no conjunto das tipologias que entre si formam. É que a sua eficácia fica acrescida se se mostrarem plurais, apresentando-se em conjuntos que, como podemos observar, se têm vindo a alargar.

Q mais relevante desse valor colectivo dos direitos fundamentais, se observados como tipos jurídicos contextualizados em tipologias jurídicas, é porém a possibilidade de essas tipologias não serem tipologias fechadas e serem, ao invés, *abertas ou exemplificativas*. Nunca em cada momento os direitos fundamentais positivados num dado texto constitucional são únicos, havendo a possibilidade de recorrer ao conceito geral subjacente, para formular outros direitos fundamentais, assim denominados *direitos fundamentais atípicos*¹².

IV. Qualquer uma destas duas dimensões inerentes ao sentido tipológico dos direitos fundamentais se encontra em muitos dos textos constitucionais, do século XIX e do século XX.

Se analisarmos os textos constitucionais, no que toca à primeira dimensão, facilmente reparamos que há a preocupação de apresentar os direitos fundamentais através de um número razoável de tipos — e até com uma lógica mais ou menos diversificada em razão dos respectivos objectos e conteúdos específicos, cada um deles substanciando a construção de um ou de alguns dos tipos de direitos fundamentais consagrados.

O mesmo se pode dizer, embora talvez sem a mesma importância, de alguns textos constitucionais em matéria de abertura a outros direitos fundamentais — direitos fundamentais atípicos, que não obtiveram uma consagração tipificada nos catálogos constitucionais, mas que por este mecanismo podem ser igualmente detectados e invocados.

12- Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 39 e ss.

6. A eficácia objectivo-constitucional dos direitos fundamentais

I. A terceira pergunta que se deixou formulada alude à *intensidade* com que os direitos fundamentais vinculam as entidades que os mesmos obrigam nos efeitos normativos que contêm.

Os direitos fundamentais, sendo posições subjectivas na titularidade das pessoas, gravam genericamente o poder político — e, em particular, o Estado — porque este tem de conformar a sua acção jurídica pelas balizas que aqueles mesmos direitos fundamentais delimitam, (i) ora de não intervenção num espaço que constitui a autonomia dos cidadãos, (ii) ora de intervenção através de prestações que vão beneficiar os cidadãos.

Esta é a temática geral da eficácia dos direitos fundamentais, a qual se mostra susceptível de diversas combinações, para outros tantos resultados.

II. De um prisma objectivo, os direitos fundamentais, a despeito do seu idêntico carácter constitucional, não têm sempre a mesma intensidade normativa e é possível vislumbrar diferentes alcances no modo como o conteúdo e o objecto dos mesmos condicionam os destinatários, públicos e privados.

Esta é uma dicotomia fundamental que, no plano constitucional, costuma ser referida pela existência conjunta dos *direitos, liberdades e garantias* e dos *direitos económicos, sociais e culturais*, embora não se afigure fácil descortinar a distinção rigorosa entre esses dois grupos de direitos fundamentais¹³.

A mais relevante relaciona-se com facto de os primeiros possuírem *uma eficácia directiva superior à dos segundos*, podendo a linha de fronteira passar pela consideração da dissociação existente entre *as normas constitucionais preceptivas e as normas constitucionais programáticas*.¹⁴

13- Quanto aos critérios que podem sustentar esta separação, sob o enfoque do texto constitucional português, v., de entre outros, JORGE BACELAR GOUVEIA, *O estado de excepção...*, II, pp. 867 e ss.; JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, pp. 139 e ss.; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, pp. 71 e ss.

14- Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 437 e 438.

III. E esta é uma distinção que depois desabrocha em múltiplos efeitos de natureza prática, devendo realçar-se a importância de duas matérias mais delicadas¹⁵:

- a intervenção reguladora; e
- a intervenção restritiva.

Em qualquer uma delas, a força directiva dos direitos fundamentais que sejam direitos, liberdades e garantias é inevitavelmente mais forte do que aquela que os direitos económicos, sociais e culturais ostentam.

Tanto a regulação quanto a restrição dos direitos, liberdades e garantias, comparativamente ao que sucede com os direitos económicos, sociais e culturais, se afigura mais limitada, quer ao nível material, quer ao nível organizatório:

- ao *nível material*, porquanto o carácter preceptivo das respectivas normas atribuidoras apenas consente uma muito limitada restrição, sendo de levar em consideração um determinado conjunto de princípios que a regulam – os princípios da prospectividade, da abstracção, da generalidade, da protecção do conteúdo essencial e da autorização constitucional expressa;

- ao *nível organizatório*, dado que a intervenção deve ser feita sempre ao mais alto nível dos órgãos que dispõem do primado da competência legislativa, a partir de decisores de tipo parlamentar.

7. A tutela reforçada dos direitos fundamentais

I. A última interrogação que enunciámos mostra-se pertinente aos mecanismos que são constitucionalmente concebidos para defender os direitos fundamentais e reagir contra as violações de que sejam alvo.

A posição jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, bem como a pormenorização e abertura da respectiva positivação, levando ainda em consideração a sua eficácia jurídica, são aspectos cruciais na obtenção de um desiderato de efectividade desses mesmos direitos fundamentais.

15- Sobre estas duas diferentes formas de legislativamente intervir nos direitos fundamentais, v., por todos, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Regulação e limites dos direitos fundamentais*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 2º suplemento, Lisboa, 2001, pp. 450 e ss.

Mas sem a implantação de mecanismos de ordem prática destinados à sua defesa, nunca essa efectivação poderia passar do papel e penetrar na realidade constitucional do quotidiano dos cidadãos que fossem turbados na titularidade e exercício desses seus direitos.

II. É por isso que a protecção dos direitos fundamentais jamais pode bastar-se com a sua mera existência, por mais numeroso e variado que seja o seu elenco constitucional.

Contudo, tornou-se indispensável contar, no plano do Direito Constitucional, com o contributo de duas instâncias do poder público que podem neste âmbito desempenhar um papel indiscutível, numa dicotomia entre duas espécies de *tutela dos direitos fundamentais*:

- a tutela não contenciosa; e
- a tutela contenciosa.

III. A *tutela não contenciosa* corresponde ao conjunto de mecanismos que determinam a possibilidade de defender os direitos fundamentais sem ser necessário recorrer aos tribunais.

A sua defesa muitas vezes passa pela consciencialização do poder público para o respectivo cumprimento, através de instrumentos que possam interferir junto dos próprios titulares do poder que ofende esses direitos.

Está em causa, em primeiro lugar, a própria Administração Pública, cabendo-lhe boa parte da responsabilidade nas violações que são cometidas. Ora, há meios destinados a fazer ver à actuação administrativa da necessidade de rever os actos praticados, com isso se restabelecendo a juridicidade no que respeita aos órgãos administrativos.

É igualmente de referir órgãos que, não fazendo parte dos tribunais, podem da mesma forma exercer uma actividade de controle quanto ao respeito da defesa dos direitos fundamentais, a partir de uma actuação independente — é o caso do Provedor de Justiça, com uma larguíssima tradição na Europa do Norte.

IV. A *tutela contenciosa* implica que a defesa dos direitos fundamentais seja levada a cabo pelos órgãos de natureza jurisdicional,

com tudo quanto isso acarreta no modo de decidir e nos parâmetros da decisão.

O efeito prático dessa protecção desemboca depois na (i) desvalorização dos actos jurídico-públicos que violem os direitos fundamentais ou na (ii) imposição de deveres de indenização de acordo com os mecanismos da responsabilidade civil, ou mesmo pondo-se a hipótese de responsabilidade penal.

8. Os direitos fundamentais e o futuro

I. Esta brevíssima exposição a respeito do lugar dos direitos fundamentais no Estado Constitucional Contemporâneo, a qual teve por objectivo testemunhar as enormes vantagens que se associam a esta categoria jurídica, não pode esconder, do mesmo passo, os *perigos* que espreitam no horizonte.

Os direitos fundamentais não são direitos infalíveis e, por isso, existem perigos que actualmente se concebem e que podem lançar dúvidas quanto à efectividade da sua protecção.

Simplemente, esses perigos, em vez de nos fazerem esmorecer, devem inversamente suscitar a nossa reflexão, tendo em mente o desiderato de os vencer. O Estado de Direito assim o exige.

II. O perigo mais sério – e simultaneamente o mais disfarçado de todos – assenta na elevada eventualidade que hoje existe no tocante à *banalização* da singularidade da garantia que é inerente aos direitos fundamentais¹⁶.

16- Que argumente PAULO OTERO (*A Democracia Totalitária – do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária*, São João do Estoril, 2001, pp. 153 e ss.) refere como sendo o “esvaziamento do Estado de Direitos Fundamentais”, aqui entendido como debilitação da «fundamentalidade» dos direitos fundamentais, um alargamento artificial de novos direitos fundamentais, especialmente através da «promoção» constitucional de realidades dotadas de uma diferente natureza ou da qualificação legal como tais por força do princípio da não-tipicidade, provocará uma diluição da «fundamentalidade» de cada direito, restringindo a operatividade daqueles que são verdadeiramente fundamentais e, ao mesmo tempo, ampliando a esfera daqueles que carecem de tal «fundamentalidade» (p. 156).

Numa altura em que o discurso sobre a protecção das pessoas por intermédio dos direitos fundamentais se vulgarizou, inevitavelmente que também se vulgarizou o recurso a essa técnica jurídico-formal. O resultado é o da multiplicação, que pode ser excessiva, do número dos direitos fundamentais existentes.

Mas, afinal, em que consiste esse perigo da banalização?

Estamos em crer que esse perigo está na adulteração da hierarquia de valores que deve necessariamente subjazer aos direitos fundamentais e, sobretudo, pensar que os direitos fundamentais valem todos o mesmo, perigo que se potencia pelo crescimento do seu número.

Por outro lado, esse facto naturalmente também se repercute sobre a menor protecção que recai sobre cada um, sendo certo que as virtualidades fácticas que se associam ao reconhecimento constitucional não são inesgotáveis.

III. Outro risco que igualmente nos deve apouquentar é atinente à eventual *uniformização* dos direitos fundamentais que progressivamente vamos consagrando nos textos constitucionais, tendência que ter-se-á afirmado, primeiro, ao nível da protecção internacional dos direitos humanos.

É nítido que a globalização que estamos vivendo nos oferece uma dimensão jurídica, naturalmente saudável e que se afirma como o produto de uma aproximação cultural entre regiões, povos e Estados.

Também é evidente que por detrás dessa globalização, que é boa no que de bom globaliza, se esconde uma “má globalização”, quando ela pretende ser – e muitos vezes é-o realmente – um instrumento de domínio, impondo uma determinada visão do mundo e da vida, sem espaço para os direitos fundamentais que possam espelhar as autonomias e as peculiaridades de certos povos e culturas.

IV. Do mesmo modo angustiante é a hipótese da *processualização* dos direitos fundamentais, pela tendência que os regimes democráticos hoje vivem para a dessubstancialização das actividades públicas, acreditando que o processo decisório democrático é apenas um modo de

decidir, e não um decidir segundo um certo sentido material, objectivamente valioso por si.

Assim se desiste de uma fundamentação material dos direitos fundamentais – e, por arrastamento, de múltiplos outros aspectos de natureza jurídica, possivelmente mais sensíveis a uma coloração axiológica – e com a inevitabilidade de se perder uma raiz de fundamentação material, que em si mesma é a única chave para responder, com uma orientação segura, a um conjunto de opções que também dizem respeito à vida colectiva, neste caso, de natureza jurídica. As opções já não valem pelo conteúdo que exprimem, antes inversamente pelo número de adeptos que reúnem, num momento em que a bondade intrínseca das soluções cede o passo ao grau de aderentes a essas mesmas soluções¹⁷.

Evidentemente que não é apenas a visão axiológica que se perde porque, ao lado da dessubstancialização dos direitos fundamentais, se regista a respectiva *geometrização*, situação em que a maioria tudo decide, abafando as minorias e não tendo estas qualquer possibilidade de fazer vingar os seus legítimos direitos.

V. Não quer isto dizer que o percurso feito até aqui, em matéria de direitos fundamentais, não tenha sido profundamente positivo, como facilmente o comprovam as várias *conquistas* que foram sendo paulatinamente obtidas, de acordo com estes seguintes passos:

- primeiro, a própria e singela consagração constitucional dos direitos fundamentais;
- depois, a progressiva diversificação dos mesmos, ao que acresceu a sua densificação material e tipológica;
- a seguir, a preocupação irradiante da protecção dos direitos fundamentais para outras instâncias, no âmbito do Direito Internacional

17- Como tivemos ocasião de escrever noutro lugar (JORGE BACELAR GOUVEIA, *O estado de excepção...*, II, pp. 1477 e 1478), “*Só as considerações de tipo supra-positivo – e não positivista ou sociológico – é que permitem chegar a uma conclusão segura. A justiça do Direito não pode ser dada pelo critério do poder, nem pode ser conferida pelo critério da sociedade: a justiça do Direito só pode ser dada pela existência de um conjunto de princípios e valores que não são intrínsecos ao poder positivo ou ao poder social e que se lhes impõem, reunindo-se em torno da ideia da dignidade da pessoa humana*”.

Público, e mais recentemente, para outros ramos do Direito, em que se registra uma consagração cruzada dos mesmos, como sucede no Direito da Igualdade Social¹⁸;

- finalmente, o constante aperfeiçoamento do regime jurídico dos direitos fundamentais, com a introdução de figuras que tendem a delimitar mais o poder de intervenção do legislador e do administrador no espaço de conformação que é deixado pela Constituição aos poderes infraconstitucionais.

VI. Porém, estes vários e inequívocos sucessos não nos devem fazer esquecer aqueles diversos perigos, que podem turvar uma protecção que se deseja intensa dos direitos fundamentais, perigos de natureza formal e material, perigos de natureza teórica e prática.

O que fazer para os afrontar?

Acreditar que eles existem e agir quotidianamente para os combater, no pressuposto de que a respectiva protecção é eminentemente cultural e que a intervenção dos cidadãos, nos seus diversos campos de actividade, acaba por ser, mediatamente, altamente frutificante por sabermos que os direitos fundamentais nasceram com o constitucionalismo, numa altura em que as pessoas passaram de “súbditos” a “cidadãos”, transitaram de “objecto” a “sujeito” do poder público.

18- Numa perspectiva de protecção de certos grupos de pessoas. Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito da Igualdade Social – guia de estudo*, Lisboa, 2000, pp. 13 e ss.

