

THEMIS

REVISTA DA ESMEC

**Publicação oficial da Escola Superior da Magistratura
do Estado do Ceará - ESMEC**



Fortaleza - Ceará
2000

© 2000 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ - ESMEC

Rua Ramires Maranhão do Vale, 70 - Edson Queiroz
CEP 60811-670 - Fortaleza - Ceará

DIRETOR GERAL

Desembargador Raimundo Bastos de Oliveira

CONSELHO CONSULTIVO

Águeda Passos Rodrigues Martins · Alberto Silva Franco · Antônio de Pádua
Ribeiro · César Asfor Rocha · Ernando Uchôa Lima · Fernando Luiz Ximenes Rocha
· Luiz Carlos Fontes de Alencar · José Ari Cisne · José Maria de Melo · José Paulo
Sepúlveda Pertence · Marco Aurélio de Farias Mello · Paulo Bonavides · Paulo Roberto
Saraiva da Costa Leite · Sálvio de Figueiredo Teixeira · Vicente Leal de Araújo

CONSELHO EDITORIAL

Almir Pazzianotto Pinto · Antônio Augusto Cançado Trindade · Carlos
Roberto Martins Rodrigues · Carlos Facundo · Celso Antônio Bandeira de Melo ·
César Oliveira de Barros Leal · Dimas Macedo · Edgar Carlos de Amorim · Ernani
Barreira Porto · Fátima Nancy Andrichi · Fernando Luiz Ximenes Rocha · Francisco
Artunani Martins · Francisco de Assis Filgueira Mendes · Francisco Haroldo Rodrigues
de Albuquerque · Hugo de Brito Machado · João Alberto Mendes Bezerra · João
Nazareth Cardoso · José Afonso da Silva · José Alberto Rola · José Alfredo de
Oliveira Baracho · José Evandro Nogueira Lima · José Filomeno de Moraes Filho ·
Júlio Carlos de Miranda Bezerra · Luiz Flávio Borges D'Urso · Márcio Thomaz Bastos
· Maria Magnólia Lima Guerra · Napoleão Nunes Maia Filho · Oscar Vilhena · Rogério
Lauria Tucci · Sérgio Ferraz · Sílvio Braz Peixoto da Silva · Valmir Pontes Filho

*Os conceitos emitidos em artigos assinados são de absoluta
e exclusiva responsabilidade de seus autores.*

Tiragem: 2.000 exemplares

Bibliotecária Responsável
Claudete Bonfim Lopes Batista CRB 3/467

Themis: revista da ESMEC. - v.3, n.1
Fortaleza: ESMEC, 1997 –

Semestral

1. Doutrina. 2. Jurisprudência. 3. Decisões e Acórdãos.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ

PRESIDENTE

DESA. ÁGUEDA PASSOS RODRIGUES MARTINS

VICE-PRESIDENTE

DES. ERNANI BARREIRA PORTO

CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA

DES. JOSÉ MARIA DE MELO

DES. JÚLIO CARLOS DE MIRANDA BEZERRA

DES. CARLOS FACUNDO

DES. JOSÉ ARI CISNE

DES. JOSÉ EVANDRO NOGUEIRA LIMA

DES. FRANCISCO HAROLDO RODRIGUES DE ALBUQUERQUE

DES. RAIMUNDO HÉLIO DE PAIVA CASTRO

DES. JOSÉ MAURI MOURA ROCHA

DES. RAIMUNDO BASTOS DE OLIVEIRA

DES. FRANCISCO GILSON VIANA MARTINS

DES. FRANCISCO HUGO ALENCAR FURTADO

DES. EDMILSON DA CRUZ NEVES

DES. JOÃO DE DEUS BARROS BRINGEL

DES. FRANCISCO DA ROCHA VICTOR

DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA

DES. JOSÉ EDUARDO MACHADO DE ALMEIDA

DESA. HUGUETTE BRAQUEHAIS

DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

DES. JOSÉ CLÁUDIO NOGUEIRA CARNEIRO

DESA. GISELA NUNES DA COSTA

DESA. MARIA CELESTE THOMAZ DE ARAGÃO

SECRETÁRIO GERAL

DR. PEDRO HENRIQUE GÊNOVA DE CASTRO

SUMÁRIO

DOCTRINA

Ação Rescisória	11
<i>José Helvesley Alves</i>	
A Imparcialidade do Juiz	21
<i>Alexandre Magno Vasconcelos Alves.</i>	
Reforma Processual e acesso à Justiça	53
<i>Cassio Scarpinella Bueno</i>	
Por uma Epistemologia da Pesquisa Comparativa do Dano Moral	61
<i>Maria Francisca Carneiro</i>	
O Juiz Substituto à Luz de uma Nova Interpretação ao inciso I, do Art. 93, da Constituição Federal de 88	89
<i>Francisco das Chagas Fernandes</i>	
Da Integração "Provão" / Exame de Ordem	99
<i>Álvaro Melo Filho</i>	
"Justiça e Democracia"	111
<i>Pedro Pia de Freitas</i>	
Tribunal do Juri: Modificação adaptativa para uma nova realidade social.	115
<i>Pedro Pia de Freitas</i>	
A Objeção de Pré-Executividade e a Efetividade da Tutela Executiva	119
<i>Daniel Mota Gutiérrez</i>	
O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Fundamental à Ação: um Estudo Constitucionalmente Adequado acerca das Limitações ao Direito de Ação	125
<i>George Marmelstein Lima</i>	
O Paradoxo dos Direitos Humanos e três formas de seu desdobramento	153
<i>Niklas Luhmann (Tradução: Ricardo Henrique Arruda de Paula/ Paulo Antônio de Menezes Albuquerque)</i>	
Operadores do Direito e Mudança Social	163
<i>Leonardo Resende Martins</i>	
Os Princípios de Relações Exteriores na Constituição de 1988 como Limitação ao Poder Discricionário da Administração	171
<i>João Luís Nogueira Matias</i>	
A Ética na Formação do Magistrado	191
<i>Francisco de Assis Filgueira Mendes</i>	

A Pensão por Morte e o Direito dos Dependentes Inscritos	201
<i>Vany Coelho Moreira</i>	
Limites à Revisibilidade dos Atos Administrativos pela Administração Pública no Exercício da Competência Invalidatória	247
<i>Ana Neyle</i>	
Garantias da Magistratura e Independência do Judiciário	277
<i>Marcus Vinícius Amorim de Oliveira</i>	
O Problema da Legitimação de Agir e os Interesses Difusos e Coletivos	287
<i>Marcus Vinícius Amorim de Oliveira</i>	
O Direito Eleitoral e a Soberania Popular	297
<i>Fávila Ribeiro</i>	
"A Liberdade Religiosa e a Transfusão de Sangue nas Testemunhas de Jeová"	323
<i>Fabiana Costa Lima de Sá</i>	
Os Poderes Instrutórios do Juiz e a Difícil Tarefa de Julgar.	339
<i>Walber Siqueira Vieira</i>	

JURISPRUDÊNCIA

Nº 00.07895-3 - Ação Cautelar Inominada	347
<i>Fernando Luiz Ximenes Rocha</i>	
Nº 1998.02151-9 - Mandado de Segurança	351
<i>Fernando Luiz Ximenes Rocha</i>	

DECISÕES E ACÓRDÃOS

Decisão de Primeiro Grau de Jurisdição	357
<i>Francisco Eduardo Fontenele Batista</i>	

DOCTRINA

ACÇÃO RESCISÓRIA

JOSÉ HELVESLEY ALVES

Juiz Federal Substituto da 11ª Vara-CE

Rescisória é a ação específica que visa à anulação de uma sentença que transitou em julgado, com ou sem a utilização de recursos, podendo o pedido conter, além da rescisão, um novo julgamento da causa. É de natureza constitutiva negativa.

Além dos pressupostos comuns a qualquer ação, a rescisória, para ser admitida, pressupõe dois fatos básicos indispensáveis: uma sentença de mérito transitada em julgado e a invocação de algum dos motivos de rescindibilidade dos julgados taxativamente previstos no art. 485 do Código de Processo Civil. Assim, não havendo a “**RES JUDICATA**”, não há como falar em ação rescisória. Na técnica processual moderna, o mérito da causa é a própria lide, ou seja, o fundo da questão substancial controvertida. Em outras palavras, a conceituação carnelutiana define lide como “O conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma decisão definitiva de mérito”.

Regra geral, a competência original para apreciação da rescisória é do órgão de segundo grau, quer a decisão rescindenda dele provenha, quer de órgão subordinado, tenha ou não havido recurso, mas, desde que transitada em julgado. A primeira instância, portanto, nunca tem competência para ação rescisória.

A Súmula 514 do Supremo Tribunal Federal trata do assunto retro enfocado, “*verbis*”: “Admite-se a ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que, contra ela, não se tenham esgotado todos os recursos”. Por aí se pode afirmar que, mesmo o revel mantendo-se ausente em todas as fases do processo principal, pode propor ação rescisória contra a sentença que o condenou e transitou em julgado.

Basta que, na propositura, atenda aos pressupostos processuais básicos desse tipo de ação.

Dentro do atual ordenamento jurídico brasileiro, as hipóteses para admissibilidade de ação rescisória são tratadas de forma taxativa no art. 485 do CPC – NUMERUS CLAUSUS : “A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

- I – se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;
- II – proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;
- III – resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;
- IV – ofender a coisa julgada;
- V – violar literal disposição de lei;
- VI – se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal, ou seja, provada na própria ação rescisória;
- VII – depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;
- VIII – houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;
- IX – fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa”.

Já o art. 495 do mesmo digesto processual cuida do prazo para a interposição da rescisória, “*verbis*”: “O direito de propor ação rescisória se extingue em dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão”. O prazo, portanto, é decadencial, não se interrompendo nem se suspendendo. **É DECADENCIAL PEREMPTÓRIO.**

O início do prazo, portanto, define-se pelo primeiro dia útil que suceder ao último dia de prazo para interposição de recurso. Assim, pode a sentença transitar em julgado na instância originária, sem qualquer recurso; pode transitar em julgado depois de esgotados todos os recursos possíveis, inclusive recurso extraordinário e agravo de instrumento para o STF(Súmula 514 do STF).

Segundo preceitua o art. 488 do CPC, a petição inicial da ação rescisória observará os requisitos gerais da ação, a teor do art. 282 do CPC. Mais de um dos fundamentos do art. 485 pode ser alegado cumulativamente. O pedido pode ser

cumulado ou não. De fato, há casos em que só a desconstituição já atende plenamente ao interesse material do autor (**EXEMPLO: quando se pede a desconstituição da sentença proferida com ofensa à coisa julgada**). Já existia uma sentença com trânsito em julgado e outra referente à mesma causa foi proferida. A desconstituição da Segunda sentença já resolve, definitivamente, o problema (inciso I do art. 488 do CPC). Já o inciso II do retrocitado artigo exige o depósito de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou improcedente. Indispensável, entretanto, para se propor ação rescisória a juntada, à inicial, da prova do trânsito em julgado da decisão rescindenda, sob pena de indeferimento liminar.

O art. 489 do CPC, por seu turno, afirma que “A ação rescisória não suspende a execução da sentença rescindenda”. A afirmação do dígito processual é taxativa em face de essa execução ser definitiva e não provisória. Com efeito, esta é a lição de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda sobre o assunto: “Quanto à execução da sentença rescindenda, uma vez que a propositura da ação rescisória não tem qualquer efeito suspensivo, a execução definitiva pode ser iniciada ou prosseguir, como se nenhuma ação rescisória tivesse sido proposta. Uma vez que a ação rescisória depende do trânsito em julgado da sentença, nenhuma provisoriedade da execução pode haver”.(Tratado da Ação Rescisória das Sentenças e de outras Decisões, Forense, 5ª Edição, página 503).

A título excepcional, porém, e em casos especialíssimos, a doutrina vem-se consolidando no sentido de admitir o cabimento da ação cautelar para suspender a execução da decisão rescindenda, quando a execução resultar em dano irreparável para o autor da rescisória caso ganhe a questão. Em casos que tais, competente para a cautelar é o relator da rescisória, se a cautelar for incidental, ou o juiz a quem for distribuída, se a cautelar for preparatória.

Como já se disse, as hipóteses ensejadoras da ação rescisória estão estampadas em *numerus clausus* no art. 485 do CPC. Por ser a coisa julgada matéria de ordem pública, este rol taxativo não admite ampliação por interpretação analógica ou extensiva.

AÇÃO RESCISÓRIA QUE AFRONTA COISA JULGADA

O art. 467 do Código de Processo Civil reza: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Enquanto sujeita a recurso a sentença, não se atingiu, ainda, a finalidade do processo, que é a composição da lide, pelo julgamento da *res in iudicium deducta*. E, assim, o Estado não satisfaz nem ultimou a prestação jurisdicional, a que está obrigado. O Estado ainda não disse, pela boca do órgão jurisdicional, a palavra final, que traduzirá a vontade da lei na sua atuação à relação jurídica deduzida em juízo. Chegará, entretanto, um momento em que não mais são admissíveis quaisquer recursos, ou porque não foram utilizados nos respectivos prazos, ou porque não caibam ou não haja mais recursos a serem interpostos. Não será mais possível, portanto, qualquer reexame da sentença. Não mais suscetível de reforma por meio de recursos, a sentença transita em julgado, tornando-se firme, isto é, imutável dentro do processo. A sentença, como ato processual, adquiriu imutabilidade. E aí se deu o que se chama coisa julgada formal, que consiste no fenômeno da imutabilidade da sentença pela preclusão dos prazos para recursos. “Coisa julgada formal é a impugnabilidade da sentença no processo em que foi proferida. Ocorre a coisa julgada formal quando a sentença não mais está sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (LICC art. 6º, parágrafo 3º) quer porque dela não se recorreu; quer porque se recorreu em desacordo com os requisitos de admissibilidade dos recursos ou com os princípios fundamentais dos recursos; quer, ainda, porque foram esgotados todos os meios recursais de que dispunham as partes e interessados naquele processo. Para a coisa julgada formal leva-se em conta, principalmente, a impugnabilidade da sentença, vale dizer o momento em que se forma a coisa julgada. A denominação coisa julgada formal é equívoca, mas se encontra consagrada na doutrina. Trata-se, na verdade, de preclusão e não de coisa julgada. Não é objeto de garantia Constitucional – Art. 5º, inciso XXXVI da CF/88 – que abrange apenas a autoridade da coisa julgada (coisa julgada material). Normalmente, a coisa julgada ocorre simultaneamente com a coisa julgada material. Mas nem sempre. Quando as partes não recorrem de sentença prolatada contra a fazenda pública, ocorre a preclusão (coisa julgada formal) mas a coisa julgada material somente vai ocorrer com o reexame necessário da sentença pelo tribunal (CPC art. 475). As sentenças proferidas com base no art. 267 do CPC são atingidas, somente, pela preclusão (coisa julgada formal), mas não pela coisa julgada material, que só alcança as sentenças de mérito”. Assim, da coisa julgada formal resulta a imutabilidade da sentença, no mesmo processo em que foi proferida, porque a sentença se tornou ou é inimpugnável. Por isso também se diz que a coisa julgada formal é a inimpugnabilidade da sentença no processo em que foi proferida. Dá-se a máxima preclusão: não é mais possível a reforma da sentença no processo em que foi proferida.

Mas a essa qualidade da sentença se acrescenta outra, que lhe dá autoridade além do processo em que foi proferida. O comando emergente da sentença se reflete fora do processo em que foi proferida, pela imutabilidade dos seus efeitos. A vontade da lei, que se contém no comando emergente da sentença, e que corresponde à expressão da vontade do Estado de regular concreta e definitivamente o caso decidido, tornou-se indiscutível, imutável, no mesmo ou em outro processo. O comando emergente da sentença, tornando imutável, adquire autoridade de coisa julgada, a impedir que a relação de direito material decidida, entre as mesmas partes, seja reexaminada e decidida, no mesmo ou outro juiz ou tribunal. Assim, fala-se em coisa julgada material, ou substancial, como autoridade da coisa julgada. A coisa julgada tem força de lei. Nesse sentido, o art. 468, do Código de Processo Civil, “*verbis*”: “A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”. Por ter força de lei, a coisa julgada material tem força obrigatória, não só entre as partes como em relação a todos os juízes, que deverão respeitá-la (Art. 467 do CPC retrocitado). O ilustre processualista **FREDERICO MARQUES** faz a distinção entre coisa julgada; este último caso só ocorre depois que se escoo o prazo decadencial de propositura da rescisória ou depois que ela é julgada improcedente.

É importante frisar que a SÚMULA 268 do Supremo Tribunal Federal não admite mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado. E isso se dá, exatamente, porque a Lei do Mandado de Segurança (Lei 1533/51) admite esse remédio contra atos judiciais, e não contra decisão transitada em julgado, como substituto da ação rescisória. Admitir-se o mandado de segurança seria burlar a coisa julgada material, que não admite recurso ordinário ou extraordinário. Se a parte não usa dos recursos cabíveis, não é lícito dar-lhe sucedâneo mediante o mandado de segurança. Não se argumentará com a liquidez e certeza do direito. Se for positivo, o recurso cabível atendê-lo-á.

O sempre lembrado mestre HELY LOPES MEIRELLES afirma que é inadmissível o mandado de segurança contra a coisa julgada, só destrutível por ação rescisória, a menos que o julgado seja substancialmente inexistente ou nulo de pleno direito. E isso se dá, exatamente, porque os julgados nulos ou inexistentes são destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica.

O art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1.988, estatui o seguinte: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Destarte, a coisa julgada é um bem jurídico posto em juízo, tendo, inclusive, proteção constitucional, motivo por que, a sentença que a tenha violado, pode ser vergastada. Tal autorização está prevista no preceptivo processual, mais precisamente no art. 471,

do Código de Processo Civil, *verbis*: “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I – se, tratando-se de relação jurídica continuativa, tiver sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença.

II – nos demais casos previstos em lei.

O inciso I refere-se à relação jurídica continuativa, em que a sentença prolatada julga o mérito da causa, mas não transita em julgado. Havendo modificação no estado de direito ou de fato das partes, o **DECISUM** pode ser modificado. É a chamada cláusula **REBUS SIC STANTIBUS**, que é uma simplificação da seguinte fórmula integral: “ **CONTRACTUS QUI HABENT TRACTUM SUCESSIVUM ET DEPENDENTIAM DE FUTURO, REBUS SIC STANTIBUS INTELLIGUNTUR**”.

Literalmente significa: os contratos que têm trato sucessivo e dependência de evento futuro, devem ser interpretados permanecendo assim as coisas. Vale dizer: os contratos que têm trato sucessivo ou são a termo, subordinam-se, todo tempo, à subsistência do estado inicial das coisas. Assim, devem ser cumpridos enquanto as condições permanecerem as mesmas existentes no momento de sua formação. Em resumo, de acordo com a cláusula “rebus sic stantibus” nos contratos de trato sucessivo ou a termo, o vínculo obrigatório se entendia subordinado à continuação daquele estado de fato, vigente, ao tempo da estipulação.

O inciso II faz referência aos demais casos prescritos em lei e, entre eles, estão aqueles dispostos, taxativamente, no art. 485 do Código de Processo Civil.

Assim, a fim de que seja possível intentar-se ação rescisória com fundamento em ofensa à coisa julgada, imprescindível fique demonstrado, inequivocamente, que a decisão atacada violou sentença anterior, não mais susceptível de recurso.

No que pertine à legislação substantiva, o Código Civil, em sua Lei de Introdução, faz referência à coisa julgada em seu art. 6º, parágrafo 3º, *verbis*: “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial a que já não caiba recurso”.

Há, no direito comparado, institutos similares, sobressaindo-se os seguintes: **CODE DE PROCÉDURE CIVILE – FRANÇA – que, em seu art. 480, assim se refere, verbis: “La Raquête civile est ouverte s’il y a contrariété de jugements en dernier ressort, entre les mêmes partis, sur les mêmes moyens, dans les mêmes cours ou tribunaux. CODICE DI PROCESSURA CIVILE - ITÁLIA - que, em seu art. 395, assim se reporta: “Se la sentenza è contraria ad altra precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata, perchè non**

abbia pronunciato sulla relativa eccezione. Alfim, PORTUGAL que, em seu art. 771, 7º, assim reza: “A revisão de qualquer sentença passada em julgada pode ser requerida quando a sentença seja contrária a outra que constitua caso julgado para as partes, formado anteriormente, se o vencido mostrar que não teve conhecimento dele enquanto o processo esteve pendente”.

Pode ocorrer, entretanto, que, tendo uma sentença transitado em julgado, outra afronte a coisa anteriormente julgada, gerando conflito entre duas coisas julgadas. Ocorrendo tal hipótese, a sentença que, por último, transitou em julgado é susceptível de ação rescisória, no entendimento do art. 485, IV, do Código de Processo Civil. E se, por acaso, já houvesse sido transcorrido o prazo decadencial de 2 (dois) anos para a propositura da ação rescisória, como se resolveria a questão?

Sobre o assunto há posições diferenciadas entre os autores, situando-se eles em posições diametralmente opostas. A meu sentir, entretanto, seguindo as pegadas da maioria dos processualistas, entendo que deve prevalecer a primeira sentença que transitou em julgado, haja vista que a segunda ofendeu a coisa julgada, não importando se o prazo decadencial peremptório ocorreu ou não. Se assim não fora, ocorreria malferimento à Constituição Federal, especificamente ao art. 5º, inciso XXXVI, da LEX LEGUM, além de espancar os artigos 301, VI, 471 e 485 IV, do Código de Processo Civil.

O raciocínio supra-esposado serve, igualmente, para o caso de ser terceiro processo instaurado e cada uma das partes invocar a autoridade de coisa julgada das sentenças contraditórias. Prevalecerá, sempre, a primeira sentença que transitou em julgado por contrariar a Constituição e os preceptivos da legislação adjetiva civil, destaques para o art. 5º, XXXVI da CF/88 e art. 471 do Código de Processo Civil.

RESCISÓRIA DE OUTRA RESCISÓRIA

É admissível a ação rescisória de decisão proferida em outra rescisória, mesmo sendo silente o Código de Processo Civil a esse respeito.

O Código de Processo Civil de 1.939, em seu art. 799 admitia, expressamente, ação rescisória de sentença proferida em outra ação rescisória, mas o vigente Código de Processo Civil silenciou a respeito da matéria.

LUIZ ANTÔNIO DE ANDRADE, em sua obra **ASPECTOS E INOVAÇÕES DO PROCESSO CIVIL**, ed. 1.974, faz sentir que : “Andou

bem, pois o novo estatuto em silenciar a respeito, tornando, assim, sempre possível a rescisão do julgamento que, em ação rescisória, incidir em qualquer dos vícios enumerados no art. 485”.

Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, em seus comentários ao Código de Processo Civil, v. VI/171, assim se expressa: “O Código de Processo de 1.939 admitia ação rescisória de sentença proferida em outra ação rescisória quando se verificasse qualquer das hipóteses previstas no inciso I, alíneas “a” e “b”, ou no caso do inciso II, do art. 798. Ficou, a contrário *sensu*, excluída a rescisória com fundamento em violação de disposição literal de lei. O atual Código de Processo Civil não cuidou do assunto. Que se deve concluir do silêncio do novo Código? A meu ver, é irrecusável a admissibilidade, sem qualquer restrição, de nova ação rescisória. Como mui bem diz Pontes de Miranda, na ação rescisória há julgamento de julgamento. Nenhuma razão lógica existe para pretender-se que o segundo julgamento esteja isento de vícios. Bastam, para eliminar os excessos da chicana, as disposições repressoras do abuso processual adotado pelo Código”.

Assim, indubitável a possibilidade de ação rescisória de ação rescisória. Pela sua própria natureza jurídica, ação constitutiva negativa, admite-se rescisória de rescisória, mesmo sem dispositivo expresso que o permita, como o existente no Código de 1.939, em seu art. 799. Indispensável, para tanto, que se configurem as condições da ação, a que já nos referimos.

BIBLIOGRAFIA :

- 1 – ALVIM, Arruda, *Manual de Direito Processual Civil*, 4ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, 1.991.
- 2 – AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, Editora Saraiva, 11ª Edição Atualizada, São Paulo, 1.990, 3º Tomo.
- 3 – BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Processo Civil Brasileiro*, Editora Forense, 17ª Edição Revista e atualizada, 1.995.
- 4 – CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1.974, volume 3.
- 5 – GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 10ª Edição, 1.995, volume III.

- 6 – LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2ª Edição, 1.981.
- 7 – MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 13ª Edição, 1.991.
- 8 – NEGRÃO, Theotônio. *CPC e legislação processual em vigor*, São Paulo, Saraiva, 26ª Edição, 1.995 e 27ª Edição 1.996.
- 9 – PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1.974, tomos I, II, X e XII.
- 10 – THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 10ª Edição Revista e Atualizada, 1.993.

A IMPARCIALIDADE DO JUIZ

ALEXANDRE MAGNO VASCONCELOS ALVES

Advogado. Mediador e Árbitro.

Especialista em Direito Processual - UFC.

e-mail: alexiusalves@uol.com.br.

Sumário: 1. Introdução. 2. Situação da função jurisdicional na perspectiva das funções do Estado. 3. Imparcialidade e neutralidade. 3.1 Os valores 3.2. Mecanicismo da função judicante. 3.3. Vinculação administrativa 3.4. A imparcialidade. 3.5. Atividade (re) conhecimento do magistrado. 3.6. A ideologia. 3.7. A neutralidade política. 3.8. A passividade judiciária. 3.9. A imparcialidade e a neutralidade como mitos. 4. Conclusões

1. INTRODUÇÃO

A temática da jurisdição tomada pela ambiência que envolve seus titulares – os magistrados - tem merecido amplo destaque no cenário sócio-político da atualidade, em que pese sempre ter atraído a atenção da comunidade científica, nomeadamente a dos jusfilósofos.

O revigoramento do exercício das funções do Estado, preterida a experiência do Estado Liberal, contextualizou as discussões acerca da distribuição da justiça. No caso brasileiro, seja porque de um lado fora consagrado, formalmente, o Estado Democrático de Direito - força da Constituição Federal de 1988 - que repeliu, por seu espírito, os regimes de exceção e salvaguardou os interesses das minorias vitimadas pelos regimes pretéritos; seja pela incipiente ressurreição demo-

crática no seio da sociedade que rendeu espaço aos canais institucionais e representativos como o parlamento, a livre associação, a liberdade de expressão, a ressurgência das organizações não governamentais, etc, trazendo à ordem do dia pautas até então incontrastáveis.

A maior pertinência do tema alude, inarredavelmente, à crescente e sistemática recorrência dos cidadãos ao Poder Judiciário face ao renitente malferimento da ordem jurídica por parte dos agentes sociais, salientemente os próprios agentes políticos no exercício do mister das funções estatais, inadaptados ainda ao regime de liberdade compartilhada permeada com os fins de igualdade e dignidade da pessoa humana, não raras vezes, por serem tais agentes egressos daqueles regimes de força.

Não teriam maior destaque a prática de atos administrativos, a produção legislativa, o uso do poder regulamentar, o primado da convivência harmônica e independente entre os Poderes, se tudo isto se devesse unicamente ao pluralismo político e ao regime representativo, que permite que o titular do exercício do poder lance mão de seus programas partidários para alçar os objetivos do Estado.

De modo controverso, o que se observa, correntemente, são os atos viciados pela nódoa da ilegalidade, a feitura de leis em desconformidade com a principiologia constitucional, o exercício abusivo do poder, e, por fim, o primado da harmonia e independência não passar de mito: abrilhantado no plano do discurso mas vilipendiado a cada dia, na realidade sensível.

É neste ambiente que se situa a titularidade da função jurisdicional; sem dúvida, das funções estatais, a mais engessada politicamente, e contra a qual pende a responsabilidade e os deveres ('poderes') de independência e imparcialidade.

A imparcialidade na jurisdição é tema que, embora bem versado na doutrina jurídica, resulta ainda mal situado na atividade judicante, de tal sorte que o erigimos como daqueles fundamentais à integridade do exercício do Poder Jurisdicional e, de modo decorrente, à inteireza do Estado Democrático de Direito.

A imparcialidade é dever cometido ao juiz e, ao mesmo tempo, a salvaguarda da regularidade de seu labor. Deve ser encarada não de modo determinista mas utilitário aos fins da tutela jurisdicional, razão do que, apontamos, não passa de um mito sob aquele ponto de vista.

Quando muito, a imparcialidade consegue ser atendida por manifestações formais dentro do processo, mas com fundamental desprestígio aos poderes instrutórios do juiz e ao poder geral de cautela. Tudo isto é diagnóstico de que não se introjetou ainda suficientemente em nossa ordem jurídica certa dosagem inquisitorial (controlada pelas garantias constitucionais), mitigando-se o princípio dispositivo de forma a

desaguar o provimento judicial o quanto possível útil e, ao mesmo tempo, próximo da verdade real.

2. SITUAÇÃO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL NA PERSPECTIVA DAS FUNÇÕES DO ESTADO.

Para que a função jurisdicional do Estado se exerça regularmente, imperativo se faz que seja consagrada por condições que conduzam à gestão humana regular desta função.

Antes de um pressuposto de ordem jurídica as prerrogativas cometidas ao Poder Judiciário avizinham-se como condições práticas para que os fins da atividade jurisdicional sejam ordinariamente alcançados. E nem bem só por isto garante-se a consecução dos fins a que é cometida tal função em face do Estado Democrático de Direito.

Ainda que presentes tais prerrogativas, o sistema jurídico lança mão de anteparos político-jurídicos para o desempenho das funções estatais, a dizer: a subsistência latente do sistema de freios e contrapesos ensejador da harmonia e independência entre os poderes.

Sobre este particular calha o entendimento de que o Poder Judiciário não pode, em homenagem desmedida à harmonia, desatender indiscriminadamente ao princípio da independência da função estatal.

Se o poder é uno e indivisível, o que pretende o sistema é que a harmonia se opere no nível dos interesses primários do Estado ou seja os interesses primordialmente eleitos pela Carta Política, verdadeiro prestígio ao princípio da soberania popular e aos objetivos do Estado, em desfavor à forma com que, não raro, sua pessoa política se arvora na defesa dos desideratos do mecanismo administrativo do Estado.

Não se pode olvidar que o fim em si mesmo da propalada independência, aduzida pelo Poder Executivo, seja a pacífica convivência no plano da concretização dos interesses secundários do Estado-administração, porque em ambiente de regime democrático o pluralismo é instrumento de consecução dos interesses sociais, não um óbice a estes, muito embora se renovem chavões políticos das tais crises de governabilidade, tudo isto embalado pelos “mensageiros do apocalipse”, coadjuvantes dos governos de plantão.

À existência, no sistema jurídico, de princípios e garantias de acesso às funções jurisdicionais acrescentam-se mecanismos de coexistência e fiscalização entre os poderes estatais.

Infelizmente, esta ordem de idéias – interlimitação dos poderes – está mitigada na ordem jurídica brasileira. Vale dizer, por exemplo, sobre o mecanismo esdrúxulo das medidas provisórias, verdadeira ressuscitação dos repugnados decretos-leis, pelo menos pelo tratamento que às mesmas vem sendo dispensado pelo Poder Executivo e referendado pelo Supremo Tribunal Federal ou no que respeite ao campo material de atuação que é menos objetivo, portanto menos delimitado, extraído dos requisitos das medidas provisórias do que nos dos decretos-leis.

O STF proferiu, acerca da inconstitucionalidade versada por meio de ação, contra os aludidos mecanismos, entendimento de que, sobre a relevância e urgência de que trata o texto constitucional (art. 62, C. F.) é cometido ao administrador pinçá-las na realidade prática da vida político-administrativa do país e não ao Poder Judiciário, em sede de um processo judicial.

Ora, relevância e urgência são categorias jurídicas, é a ele, ao Poder Judiciário, que é constitucionalmente conferida a competência de dar luz à aplicação e interpretação da lei nos casos postos ao seu exame. Interpretada a norma de índole constitucional e apreendido o seu sentido e alcance, caberia ao administrador aquilatar a conveniência e oportunidade do ato de propor medidas provisórias em face do exame da ocorrência, na realidade prática, de situações que reclamem a edição de medidas provisórias – novamente as de relevância e urgência – informadas pela ordem constitucional, sobre a qual quem profere a declaração de sentido e alcance, como última pronúncia, é a Corte Suprema.

Se relevância e urgência são conceitos cometidos ao administrador, a nosso ver, em cada edição de medida provisória o governo estará se imiscuindo em competência jurisdicional, pois estará criando uma norma individual, fazendo as vezes de Poder Judiciário – verdadeira apropriação subjetiva do conteúdo encartado na norma constitucional – ao que prestamos incondicional resistência.

Há preceito constitucional pertinente aos critérios de relevância e urgência, como ocorre no estado de intervenção (arts. 34 e 35, C. F.). Por regra de hermenêutica jurídica, não há palavra em vão no texto magno, logo relevância e urgência não são conceitos dependentes mas apreendidos a partir da própria hermenêutica constitucional e não de conteúdo conferido ou outorgado ao administrador.

A quem quer que se debruce razoavelmente sobre esta realidade político-jurídica, cumpre indagar que independência municia o Poder Judiciário ante a prática

espúria das tais medidas provisórias. Estaria o Supremo Tribunal Federal fazendo justiça de porte constitucional, ao se apegar à exegese que permite a ‘legitimação’ de um processo legislativo, fartamente destituído de finalidade pública ?

Sem embargo de se amiudar na questiúncula jurídica, serve-nos o exemplo para circundar a discussão sobre a necessidade dos mecanismos constitucionais ora jurídicos, ora políticos, para que se desempenhe qualquer das funções estatais em homenagem aos fins próprios do Estado é à integridade concreta do ordenamento constitucional.

Recorrendo à lição de CELSO RIBEIRO BASTOS “*a função jurisdicional é de índole substitutiva, já que o Estado juiz procura diretamente a satisfação dos interesses tutelados pelo Direito.*”

... *De fato, só se pode falar em independência do Poder judiciário na medida em que a resolução dos casos concretos colocados à sua apreciação atenda apenas à lei aplicável, interpretada segundo o entendimento e a consciência do julgador*”¹ (GRIFAMOS)

Complementa MARCELO CAETANO: “*As leis devem conter as providências necessárias para garantir aos juízes que sejam libertos, de direito e de fato, de indesejáveis pressões ou influências exteriores, de modo a que as decisões proferidas expressem, unicamente, a aplicação do direito cabível aos fatos dados como provados no processo.*”²

O que se quer alinhar, “a priori”, é que o ambiente em que se situa o julgador é temperado de circunstâncias que se revestem de garantia ao desempenho da função jurisdicional, ao mesmo compasso em que a realidade concreta lança inúmeros desafios, para que as coisas assim se desenvolvam.

Há dispositivos excertos do ordenamento jurídico que vem a favor do exercício da função jurisdicional, de que seu titular lança mão para seu regular desempenho. Decorrentes do regime de princípios constitucionais estão instituídos como a vitaliciedade, a inamovibilidade, a irredutibilidade de vencimentos, dentre outros. De outra forma há princípios da jurisdição que ensejam, também, verdadeiros deveres aos magistrados que se reportam à sua situação diante das partes, em face da administração da justiça e diante das outras funções estatais.

De parca valia seria a conduta imparcial e escoreita de um juiz ao decidir demandas onde litigam particulares entre si se, em outro momento, tender o julgador a

1 - Ob. cit. p. 64.

2 - Ob. cit. p. 384.

decidir sistematicamente a favor do Estado, por exemplo, sob o pretexto (que se tenta inculcar) de que assim se está prestigiando o interesse coletivo.

Esta parcialidade não é serviçal da democracia, em particular, pela sistemática subversão e resistência aos direitos subjetivos dos particulares por parte do poder público. Isto se dá por razões as mais diversas, como é o diagnóstico da própria repressão política sobre os membros do Poder Judiciário, das condições inumanas de trabalho dos juizes, do modo da formação e reciclagem dos magistrados, da inaplicabilidade das garantias aos magistrados, dentre outras.

3. IMPARCIALIDADE E NEUTRALIDADE.

3.1 Os valores

Os valores são certas aspirações representadas por princípios eleitos consciente ou inconscientemente pelo indivíduo, ou por um grupo social; são, pois, uma intenção essencial, para a qual, espontânea ou deliberadamente, se foca determinada pessoa ou grupo de pessoas.

A par de se aquilatar a quais valores devam corresponder as manifestações do julgador em seu labor judicante, a pauta de referência deve ser aquela justamente informada na Carta Constitucional. Em última análise e em cada instância de influência, os atos do juiz devem ser manifestos em seu raio de ação e na proporção da importância deles para eficácia da ordem jurídica, segundo os valores eleitos pela sociedade por meio de sua Carta de Princípios.

É neste diapasão que vem a calhar a ensino de VERDU quando “*a fórmula política de uma Constituição é uma expressão ideológica fundada em valores, normativa e institucionalmente organizada, que descansa em uma estrutura sócio-econômica*”.

A pauta do julgador deve levar em conta o escopo máximo de conciliar o princípio Democrático com o princípio do Estado de Direito, mesmo porque, conforme assinala WILLIS FILHO “*O Estado Democrático de Direito, então, representa uma forma de superação dialética da antítese entre os modelos liberal e social ou socialista de Estado*”.

O Juiz atua para selecionar um, a partir de uma gama de valores de cunho coletivo, latentes no ordenamento normativo; sua atividade permeia um sistema aberto e “*representa um intento de conciliar valores que só abstratamente se*

compatibilizam perfeitamente, pois, no momento de sua concretização, podem se chocar, por exemplo a segurança jurídica (respeito à legalidade) e a igualdade perante a lei”; o dilema, pois, como conclui o professor cearense, é como melhor compatibilizar os valores em conflito, e isso sempre com a preocupação de sempre preservá-los todos em seu conteúdo mínimo.

Em ambiente de discussão dos valores sociais eleitos, entendemos o núcleo essencial de toda a razão de ser do direito como aquela substância dos direitos fundamentais que não pode ser agredida, com o prejuízo do qual se desrespeitariam fatalmente tais direitos fundamentais. Exprime o limite máximo onde se pode flexibilizar a aplicação dos direitos fundamentais em benefício da prevalência de um desses direitos sem que outro seja essencialmente desatendido.

Ora, logicamente não é recomendável tratar a questão da coexistência e convivência de valores de maneira polarizada, pontual, e sim de maneira dialética, o que se exige, inclusive na perspectiva primordialmente axiológica. Atender extremadamente, radicalmente, a determinado valor é desatender ao próprio pressuposto filosófico e ideológico de sua existência, que é a consonância com os princípios estruturantes da Democracia e do Estado de Direito, que reclamam a coexistência dos princípios decorrentes, que guardam certa dose de derrogação de outros princípios quando privilegiam a aplicação de um deles.

Se há nota de corte de eficácia e aplicação de determinado princípio fundamental quando se tende a dar força valorativa radical a um deles, não menos verdade é que todos os direitos fundamentais guardam entre si a interseção entre a antítese dos princípios mores pressupostos do Estado Democrático e do Estado de Direito.

Invoca-se, na doutrina hodierna, o princípio da proporcionalidade como o catalisador da coexistência restritiva dos direitos fundamentais; seria ele a nota que daria eficácia à atividade de atender ao núcleo essencial de todos os direitos, conducente ao atendimento dos valores sociais, em latente incidência na vida sócio-jurídica. Seria, pois, o princípio da proporcionalidade, o princípio dos princípios, nesta acepção adjetiva e instrumental de fazer valer a coexistência dos princípios de direito fundamental.

Perquirir as funções dos direitos fundamentais (suas gerações) como a abstinência ou a tolerância estatal, a prestação social, a proteção perante terceiros e a não discriminação, nos remete a auscultar o valor consagrado pela filosofia kantiana, de inspiração cristã ortodoxa, constatada pela realidade empírica como norma fundamental inexpugnável *a dignidade humana*.

A intangibilidade da dignidade humana é o núcleo essencial dos direitos fundamentais, é nota de interseção entre quaisquer deles, é medida mínima da essência dos mesmos.

Em recente palestra proferida na sede do Curso de Aperfeiçoamento de Magistrados da Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará, o Professor Desembargador FERNANDO LUÍS XIMENES ROCHA, em brevírio das suas considerações proferidas em palestra na Pontifícia Universidade de São Paulo, referiu que o destinatário e titular de toda ordem dos direitos fundamentais oriundos da Carta Constitucional era a pessoa humana, como de resto, de toda manifestação de poder; seguiu ainda, em iluminadas ponderações, a dignidade da pessoa humana é o núcleo básico informador de toda interpretação e aplicação do direito constitucional.

Trouxe à baila, ainda, ensinamento de JORGE MIRANDA: a pessoa humana é o fundamento e fim da sociedade.

Sobre a realidade brasileira, referiu que a democracia, para a consecução de seus fins deveria enroupar-se de democracia política, democracia econômica e democracia social. Vislumbra-se, na esteira do processo mundial de globalização, a idéia de globalização econômica, elegendo-se a riqueza, a matéria, como o objeto de direcionamento da atividade estatal; brada, por fim, o Prof. XIMENES, pela “globalização humana” da pessoa, enquanto único ente verdadeiramente legítimo a merecer o destino de qualquer ação da sociedade.

KELSEN, no desenvolvimento do sistema normativo ético, do imperativo categórico, culminou por remeter o conteúdo da norma hipotética fundamental ao valor oriundo de elementos abstratos. Urge associar a medida do conteúdo do imperativo categórico e seu fundamento de validade com a dignidade da pessoa humana. Este núcleo essencial impõe-se seja pinçado na realidade prática, a partir do reconhecimento, nesta realidade, das desigualdades existentes, ensejando-se, de forma substancial, a superação da mera declaração afoita de tal valor no constitucionalismo da metade deste século.

O respeito à dignidade da pessoa humana implica impingir-lhes, invariavelmente, a condição de sujeito, reconhecendo-a titular dos objetivos de toda e qualquer organização social, em magna instância, no direito à vida. Cumpre situar o homem sempre na condição de sujeito, em nada submetendo-o a ocasiões que o equiparem a objeto. Esta medida serve de núcleo e fundamento inspiradores e legitimadores dos direitos fundamentais decorrentes, a par do valor-mor socialmente acatado.

Na esteira deste raciocínio, pode-se, sem receio, apontar a dignidade da pessoa humana como o mais sereno ponto de apoio, na órbita do qual se deve circunscrever a atividade do julgador. É indicador do rumo certo por que labora o magistrado sob pena de que, embora com fiel respeito à forma, se veja inábil a prestação jurisdicional na consecução dos seus fins de justiça.

Este é o dilema do juiz no que concerne aos valores em sociedade.

Não se desconhece, todavia, que ao magistrado se impõe seja portador de aptidões e aspirações, portanto portador de valores individuais que permitam perflustrar os meandros da atividade judicante, o que não é nada fácil, desde que se considere que o juiz não é um justiceiro, mas sim tem sua atividade pautada cientificamente e permeada pelos princípios do Estado Democrático de Direito.

Segundo o Prof. OTACÍLIO PAULA SILVA, *“Há profissão ou atividade cujo êxito acha-se ligado a atitudes intimamente relacionadas a valores éticos, como, v.g., a caridade para o sacerdote, a isenção para o magistrado, a honestidade para o servidor público em geral.”*

O juiz é figura humana e, como tal, passível da falibilidade, tanto acidental:: pelas limitações do espectro social em que está inserido, suas opções ideológicas; como falibilidade técnica: em face de seu conhecimento jurídico que, em última análise, pertine ao conhecimento de mundo.

Ainda, pelo magistério do Prof. Otacílio, deve o juiz ter boa formação, maturidade psicológica e social, visão de universalidade dos fatos e dos problemas, ou seja, saber eleger seus próprios valores; saber estimar os valores em jogo nos processos: quer da personalidade humana, quer dos elementos envolvidos, fatos e atitudes; por fim, possuir conduta compatível com os valores por ele *eleitos (capacidade e sentimento para eleger para si os valores mais elevados em pauta de sua conduta profissional e pessoal)* bem como os valores que lhe cumpre *estimar (visão e sensibilidade para perceber os valores nas personalidades dos outros)*.

3.2. Mecanicismo da função judicante.

As deficiências do sistema jurídico são interpretadas pelos destinatários da prestação jurisdicional como deficiências meramente do Poder Judiciário.

O sistema parece mesmo ter levado parcela dos juízes a assumirem um papel inerte e “confortável” ante à dinâmica das relações sociais.

A distinção das funções ou a repartição do exercício do poder Soberano é dogma constitucional consagrado nos dias de hoje. A preocupação sinalizada por Platão e Aristóteles e sistematizada por Montesquieu tinha raiz de repelência ao despotismo tão ocorrente em regime de concentração de poder.

A tendência de mecanização do direito esbarra na idéia de que a apreensão do sentido e alcance de uma norma jurídica, ante um caso concreto, é atividade humana e é precisamente o conteúdo axiológico do direito que deve ser revelado na conformidade da formação cultural e ideológica do aplicador do direito.

Nos termos da ilustrada opinião de LUIZ FERNANDO COELHO: “... a automatização do Direito é tarefa impossível. Só o homem é capaz de dar sentido às leis, afinal não é o sentido da norma que se impõe ao jurista, mas é o jurista que estabelece o sentido da norma, de acordo com sua formação cultural e ideológica.”³

A riqueza dos fatos se revolta contra a frieza dos textos legais, atribuindo-se ao problema da hermenêutica um dos componentes deste drama. Levando-se em conta WALTER JELLINEK, “a palavra é um mau veículo do pensamento; por isso, embora de aparência translúcida, a forma não revela todo o conteúdo da lei, resta sempre margem para conceitos e dúvidas ... sob um só invólucro verbal, se aconchegam e escondem várias idéias, valores mais amplos e profundos do que os resultantes da simples apreciação literal do texto.”⁴

Atrás da palavra tilintam as idéias e estas são absorvidas pelo aplicador segundo seu conhecimento de mundo, do homem, segundo suas ideologias; afinal, o juiz está investido como agente político, enquanto titular do exercício de parcela da função jurisdicional.

Muita vez, o direito aplicado, que é posto em movimento, bem como o exercício da função jurisdicional é tímido, arraigado, desmerecedor do propósito criador e pacificador do direito. Cabe indagar o porquê desta constatação, se há alguma relação, por exemplo, com a deficiente mensuração, no processo seletivo, da capacidade dos candidatos a juiz de solucionarem problemáticas sócio-jurídicas, pelo exercício da função judicante. Muito ao contrário, se tem verificado um conteúdo sobejamente objetivista de tais concursos jurídicos que só se lançam a aquilatar o conhecimento dogmático.

3 - Luiz Fernando COELHO. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. Rio de Janeiro (RJ): Forense: 1991 p. 182.

4 - *apud*. CARLOS MAXIMILIANO PEREIRA DOS SANTOS, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 14.^a ed. Rio de Janeiro (RJ): Forense: 1994. p. 36.

Por vezes, deparamos com a indicação de juízes que apresentam alto grau de manutenção de suas decisões pelo tribunais e se valem desta referência como uma titulação, como critério de mensuração da qualidade de seus julgados e, por decorrência, do esmero em seu labor judicante.

Se são dinâmicas as relações sociais, o direito se faz atual pelo acompanhamento da evolução das relações jurídicas que trazem ao judiciário aspectos antes não tabulados nos códigos.

Fonte de direito não é somente a jurisprudência dominante ou sumulada, mas as exposições de motivos e os fundamentos das decisões que são diagnósticos de casos postos à jurisdição e resolvidos conforme a competência constitucional, informados pelos valores apreendidos pelo magistrado no caso concreto.

O apego ao formalismo é, muita vez, válvula de escape ao sentimento patológico do “ não vou cria cobra par me morder”, ou das estatísticas, promoções, e toda a disciplina administrativa a que está submetido o juiz.

A visão míope da qual podem ainda estar acometidos alguns juizes não lhes permite descortinar que o poder criativo suscita o exercício independente da jurisdição, com ele obtém-se não só a celeridade do processo por desapego às suas formas burocráticas, mas também a própria afirmação de legítimo prestador de justiça, logo, independente, autônomo e imparcial.

Outra consideração imperiosa é a de que o juiz deve ter sua vida minimamente relacionada com o modo de vida do homem médio, de sorte a conservar-se com a sensibilidade humana dos problemas e conflitos sociais sob pena de que o mesmo, desatado à sua vontade, proferir julgamentos e processar os feitos com uma visão fracionada da realidade social, fidedigna à noção da realidade de quem vive no isolacionismo.

3.3. Vinculação administrativa

Outro invólucro que circunscreve a atividade judicante é a organização administrativa que, voluntária ou involuntariamente, por vezes, repercute no grau de parcialidade, independência e autonomia do julgador.

O juiz não pode, a título de atender aos seus deveres administrativos como estatísticas, regime disciplinar, sistema de promoções, relatórios administrativos, dentre outros, atentar contra a imparcialidade.

São pontuados, na praxe forense, casos de juízes portadores de uma determinada predisposição, como, por exemplo, acerca da estipulação tabulada de

percentuais de pensão alimentícia, independentemente de outras particularidade de cada caso; alguns que propalam não concederem liminares; os que sempre julgam pró-fisco ou, ao revés, têm a postura anti-fazendária; ainda os que não conhecem de feitos que, *ex lege*, independam de distribuição ou aqueles que não proferem o juízo de admissibilidade, a dizer sobre a instauração válida do processo, a pretexto da exigüidade temporal e excesso de serviços, dentre outros.

Ora, naturalmente, as pessoas guardam radicais diferenças entre si, somos forçados a crer que admitir o contrário seria abolir o poder de criação e a dinâmica da convivência social. O que não se apresenta dedutível é que o juiz não se muna da riqueza dos elementos do caso concreto para seu labor e trace tão somente meras equações subsuntivas para a solução de conflitos postos ao seu exame.

É cediço que o processo de recrutamento e seleção dos juízes se cerca de uma decodificação técnica e ética. Conquanto, na maioria das vezes, seja humanamente mais democrático o processo mediante concurso público de provas e títulos, logo, mais assente com nossa ordem jurídica, não podemos concluir na mesma medida que seja o processo mais eficaz, na esteira de que seja duvidoso aquilatar todas as habilidades dos candidatos mormente a verificação da formação humanística, pelo alto grau de subjetividade por que demandaria tal processo.

Em claríssimo artigo - A formação do juiz contemporâneo (Revista Themis, Fortaleza, V. 1, n. 2, p.75, 1998) SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA preleciona: *“... com maior razão deve ser observada em relação ao juiz, para cuja missão, delicada, difícil e complexa, se exige uma série de atributos especiais, não se podendo admitir a sujeição dos interesses individuais, coletivos e sociais, cada vez mais sofisticados e exigentes, a profissionais não raras vezes sem a qualificação vocacional que o cargo exige, recrutados empiricamente por meio de concursos banalizados pelo método da múltipla escolha e pelo simples critério do conhecimento técnico.”*

E mais ...

“ Mas é o momento de se substituir sua metodologia para a inserção de critérios mais consistentes de seleção, priorizando-se aspectos éticos e vocacionais, até mesmo em detrimento do apuro técnico, sabido que uma pessoa destinada a julgar seu semelhante se auto-motivará ao estudo permanente, enquanto o intelectual aético nunca será um verdadeiro juiz” (SALIENTAMOS)

O juiz paulista CAETANO LAGASTRA NETO faz a indicação *“ A escolha do 5.º constitucional padece de objetivos definidos, revelando pela política do compadrio, desta forma deixando de cumprir o desejo do legislador de que*

a escolha de seus membros (Ministério Público e Advocacia) arejassem o Poder Judiciário, nos julgamentos de 2.º grau. Se o meio mais adequado e democrático de escolha de magistrados é o concurso público, nada indica que os demais lidadores do Direito, escolhidos por outra instituição, venham a consagrar um novo ideal de juiz. ... Critérios políticos de escolha, seja em que instância for (e prova disto é a do Supremo Tribunal Federal) – desacreditam e desmoralizam o Poder Judiciário.”

Há armadilhas, bem se sabe, relacionadas ao modo de recrutamento dos juízes; à suposta e submissão dos mesmos no período de estágio probatório que é condição de efetividade (logo das garantias constitucionais); a remuneração; as condições de trabalho; o número de processos por juiz etc, imprimindo que tais condições não sejam os mais atrativos porquanto repelem dos quadros do judiciário expoentes nomes da vida jurídica do país.

Outro elemento de continência excessiva dos juízes a outras “instâncias”, que comumente deslocam o titular da jurisdição de sua finalidade primordial, é a própria organização judiciária dos nossos tribunais e a disciplina regimental a que estão afeitos administrativamente os juízes.

Não é novidade que vem a sociedade crescentemente lançando olhos sobre o Poder Judiciário, ora pelos louros da própria redemocratização do país, a liberdade de imprensa ou pela crescente ofensa aos direitos do cidadão por parte do Poder Público. A luz disto vêm os tribunais cobrando ostensivamente a vazão que devem dar os juízes ao número cada vez maior de processos à guisa de demonstrar a celeridade e rapidez das decisões ante as demandas judiciais.

Tudo isto fertiliza o terreno sobre o qual as sementes de algumas teses de ocasião (que só tangenciam o problema da justiça) atentam contra a imparcialidade, independência e autonomia do julgador. Exemplos correntes disto são a adoção da súmula vinculante, a coisa julgada administrativa e o controle externo do Poder Judiciário.

3.4. A imparcialidade.

Para nos situarmos num plano minimamente confortável, para a análise de um instituto jurídico, devemos lançar-nos sobre a natureza e os fundamentos do objeto cognoscível, como aliás, de resto, cumpre-nos para qualquer trabalho científico.

Tendo isto em mente, o princípio da imparcialidade da jurisdição está intrinsecamente engendrado dentro da “principiologia” processual do ordenamento

jurídico brasileiro, de tal modo que impingir-se sua atuação é reclamar peremptoriamente o concurso de outros princípios do direito processual. Compreendemo-lo isoladamente, por facilidade de tratamento, sendo certo que jamais sua aplicabilidade e vida se dissociam do sistema jurídico processual.

Alçando a conceituação amplamente acolhida de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO sobre princípios, temos:

“... mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico” ⁵

O princípio da imparcialidade informa ao magistrado o posicionamento equitativo entre as partes e superior a elas, no que diz respeito a não lançar juízo de valor sobre o bem da vida pleiteado, antes do juízo de sentença (ou de verossimilhança) no processo, tão somente lançando mão para a instrução processual de seus poderes mediante o devido processo legal e em atenção às garantias processuais das partes.

Por razão minimamente de coerência, nenhuma substância de justiça poderia conter uma decisão que fosse oriunda de um juiz que tivesse interesse pessoal na causa, ou que, por exemplo, fosse maculado notoriamente de um preconceito prejudicial ao processamento do feito.

No processamento da ação, deve o juiz se lançar sobre a atividade probatória segundo um exame objetivo, independentemente da qualidade dos litigantes, exorcismando elementos espúrios do processo.

Imparcial é, pois, aquele que não se expõe às conveniências de outrem, senão à sua própria consciência e aos comandos de racionalidade do processo e do direito.

A imparcialidade tomada pela raiz ou temperada por determinados conteúdos ideológicos, que propugnam pela mumificação do Poder Judiciário, atendendo muito mais à manutenção do poder político, não passa de mero mito, tal qual a neutralidade ideológica ou política, como se verá proximamente.

5 - Curso de Direito Administrativo., 5.a ed., São Paulo, Malheiros, 1994. p. 450 e 451.

3.5. Atividade (re)conhecimento do magistrado.

O titular da jurisdição se serve da atividade hermenêutica necessariamente para apreender o sentido e alcance da norma e a decodificar e pinçar, na riqueza dos fatos, o substrato que melhor se presta à aplicação do direito justo. Esta atividade é imprescindível ao exame do conteúdo axiológico da norma, verdadeiro espírito que alça o direito à categoria de ciência humana e portador da dinamicidade atinente às relações sociais.

Se nos propusermos proceder a uma análise crítica da atividade do juiz, será nosso ponto de partida a própria atividade do conhecimento, ao que devemos adotar a postura de identificar o que vem a ser a influência ideológica, pertinente aos dogmas e mitos da ciência do direito.

A suposta neutralidade científica – à vista de uma ciência pura – (como se pura fosse por força da neutralidade do sujeito cognoscível) é dos mitos o pior, visto ser improvável a existência de ciência pura, neutra e autônoma.

Entender-se o contrário é esbarrar na própria utilização pelo poder político, do conceito de pura – mito que não resiste ao exame de coerência e lógica.

A contribuição de GADAMER neste particular, retomando a concepção de pré-compreensão (HEIDEGGER) assinala a tradição que há entre os juízos passados, que são juízos prévios dos juízos novos. Uma compreensão surge do horizonte, é uma grandeza aberta e está sempre em formação, sofre aprofundamento e ampliação, complementação e ratificação.

O problema da compreensão se apresenta, não como a panacéia na busca da verdade científica, visto que a compreensão visa à apreensão do sentido, que não pode ser apropriado é apenas a expressão do inteligível, obedece ao círculo hermenêutico espiralado.

Nem bem é princípio cogente levado ao extremo no direito, a busca da verdade ante a sua inutilidade no mundo dos fatos se o seu processamento não for razoavelmente contemporâneo à procura pela atividade jurisdicional, de que se haja dado como lesão ou ameaça a direito.

A conceituação de ciência, de per si, vem abandonando os padrões de certeza e racionalidade cartesianos e assumindo franco teor de investigação do objeto a partir das próprias influências que o ser cognoscente sofre do objeto cognoscível, mormente quando se detém no labor da deontologia científica.

A propugnada neutralidade axiológica da ciência se presta ao poder político plantonista, em conformidade com a “principiologia” *democrática* ou *totalitária* dos titulares do mesmo.

Na dicção do festejado mestre MIGUEL REALE, a dizer do prenúncio da apreensão do valor encartado na aplicação do direito: “...os valores não se aplicam segundo nexos de causalidade, mas podem ser objeto de um processo compreensivo que se realiza através do confronto das partes com o todo e vice-versa, iluminando-se e esclarecendo-se reciprocamente, como é o próprio estudo de qualquer estrutura social.” (GRIFO ORIGINAL) ⁶

A crítica à pureza da ciência, a despeito de alguns, não é subjetivista, não se estuda o homem sem um mínimo de pré-juízo que aproxime sujeito de objeto, é sim a crítica conducente a se confrontar o ser da ciência com seu próprio objeto social. Há inclusive aqueles que identificam o direito com ideologia, conforme preleciona ANTÔNIO CARLOS WOLKMER ao definir o direito “ a projeção lingüístico-normativa que instrumentaliza os princípios ideológicos e os esquemas mentais de um determinado grupo social homogêneo”.⁷

Na mesma linha de raciocínio, o direito processual também não se impinge a propalada neutralidade ideológica, pois se assim não o fosse não haveria como prevenir o processo dos excessos do formalismo e do mecanicismo – privilégio do instrumento em prejuízo do bem da vida.

A impossibilidade de neutralidade ideológica é fruto da própria condição do ser humano – inclusive condição psicanalítica – a este propósito preleciona JOÃO BAPTISTA HERKENHOFF, fruto de pesquisa realizada nos idos de 1970, onde conclui - “a ideologia dos juízes é assinalada por moderado conservadorismo, zelo pela ordem, senso de legalidade, preferência pelo formal e solene”.⁸

Já se observa que mesmo a própria arquitetura do Poder Judiciário desvela o espírito de poder e força, o que exatamente não guarda assentimento com os postulados do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.

Outro dado que revela a desconfiança na neutralidade do judiciário é a noção popular de que a justiça é mais ‘justiça’ com os pobres que com os ricos, com os negros que com os brancos, com as prostitutas que com os filhos da classe média, enfim com as maiorias excluídas que com os cidadãos comuns, o que é de indubitável contradição.

6 - Lições Preliminares de Direito. São Paulo, Saraiva, 1994. P. 286.

7 - Ideologia, Estado e Direito. São Paulo: RT, 1989.

8 - O Direito Processual e o Resgate do Humanismo. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1997.

3.6. A ideologia.

A neutralidade respeita à relação da pessoa com o invólucro social circundante ao passo que a imparcialidade se referencia ao tratamento no *iter* processual que seja dispensado às partes, de tal sorte que esta sim não poderia ser impunemente defendida ante o escopo democrático do processo e ao valor de justiça pelo qual ele propugna.

Muito se tem questionado sobre a inexigibilidade da imparcialidade à vista da inserção social que deve pautar a conduta do juiz. Como pode o juiz, em face de seu *status* de ao menos *cidadão*, encontrar-se imparcial ante a sujeição *in vitro*, no seu labor judicante, daquilo que o permeia e o influencia política, moral e psicologicamente, de modo permanente em sua vida ?

O juiz não é destituído de sentidos, de sentimentos, de humanismo, e é em face deles que o próprio direito posto flexiona a aplicação das normas, em atenção aos fins sociais das previsões sancionadoras de conduta.

O processualismo italiano alça-se de desconfiança quanto ao postulado da imparcialidade com endereço certo em CALAMANDREI. Na verdade é uma armadilha ideológica acreditar-se que à imparcialidade corresponde um posicionamento apolítico ou amorfo ideologicamente. Muita vez, este doutrinamento científico é até desonesto, à guisa de atenção ao poderio econômico e político e, neste diapasão, não raro, encontram-se aqueles que prenunciam o extermínio da instituição processual, se admitida postura político-ideológica permeando o escopo do processo.

MÁRCIO PUGGINA leciona que “ *Nenhum cientista político, com um mínimo de seriedade, ousaria afirmar que os membros do Poder Judiciário são apolíticos. Isto soaria tão absurdo quanto a ciência afirmar que os religiosos, aos quais se impõe o dever da castidade, são assexuados.*”

A exigência de neutralidade política já é nota ideológica no modo de apreensão do sentido da atividade jurisdicional. Muita vez, a pretensa neutralidade político-ideológica, que não passa de mito, faz o texto normativo trabalhar muito mais que o próprio juiz; ou se desconhece que este postulado é permissivo do vala comum e confortante do legalismo ?

Aparentemente democrático é aquele que invoca os textos legais, em sua apreensão rarefeita, e esta aparência é uma salvaguarda para a responsabilidade do julgador, porque justamente remete a autoria da “opção de valores” para o legislador pretérito, lavando-se as mãos e deixando inerte o direito latente, e infértil o terreno para o poder criador da atividade jurisdicional.

O direito não se confunde com o instrumento que o expressa; pouco é encontrado na folha de papel, seu brilho se regenera a cada vez que o Estado é sensibilizado a aplicá-lo – reproduzindo-o e atualizando-o. O julgado singular faz direito não pelo que decide mas pelo que se elegeu para se fundar e se pautar a decisão, dentro da ordem jurídica e social atual; isto é, em desacordo com a idéia de que só a jurisprudência sumulada, reiterada, faz direito, não raro a obstinação de determinados juízes faz ressuscitar ulteriores posicionamentos. Não que a realidade social os tem por acolhidos contemporaneamente mas porque o julgado, outrora repellido, se manifestara realmente o mais consentâneo com o ideal de justiça.

Ainda aponta o Professor a confusão que há entre a imparcialidade na condução do processo e a neutralidade política, no exercício da função jurisdicional. Para conduzir o processo, embora sem abrir mão dos poderes instrutórios de que dispõe ante a atual disciplina processual brasileira, o juiz deve conservar-se imparcial, o seu momento de parcialidade, aí sim, não-introspectivo e sim judicializado, é a entrega do provimento jurisdicional, é a prolação da sentença, na dicção do magistrado sulista “... a sentença que dá pela procedência (total ou parcial) ou improcedência da ação é ato por excelência de parcialização do juiz frente à causa” (GRIFAMOS)

A excelência da atividade jurisdicional é que a parcialização referida seja aquela que conduza à melhor expressão do valor de justiça – é fim mesmo da função se parcializar por quem tenha razão e não se parcializar no atendimento às pretensões daquele que malferiu a ordem jurídica. O juiz se desnuda no caso concreto, ao tornar pública a operação técnica que pressupõe pré-juízos humanos, aplicando o direito, o que pode ser aquilatado no declinar da motivação e fundamentos de suas decisões.

3.7. A neutralidade política.

Detendo-se sobre o judiciário brasileiro, JOSÉ RENATO NAILINI, a quem se atribuem as maiores acuidades sobre o tema, escreve “ a Constituição de 1988 foi a que mais acreditou na solução judicial dos conflitos. Enfatizou a missão da Justiça humana, confiou-lhe a tutela dos direitos fundamentais, destacados por longa enunciação e singular alteração topográfica. Criou direitos, cuja fruição ficou vinculada à assunção, pelo juiz, de papel político ampliado e, até certo ponto, desafiador da tradicional inércia.” (GRIFOS NOSSOS)⁹

9 - Apud. Sálvio de Figueiredo Teixeira. ‘A formação do juiz contemporânea’ in Themis, Fortaleza, v 1, n 2, p.79, 1998.

A negativa de legitimidade do papel político do titular da função jurisdicional é premissa que obedece à vontade da pessoa política, ocupante do poder ou de quem produz ciência em nome destes, não subsistindo a um exame de coerência, como procuraremos reforçar.

O Estado de Direito burguês suscitou certa marginalização política da função jurisdicional, de sorte que institucionalmente fora situada no âmbito de uma função de expectativa; tanto mais visibilidade teria quanto mais democrático fosse o regime político; e de vaga lembrança são os momentos da história brasileira em que, por exercício livre e democrático, os canais institucionais levaram os cidadãos a fazer brilhar a função jurisdicional em nível de ter expressão política destacada, no desempenho das funções do Estado.

Em miúdos, a separação do direito do poder político fez aquele usar as vestes do legalismo de sorte a conduzir o titular do poder judicante à atividade mecânica, remetendo o conteúdo de sua função tão somente “às funções verdadeiramente políticas”, o legislativo e o executivo.

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI avalia que *“é insustentável pretender que um juiz não seja cidadão, que não participe de certa ordem de idéias, que não tenha uma compreensão do mundo, uma visão da realidade (...), por pífia e errada que possa ser julgada.”*

Ainda aponta as raízes da imparcialidade por uma burocratização excessiva do poder judiciário, no nível subjetivo (do juiz) que conduz a uma ritualização do comportamento; a resistência a decisões, de modo consciente ou inconsciente, quando resultar em situações conflitivas, apegando-se demasiadamente à óbices procedimentais; a crescente perda de poder criativo a ao conservadorismo das decisões.

Combater o mito da neutralização política para não levar pela raiz a exigência de imparcialidade é tarefa difícil, se tomada pelo prisma sistemático, já que o próprio ordenamento constitucional prevê premissas de influência entre os poderes que não guardam coerência com os fins da limitação recíproca entre eles – como a previsão da indicação dos integrantes dos Tribunais pelo chefe do poder executivo e a relatividade da autonomia econômico-financeira do Poder Judiciário, já que o orçamento é uma previsão, como se diz, é uma lei de meios e os titulares mores destes meios são os agentes políticos do Poder Executivo.

O Judiciário, é verdade, recebeu maior atenção do legislador constituinte há muito reclamada, muito embora o sistema político tenha conservado institutos

indesejáveis em nossa vida política como já referido - disciplina das medidas provisórias. Não obstante isto, a realidade sócio-política brasileira é aquela que funciona ainda pelos escândalos do dia, pelas maiorias de ocasião e pelo casuísmo em desfavor do bom direito legislativo ou jurisdicional.

Não raro o poder executivo se serve de gráficos e indicadores para insinuar que determinados direitos embora justos, não podem ser prestados ou atendidos, mercê do esfacelamento do estrutura financeira do Estado.

Têm-se constituído na vida brasileira, verdadeiramente, ataques frontais à soberania do poder, em cada momento de seu exercício. Diariamente se verifica que ministros de estado divisam argumentos contra decisões de desembargadores e ministros dos tribunais, quando não, as prenunciando favoravelmente aos interesses secundários da administração pública, num aberto jogo de poder político.

Imputa-se de antidemocrática a intenção de se impugnar atos do Poder Executivo, com presunção de que estes foram acolhidos por um manto de regularidade formal, ratificados, muita vez, pela própria Corte Suprema. Os agentes públicos, exacerbando a ordem jurídica e o razoável exercício de suas funções, de mão-própria, desafiam das decisões do Poder Judiciário. De longe, os agentes públicos introjetam a imprescindibilidade do atendimento aos princípios da administração pública, para quem são mera figura de retórica que atendem a um pressuposto formal do cargo ocupado.

Não se desconhece também que o próprio Executivo, ladeado pela inércia fiscalizatória inexplicada do parlamento, sucessivamente molda situação na realidade econômica do país insuscetíveis de darem vida prática aos comandos emanados do Poder Judiciário. E isto é ocorrente ao ponto de, de modo casuístico e acidental, o Poder Judiciário estar enfrentando um ritmo quase industrial para conseguir decidir os milhares de processos que chegam às varas e Tribunais do País, ao ponto de eles mesmos clamarem para que o Congresso Nacional aprove, com rapidez, uma “Reforma do Poder Judiciário”.

Não se identifica nela uma reforma estrutural, que conduza a maior independência, mas sim aquela que a par de resolver um problema reflexo (excesso de processos) de causa doméstica estatal (promiscuidade legislativa e abuso administrativo), vem como remédio de um problema que é aparente frente aos verdadeiros e que só atenua o estresse dos julgadores (momentaneamente) e não debela o problema da justiça.

O aumento da procura pelo Judiciário é atribuído, biunivocamente, em grande medida aos direitos conquistados pelos cidadãos com a Constituição Federal de 1988 e às ocorrências dos abusos do poder executivo, às vezes a pretexto de uma

pretensa crise de governabilidade, adjetivada, caso a caso, por um argumento coerente com o calor do momento.

Este fenômeno evidenciou o Judiciário. Atos do presidente da República e do Congresso Nacional passaram a ser questionados com mais frequência no Supremo Tribunal Federal (STF) e, ato contínuo, as decisões desfavoráveis ao governo concedidas pelo STF causaram crises entre os Poderes, ao que corresponde por parte do governo às insurreições às decisões da Corte e a suspeição levantada na grande imprensa sobre os atos dos ministros do judiciário.

A mais recente distensão havida entre os poderes concerne ao teto remuneratório que decorrentemente resultaria em aumento salarial em cadeia aos membros do Poder Judiciário, o que vem sendo meticulosamente acordado entre os Poderes, o que se opera sem a audiência translúcida da sociedade.

3.8. A passividade judiciária.

O juiz deve ser, antes de tudo, um cidadão muito bem sintonizado com a realidade sócio-política, portanto senhor da sensibilidade do mundo dos fatos e não um simples prisioneiro do manancial tecnocrático, de incontrastável saber dogmático.

O Dr. MÁRCIO PUGGINA brada: *“nada mais longe da neutralidade do que um juiz positivista”*. A moldura positivista, tomada pela raiz, conduz à possibilidade do emprego de conteúdo indeterminado, volátil, portanto, de livre escolha pelo juiz, sem o controle substancial dos motivos e fundamentos, já que estes se apresentam com as vestimentas da “vontade da lei” fria, insensível à riqueza dos fatos, ambiente fértil para acobertar leque extenso de interesses nada afeitos com o da função jurisdicional ou da parte juridicamente arrazoada.

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE adverte que *“Não se deve confundir imparcialidade com passividade do julgador durante o desenvolvimento do processo, principalmente quando se trata do exercício de poderes que a lei lhe confere de maneira inequívoca.”* A escassez de iniciativas probatórias oficiais, mesmo quando manifesta a sua conveniência, tem sido apontada como uma das causas do mau funcionamento do mecanismo judiciário. Para manter sua imparcialidade, basta que o magistrado se limite ao exame objetivo dos fatos, cuja reprodução nos autos se faz mediante as provas. Não importa quem as traga. Importa sim que o provimento jurisdicional não sofra influência de outros elementos”.¹⁰

10 - Poderes Instrutórios do Juiz. 2.ª ED. São Paulo: RT, 1994.

“De resto, o compromisso do juiz é com a lei e com a justiça. Deve ele ser independente e neutro com relação a interesses outros, pois no que se refere àqueles amparados pela lei, não há independência ou neutralidade possível.”

A iniciativa oficial a par dos poderes instrutórios do juiz, de amparo até jurídico-positivo, não contamina a atividade judicante com a pecha da imparcialidade, considerando o primado do livre convencimento racional da prova, o juiz, em nível razoável, deve debelar a dúvida em sua consciência em virtude do destemor em se aproximar da verdade real.

Ao suscitar por uma prova a ser produzida, a acuidade a ser observada perpassa pela informação necessária de sua produção bem como pela possibilidade de reação ante o ato processual, a dizer da inteireza, da validade e da regularidade da mesma, não havendo razão porque preconceber o resultado de uma prova, já que a mesma sofrerá uma purificação na sede do processo.

É melhor o juiz determinar por provas, garantindo a regularidade de sua produção, que deixar o processo carente de elementos que permitam julgamento justo. Ademais, o sistema de controle de legalidade dos atos do juiz permanece intacto seja no que respeite à atuação inafastável dos advogados das partes, seja ainda pela presença institucional do Ministério Público no que concerne aos feitos que versam direitos indisponíveis.

O que, em verdade, não é razoável admitir é a participação do juiz no processo, de forma mecânica, a reproduzir, de próprio punho, meramente, o impulso dos atos processuais para ultimar uma sentença, ou fugir dela, pondo fim ao processo. O juiz não está adstrito a se conformar com as fontes de provas movimentadas pelas partes; dispõe de certa dosagem inquisitorial que é fruto da onda de cientificismo por que passou o direito processual.

O juiz situa-se entre as partes e, acima delas, debruçando-se sobre os meios de prova, faz um balanceamento; se as provas de uma parte são maciças não há motivo por que demandar dilação probatória, apostando nas provas da outra parte; mas, se as provas do autor se anulam com as do réu, após valoradas ao livre convencimento racional, estaremos diante da necessidade de requisição de provas pelo magistrado, sem qualquer ofensa ao princípio da imparcialidade.

Ainda percuciente ressalva é trazida por BEDAQUE, ao apontar a irrelevância das regras de distribuição do ônus da prova, concluindo que a perquirição do mérito da norma processual sobre distribuição do ônus da prova será exercida no juízo da sentença e não na instrução; nesta, o que há de fazer o magistrado é resguar-

dar o objeto do processo, de modo a estancar o estado de dúvida em sua consciência, aproximando-se racionalmente da verdade real.

Em vista disto, não desafia a imparcialidade o juiz que determina a produção de prova sobre a qual caiba a parte e em face da qual seja acalentadora a sua produção, força do estado de dúvida em que está inserido o juiz. Para quem pende razão não há interesse suficiente de atacar a diligência do juiz em espancar a própria dúvida, no exercício de seu mister público, visto que só mais legitimidade enseja o provimento à parte arrazoada – naturalmente não estamos aqui considerando o elemento patológico da morosidade do judiciário, a qual estaria fomentada pela produção de mais uma prova (ou das suficientes) mesmo porque a esta mazela não se faz correspondência à imparcialidade, ao menos em linha direta.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, dos que mais se ativeram ao tema, refuta os argumentos que inadmitem a ocorrência da imparcialidade em ambiente de exercício dos poderes instrutórios do juiz, elencando que, na determinação da prova, o juiz não sabe de seu resultado, com certeza; se é verdade que a iniciativa oficial quanto às provas ofende a imparcialidade, não seria justificável a previsão legal da mesma em vários momentos do nosso direito processual; na mesma linha de raciocínio se admitiria a inexistência de imparcialidade no processo penal, já que ali há campo fertilíssimo desta determinação oficial; o risco da parcialidade do juiz está presente na requisição oficial do mesmo modo que está na condução da instrução em si, ou seja é antevisto pelo sistema e contra o mesmo há anteparos igualmente idôneos como a responsabilidade do juiz e os mecanismos processuais de mudança de competência ante a suspeição e o impedimento do juiz.

Os mecanismos de controle, típicos do direito fundamental à tutela efetiva, são afeitos às próprias garantias da tutela como o contraditório e a fundamentação das decisões, aí se insurge a parte por força do exame lógico da coerência entre a decisão e sua inspiração jurídica.

Neste particular, vem a doutrina repelindo os chavões e as fórmulas prontas que só reproduzem os textos legais; o que não basta; o juiz, ao decidir algo, deve alinhar a previsibilidade dos pressupostos jurídicos à ocorrência fática daquela previsão, sob pena da pecha de nulidade, suscitada pelas garantias do processo.

O ativismo judicial recomenda que o juiz, partícipe e, condutor do processo, promova dentro dele o restabelecimento do equilíbrio da relação no nível da demanda e da contrademanda, levando em conta a situação jurídica subjetiva das partes a teor das próprias desigualdades sociais que o Estado visa debelar, de sorte a não dar força

peremptória às formas do processo em desprestígio do ver-se aproximado da verdade real quanto à lesão ou ameaça ao direito subjetivo.

A dizer sobre os contemporâneos mecanismos, conduzidos pela onda de efetividade da tutela jurisdicional, de entrega da prestação de justiça, não há por que desmerecer o juízo de verossimilhança como ativismo judicial em atenção àquele direito fundamental. Por seu turno, também não há se falar em parcialidade já que o juízo de verossimilhança não conduz certeza e está salvaguardado pela reversibilidade da medida.

Hoje, com a dinâmica das relações sociais, o postulado da verdade real, embora haja franco elenco de meios para sua consecução pelo processo, adquire um teor utilitário diante da exaustão da máquina judiciária, de sorte que, muita vez, não se submete o provimento de mérito à demora, mesmo fisiológica, ordinária do processo, mas à antecipação da entrega da prestação jurisdicional por meio de juízo de verossimilhança, sem, com isto se preterir direitos das partes, força dos próprios mecanismos jurídico-positivos do instituto, do poder geral de cautela e da responsabilidade referente à cooperação intersubjetiva do processo (lealdade processual).

A este respeito, CÂNDIDO DINAMARCO preleciona, *“O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção destes nas categorias adequadas. No processo de conhecimento, ao julgar, o juiz há de contentar-se com a probabilidade, renunciando à certeza, porque o contrário inviabilizaria os julgamentos. A obsessão pela certeza constitui fator de injustiça, sendo tão injusto julgar contra o autor por falta dela, quanto julgar contra o réu.”*

Sintoma de que o mecanismo de antecipação de tutela é fruto de grande acuidade jurídica, embora, em parte, resultado da insatisfatória aplicação do juízo cautelar em nossa ordem jurídica, é que a sua aplicação efetiva pelos juízes redundou em reações nomeadamente casuísticas por parte dos agentes públicos, tais quais aquelas que saboreiam a impunidade dos governos ante o abuso de poder e a agressão sistemática dos direitos individuais e coletivos, bem como o acesso ao Judiciário.

No magistério de LAÉRCIO ALEXANDRE BECKER, *“É preciso dizer então que, sendo mito, não há que se falar mais em busca da verdade. Logo, abre-se a possibilidade das tutelas de urgência, com base em verossimilhança e probabilidade. Isso não deve significar, no entanto, que se deve manter o princípio dispositivo em matéria probatória. Só é preciso dizer*

que a possibilidade de medidas instrutórias “ex officio” não têm mais por fundamento a busca da verdade, mas sim um maior grau de verossimilhança na decisão. ”

3.9. A imparcialidade e a neutralidade como mitos.

Em lúcida monografia sobre o tema, BECKER apregoa:

“ Como foi dito no início deste capítulo, há algumas conclusões possíveis, embora de aceitabilidade restrita às tendências críticas dentro da processualística. Eis algumas delas: 1) nenhum processualista pode defender, em sã consciência, a parcialidade do juiz; 2) a passividade judicial não é garantia de imparcialidade; 3) o legalismo não é garantia de imparcialidade; 4) a indiferença política diante do conflito não é garantia de imparcialidade. Então, trata-se de um mito? Se a imparcialidade for pensada somente em termos de passividade, legalismo, indiferença e inércia, é um mito.

Para a desmitização da imparcialidade, é preciso: 1) romper com a idéia de que imparcialidade se consegue através desses atributos negativos elencados supra; 2) romper com a idéia de que a neutralidade do juiz é condição “sine qua non” da imparcialidade, senão seria impossível o juiz imparcial, da mesma forma que não existe o juiz neutro; 3) pensar numa forma de efetivar a independência do juiz frente ao governante que o nomeia (em especial nas instâncias superiores), eliminando a odiosa figura do juiz comprometido politicamente com o poder político de plantão; 3) enfrentar o tabu da politização do juiz, de modo que, se encarada em termos de pluralidade democrática, dentro do Judiciário, e responsabilidade judicial frente às causas e frente à sociedade, possa tornar-se não um problema, mas uma solução.

Extraída da mesma fonte, BECKER apresenta passagem de ZAFARONI, que ensaia: *“ as divergências de interpretações das normas jurídicas, quando causadas por diferenças ideológicas entre juízes, não constituem uma “patologia institucional”, mas obedecem “a uma certa coerência necessária e saudável entre a concepção do mundo de cada um e a sua concepção do direito (que é algo que ‘está no mundo’).”*

Ainda, esmiuçando a linha de pensamento ...

“Em oposição à imparcialidade garantida pelo pluralismo ideológico dentro da magistratura, a única coisa que se oferece como alternativa é a falsa imagem de um juiz ideologicamente asséptico, o que não passa de uma constru-

ção artificial, um produto da retórica ideológica, um homúnculo repelido pela sociedade. (...) Se a estrutura judiciária estiver muito deteriorada e já nem sequer tratar de produzir juízes assépticos no sentido burocrático, mas homens completamente submetidos aos desígnios do poder de plantão, com o conseqüente efeito corruptor, a 'asepsia' passa a ser a máscara ou o pretexto para os comportamentos mais inconfessáveis."

É drama recorrente do magistrado ter de compatibilizar o princípio dispositivo com os poderes instrutórios do juiz. Daí decorre a neutralidade processual, liberando o magistrado, após a instrução (e somente aí) para lançar o juízo de sentença, onde se sedia, inarredavelmente, a parcialidade do julgador.

Não é o juiz mero espectador da dinâmica processual; de outra forma, não deve o magistrado se desvencilhar de sua imparcialidade, não recebida com a noção mítica, mas restrita, resistida, ante a pluralidade e falibilidade humana.

4. CONCLUSÕES

Grande parte da expectativa que o jurisdicionado tem do Poder Judiciário tem estreita relação com o condicionamento ético no exercício desta função. Sob este manto é que se conduz o juiz imparcialmente, não obstante seja condição necessária é, porém, às vezes, insuficiente, dado que nem toda parcialidade é preordenada, é deliberada. 0

Da capacidade técnico-jurídica, da honestidade e do humanismo da maioria dos juízes há conhecimento, porém, da parcela que desatende a estes requisitos, somada à postura de passividade e legalismo - estas sim, mais ocorrentes - decorrem boa parte das queixas que se tem do Poder Judiciário.

A magistratura deve conservar-se independente e isenta da influência de outros agentes tanto no aspecto do objeto do seu mister – a prestação da jurisdição – como também no aspecto administrativo que, não raro, repercute danosamente no núcleo da atividade judicante.

O juiz deve ser, antes de tudo, um cidadão muito bem sintonizado com a realidade sócio-política; portanto, antes senhor da sensibilidade sobre o mundo dos fatos e da realidade sociológica, do que um prisioneiro do manancial tecnocrático, de incontrastável saber dogmático.

Deve o juiz atender sim à sua consciência, no confronto com a realidade social, decodificada pelos mais elevados princípios do direito e da justiça. Por esta preleção, é que o juiz deve ter sua vida minimamente relacionada com o modo de vida do homem médio, de sorte a conservar-lhe a sensibilidade humana dos problemas e conflitos sociais sob pena de, desatado à sua vontade, proferir julgamentos e processar os feitos com uma visão fracionada da realidade social, fidedigna à noção da realidade de quem vive no isolacionismo.

O juiz é recrutado dentro de normas técnicas e éticas para sim atuar o direito e a justiça fazendo dos juízos da sua consciência jurídica e humanística a própria voz da jurisdição e não se assinalando um subscritor de fórmulas pré-concebidas, ritualísticas e herméticas.

A imparcialidade deve figurar na pautar dos deveres maiores do juiz, deixando seus próprios interesses particulares em segundo plano, considerando a possibilidade mesma de submissão às próprias seduções do arcabouço administrativo da organização judiciária.

O julgador que se presta a curvar-se ao sabor dos interesses secundários do Estado, sem valorá-los em seus juízos, é parcial, visto que estes comumente se dissociam dos instrumentos de atuação dos interesses primários; são ilegítimos. Os valores em fricção no processo devem ser decodificados no nível de suas estimativas em face do espectro de valores sociais eleitos.

À guisa de atuação imparcial o que não se apresenta dedutível é que o juiz não se muna da riqueza dos elementos do caso concreto para seu labor e trace tão somente meras equações subsuntivas para a solução de conflitos postos ao seu exame. A compreensão exercida pelo juiz é norteadada pelo liame assinalado entre os juízos passados, que são juízos prévios dos juízos novos; logo, a atividade cognitiva do juiz rege-se por uma grandeza aberta que está sempre em formação e sobre o fato social que é mutante.

A imparcialidade não pode ser confundida com isolacionismo ou passividade do juiz. Juiz imparcial é aquele que dá vida à garantia do devido processo legal, sem se submeter a outras influências (incidentes ou não) no desempenho de seu mister.

A imparcialidade comumente procura ser atendida por manifestações formais e passivas dentro do processo, mas com fundamental desprestígio aos poderes instrutórios do juiz e ao poder geral de cautela. Tudo isto é diagnóstico de que não se introjetou ainda suficientemente em nossa ordem jurídica, certa dosagem inquisitorial (controlada pelas garantias constitucionais) mitigando-se o princípio dispositivo de forma

a desaguar, o provimento judicial, o quanto possível útil e, nesta medida, próximo da verdade real.

O juiz deve despojar-se das formalidades processuais, apegando-se à finalidade com vista a prestação da justiça e à entrega do bem da vida, do direito substancial – pois é o processo instrumento deste direito.

Uno e indivisível o Poder, o que pretende o sistema é harmonizar o exercício das funções estatais no nível dos interesses primários do Estado, a dizer, os interesses primordialmente eleitos pela Carta Política, verdadeiro prestígio ao princípio da soberania popular em desfavor à forma com que, não raro, sua pessoa política hipertrofiada se arvora na defesa dos desideratos do estrito mecanismo administrativo do Estado.

Os magistrados devem sim organizar-se politicamente, não unicamente para a defesa de interesses corporativos (só de modo reflexo) mas para discutir e influenciar a vida política do país, de sorte a garantirem a autonomia, independência e imparcialidade da titularidade da função jurisdicional e, por substância, a parcela do poder soberano desta função estatal.

Quanto mais próximo do ideal da justiça e da paz social estiver inserido o Poder Judiciário tanto mais seus julgadores serão intransigentes na defesa superlativa das instituições democráticas.

Na verdade constitui-se uma armadilha ideológica acreditar-se que à imparcialidade corresponde um posicionamento apolítico ou amorfo ideologicamente. Encontra-se doutrinamento científico até desonesto à guisa de atenção ao poderio econômico e político; e, neste diapasão, não raro encontram-se aqueles que prenunciam o extermínio da instituição processual, se admitida postura político-ideológica, permeando o escopo do processo.

Vê-se, pois, que não se há de associar a imparcialidade com os requisitos de passividade, legalismo ou neutralidade político-ideológica; estes não garantem aquela e se forem colocados em forçosa coincidência de rota com a imparcialidade, esta não passará de mero mito.

A excelência da atividade jurisdicional impõe que a parcialização exercida no juízo da sentença seja aquela que conduza à melhor expressão do valor de justiça – é fim mesmo da função se parcializar por quem tenha razão e não se parcializar no atendimento às pretensões daquele que malferiu a ordem jurídica. O juiz se desnuda ao caso concreto ao tornar pública a operação técnica que pressupõe pré-juízos humanos aplicando o direito, o que pode ser aquilatado (e controlado) no declinar da motivação e fundamento de suas decisões.

A iniciativa oficial, a par dos poderes instrutórios do juiz, de amparo até jurídico-positivo, não contamina a atividade judicante com a pecha da imparcialidade, tendo em vista o primado do livre convencimento racional da prova, o juiz, em nível razoável, deve debelar a dúvida em sua consciência em virtude do destemor em se aproximar da verdade real, útil ao resultado prático do processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Tutela antecipatória e juízos de verossimilhança*. In MARINONI, Luiz Guilherme (org.). *O Processo Civil Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994.
2. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*. In *Revista de Processo*, n° 37. São Paulo: RT, 1985.
3. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Juiz e a Prova*. In *Revista de Processo*, n° 35. São Paulo: RT, 1984.
4. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Os poderes do juiz*. In MARINONI, Luiz Guilherme (org.). *O Processo Civil Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994.
5. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.
6. BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil, 4.º Volume, Tomo III*. São Paulo: Saraiva, 1997.
7. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 2.ª ed. São Paulo: RT, 1994.
8. BEMFICA, Francisco Vani. *O Juiz. O Promotor. O Advogado*. 1.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
9. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
10. CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. V2. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
11. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

12. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Direito e os Direitos*. São Paulo: Acadêmica, 1988.
13. CRETELLA JÚNIOR, José. *Dicionário de Direito Administrativo*. São Paulo, José Bushastsky, 1972.
14. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 1.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
15. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 4^a ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
16. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência ?* In Revista USP, n° 21. São Paulo: USP, 1994.
17. GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direto*. São Paulo: RT, 1997.
18. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Anotações sobre institutos de direito processual constitucional no Brasil (Mandado de segurança e mandado de injunção)*. RPGE. Fortaleza, 6 (8), 90-108, 1989.
19. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos Fundamentais e realidade normativa*. RT – 713, 1995.
20. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Epistemologia jurídica e teoria processual do direito e da Constituição*. Fortaleza: Tese de Docência-livre em Filosofia do Direito (UFC), 1997.
21. HERKENHOFF, João Baptista. *O Direito dos Códigos e o Direito da Vida*. Porto Alegre: Fabris, 1993.
22. HERKENHOFF, João Baptista. *O Direito Processual e o Resgate do Humanismo*. Thex Editora: Rio de Janeiro, 1997.
23. JÚNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. Coleção Estudos de direito de processo – Enrico Tullio Liebman. Vol. 21. 2.^a ed. Rio de Janeiro: RT, 1995.
24. MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*. Porto Alegre: Fabris, 1994.
25. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1993.
26. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
27. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional Vol IV*. Coimbra: Coimbra Ed., 1988.

28. MIRANDA, Vicente. *Poderes do Juiz no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.
29. NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: RT, 1995.
30. PUGGINA, Márcio Oliveira. *Deontologia, magistratura e alienação*. In *Ajuris*, n.º. 59. Porto Alegre: Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul, 1993.
31. REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.
32. ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1997
33. SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Programáticas*. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará, n.º 11. Fortaleza: IOCE, 1993.
34. SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1992
35. SILVA, Otacílio Paula. *Ética do magistrado à luz do Direito Comparado*. São Paulo: RT, 1994.
36. WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito, Vol I*. Porto Alegre: Fabris, 1994.
37. WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: RT, 1989.
38. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Poder Judiciário*. São Paulo: RT, 1995.

REFORMA PROCESSUAL E ACESSO À JUSTIÇA¹

CASSIO SCARPINELLA BUENO

Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professor concursado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professor Efetivo da School of Global Law-SBDP, Professor Titular do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Paulista; Vice-Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público; Advogado em São Paulo

O tema que vamos procurar desenvolver nestas breves linhas diz respeito às relações que nos parecem importantes e possíveis de ser feitas entre as modificações mais recentes da legislação processual civil – em especial aquelas decorrentes da Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, que alterou profundamente o processamento dos recursos especial e extraordinário – e o mandado de segurança, resvalando, inclusive, no mandado de segurança contra ato judicial, cuja utilização é diretamente proporcional à existência de ‘lacunas’ ou ‘imperfeições’ do sistema recursal (uso diretamente proporcional ao descompasso existente entre a efetividade das prescrições processuais e as necessidades sociais daí decorrentes). Enfoque este traçado do prisma da ambientação ‘reformista’ que tem tomado conta do Brasil nos últimos tempos como única solução para todos os nossos problemas sociais.

Há discursos ambíguos ou, até certo ponto, ambíguos, no cenário jurídico (e processual especificamente) da atualidade.

1 . Este texto tomou como base Palestra que proferimos aos 18.6.99 no IV Fórum Nacional de Processo Civil e Constituição, patrocinado pelo IBDC - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, sob a coordenação dos Professores Celso Bastos e Roberto Rosas. O painel que participamos, ao lado do Ministro Cesar Rocha e dos Ilustres Professores Clito Fornaciari Jr. e Edgard Silveira Bueno, foi o relativo à ‘Reforma processual e acesso à justiça’.

De um lado, os defensores das súmulas vinculantes; de outro seus francos opositores. De um lado, as radicais alterações do sistema processual delineado na Constituição de 1988, com alterações que variam desde a extinção pura e simples de uma das ‘justiças’ brasileiras até a implementação, entre nós, de um modelo de súmulas vinculantes. De um lado, o discurso quanto às necessidades (imediatas e urgentes) de mudança de pontos e mais pontos da legislação processual civil brasileira (necessidades sentidas e indicadas pelos três Poderes constituídos) e, de outro, o esquecimento puro e simples da legislação preexistente.

A ambigüidade a que aludimos não se refere à existência de oposição ideológica correlata a estas duas correntes. A ambigüidade que aqui nos (pre)ocupa é o descompasso entre os discursos a favor ou contra estas alterações e a vivência do direito, mormente no palco de suas realizações, que é o processo.

Com relação às súmulas vinculantes, por exemplo, as mais recentes modificações do sistema processual civil brasileiro as introduziram no corpo do Código de Processo Civil *sem qualquer preocupação em legitimar* seu procedimento do ponto de vista constitucional. Isto ao mesmo tempo em que a reforma constitucional para a adoção destas súmulas de maneira generalizada é debate que ocupa os mais calorosos encontros jurídicos e, invariavelmente, as manchetes de nossos jornais ao menos um vez por semana, sem ainda haver consenso a seu respeito.

Mais longe do que os diplomas de 1994 e de 1995, a Lei nº 9.756/98 deixou evidente a *opção* pelas diretrizes expedidas pelas súmulas dos tribunais superiores e, indo ainda mais longe, direcionou a sorte dos processos civis, em todo o território nacional, não só às súmulas dos Tribunais Superiores mas, também, à sua jurisprudência dominante. É o que já tivemos oportunidade de denominar de ‘jurisprudência vinculante de fato’. ‘De fato’, precisamente porque as diretrizes sumuladas são aplicadas diuturnamente – sua obrigatoriedade assumida, portanto, para todos os fins – independentemente de autorização constitucional para tal finalidade ou de qualquer discurso que *legitime* seu uso nestas condições; independentemente, muita vez, de se saber quando, como e por que aquela súmula foi editada; sem se questionar, em uma sentença, se aquela súmula efetivamente aplica-se à nova hipótese em julgamento e em que medida.

Assim, à guisa de exemplo: os arts. 120, parágrafo único (“Havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de competência, cabendo agravo, no prazo de cinco dias, contados da intimação da decisão às partes, para o órgão recursal competente”); 481, parágrafo único (“Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão

especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”); 544, § 3º (“Poderá o relator, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial; poderá, ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial”); 544, § 4º (aplicabilidade do disposto no § 3º do art. 544 para os agravos de instrumento contra despachos denegatórios de recursos extraordinários); 557, *caput*, e § 1º-A (“O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” e “Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”, respectivamente).

Estas alterações legislativas arrancaram de Barbosa Moreira comentário lapidar que merece ser referido expressamente. São as palavras do notável jurista e processualista carioca: “Vamos aqui limitar-nos a uma reflexão irônica. Quanta tinta se tem gasto (a imagem, reconhecemos, é obsoleta na era da informática, em que ninguém mais usa tinta para escrever ...) no debate entre os partidários e os adversários da reforma constitucional destinada a atribuir eficácia vinculante a proposições inspiradoras de precedentes nos mais altos tribunais do país! Pois bem, sem precisão de emenda, a vinculação, para fins práticos, foi-se insinuando, pé ante pé, sorratamente, como quem não quer nada, e não apenas em benefício de teses ‘sumuladas’, senão até das simplesmente bafejadas pela preferência da maioria dos acórdãos. Emenda constitucional para estabelecer que as Súmulas, sob certas condições, passarão a vincular os outros órgãos judiciais? Ora, mas se já vamos além e ao custo – muito mais baixo – de meras leis ordinárias (será que somente na acepção técnica da palavra?). O mingau está sendo comido pelas beiradas, e é duvidoso que a projetada emenda constitucional ainda encontre no prazo o bastante para satisfazer seu apetite” (“Inovações da lei 9.756/98 em matéria de recursos civis” publicado em *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo : RT, 1999, p. 329).

Que é, entretanto, jurisprudência dominante *não* sumulada? Qual o critério de segurança jurídica e de previsibilidade que existe na *vagueza* e na *indeterminação* deste conceito? Aqui, a nosso ver, a ambigüidade do discurso e da vivência do processo civil é transparente.

Preocupa-nos neste contexto, ainda, o fato de que muitas das súmulas empregadas ou dispostas a ser empregadas como diretrizes da sorte dos nossos processos civis são fruto de completa e total falta de discussão prévia, na comunidade jurídica; mais do que isto, se debates houve, aconteceram há muito tempo, há mais de três décadas, para ser mais exato, quando a maior parte da legislação processual civil brasileira hoje vigente – a começar pelo seu corpo básico, o Código de Processo Civil, de 1973 – ainda sequer existia.

E as súmulas são aplicadas como verdades imutáveis, mais duradouras e mais verdadeiras que a própria lei, que tanto tem se alterado nestes últimos tempos. O processo civil é exemplo destas alterações também (inclusive a partir da edição de medidas provisórias).

Ilustremos o que acabamos de afirmar com um exemplo razoavelmente recente e fundamental, pela importância do instituto, para a configuração de um Estado Democrático de Direito: o mandado de segurança.

Todos conhecemos a Súmula nº 512 do Supremo Tribunal Federal, pela qual não cabem honorários de advogado em mandado de segurança. Todos conhecemos o posicionamento adotado pelo Exmo. Sr. Ministro César Rocha a respeito desta súmula, no sentido de que a mesma não podia sobreviver sob múltiplo enfoque, no mínimo porque a concepção do conceito de sucumbência para o processo civil (e mandado de segurança é ação civil) alterou-se por completo com o advento do Código de 1973, em especial seu art. 20 (Recurso Especial nº 17.124-0/RS em *RSTJ* 52/361 e 45/276). O tema, que ocupou boa parte dos periódicos da época, foi ‘sufocado’ brevemente pelo Superior Tribunal de Justiça, que editou a Súmula nº 105, com idêntico sentido à de nº 512, do Supremo Tribunal Federal.

Nosso intuito, aqui, não é criticar ou defender a introdução das súmulas vinculantes no cenário jurídico brasileiro. Tampouco é sustentar, em específico, o cabimento, ou não, de honorários de advogado em mandado de segurança. É uma questão menos importante do que o contexto ou o ambiente em que estas *opções* estão introduzidas e são seguidas.

O que efetivamente nos preocupa e motiva nossa reflexão momentânea é que estas *opções* são tomadas sem o necessário *contraditório* ou sem a necessária *participação* que se *impõe* ao exercício de um Estado Democrático de Direito. Sem *legitimação*, portanto.

Tem-se propagado a respeito de alteração da sistemática das liminares em mandado de segurança e de ações cautelares ou com pedidos de antecipação de tutela propostas contra o Poder Público, para que a decisão liminar jurisdicional não

seja empecilho à arrecadação de impostos. Com estas modificações que, ao que tudo indica, serão introduzidas no Código Tributário Nacional (atual art. 151, II e IV) todas as esferas federativas tenderão a ser ‘beneficiadas’ com as alterações anunciadas.

Uma vez mais, não pretendemos sustentar a correção ou o equívoco desta *opção* governamental. O que nos parece relevante indicar, ao revés, é que o Judiciário, constitucionalmente competente para contrastar *todos* os atos governamentais (v. a amplitude do inc. XXXV do art. 5º da CF) não tem culpa, enquanto instituição, de leis e atos normativos que fundamentam a arrecadação de tributos, serem expedidos, cotidianamente, em confronto com as *garantias constitucionalmente* asseguradas ao cidadão.

Mais do que isto, as ‘novas’ alterações pretendidas pelo Executivo Federal de há muito fazem parte do cenário jurídico nacional, como verificamos na Leis nºs 4.348/64 (art. 1º, letra ‘b’); 4.862/65 (art. 51); 5.021/66; ampliadas e direcionadas para as ações cautelares; propostas contra o Poder Público pela Lei nº 8.437/92 e, mais recentemente, para a tutela antecipada contra o Poder Público pela Lei nº 9.494/97, cujo art. 1º foi *validado* pela liminar concedida na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4/DF, julgada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal.

A preocupação que está embutida nas considerações que acabamos de fazer é que não consta que estas medidas legislativas (entre nós existentes desde 1964) de discutível constitucionalidade (mormente se confrontadas com o inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988) tenham resolvido qualquer problema de arrecadação tributária desde sua edição mais que trintenária.

Aliás, será que o próprio Governo Federal lembra-se dessas leis? Será que os princípios decorrentes da Lei Complementar nº 95, de fevereiro de 1998, que impõem, para um novo texto legislativo, a identificação de textos similares preexistentes, têm orientado ao menos a atuação do Executivo Federal? Parece-nos que não. Trata-se de fruto de uma constatação – mera constatação – de nossa parte. Não pretendemos aqui tomar qualquer partido intrínseco quanto a medidas legislativas com tal conteúdo.²

Em se tratando de mandado de segurança, outra situação que também merece destaque, a nosso ver, é a que diz respeito à recorribilidade, por agravo de instrumento, das decisões interlocutórias neles proferidas, a relativa à liminar, que é, ninguém o

2. Considerando em vista a importância da questão escrevemos breves comentários a esta proposta de reforma intitulados “Liminar em mandado de segurança: uma nova variação velha”, que ainda aguardam publicação. Para uma visão da reforma constitucional do Poder Judiciário em que também figurou a hipótese da limitação temporal das liminares por cento e oitenta dias, v. o trabalho de Flávio Luiz Yarshell “A reforma do Judiciário e a vigência de medidas liminares” em Revista do Advogado nº 56, da Associação dos Advogados de São Paulo, setembro/99, pp. 44/49.

nega, muitas vezes a principal decisão a ser proferida naquela ação, responsável pela definição da própria utilidade do *writ* enquanto ação destinada à conservação da fruição *in natura* de direitos.

É antigo (e amplamente predominante sobretudo em sede jurisprudencial) o entendimento de que o mandado de segurança não comporta agravo de instrumento; quer porque é ação regulada por lei extravagante, afastada do sistema genérico do Código de Processo Civil (!); quer porque a única medida cabível quanto à concessão da liminar é sua suspensão *ex vi* do art. 4º da Lei nº 4.348/64 (e que fazer quando a liminar é negada?); quer porque a interposição do agravo de instrumento seria obstáculo à agilidade procedimental ínsita ao mandado de segurança.

Mesmo esta corrente, entretanto, não nega, em muitas situações, que casos entendidos como ‘teratológicos’ comportam reexame da decisão relativa à liminar por intermédio de *outro* mandado de segurança, impetrado contra o ato judicial respectivo.

A partir destas considerações, destacamos que, mesmo com a radical alteração do recurso de agravo de instrumento, pela Lei nº 9.139, de 30 de novembro de 1995, ainda sobrevive, em larga escala, o *mesmo* entendimento com os *mesmos* argumentos: não cabe qualquer recurso em mandado de segurança a não ser aqueles referidos nos arts. 8º e 12 da Lei nº 1.533/51. Esquece-se, com isto, de que esta *nova* lei transformou o agravo de instrumento em verdadeiro mandado de segurança contra ato judicial, desde a possibilidade casuística da suspensão dos efeitos da decisão impugnada (positiva ou negativamente) passando por seu rito procedimental, célere e expedito, até sua propositura perante o Tribunal competente.

Uma vez mais aqui – sem pretendermos criar polêmica específica quanto ao acerto ou desacerto deste entendimento – a lei nova, sua missão e seus objetivos foram e são desconsiderados em larga escala, frustrando expectativas legítimas que a alteração legislativa despertou em mais de um operador do direito.

Eis outra situação que entendemos pertinente para destaque, tendo presente também a já mencionada Lei nº 9.756/98: na contra-mão dos reclamos da doutrina e, mais do que isto, da *ciência processual*, esta lei, ao vedar o acesso aos Tribunais Superiores de imediato, mitigando o princípio da recorribilidade em separado das interlocutórias, fundamental no processo civil brasileiro, generalizou todos os casos passíveis de agravo de instrumento e proibiu as decisões dos Tribunais Estaduais e Regionais aí tomadas de ascenderem ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal antes da proferição da ‘decisão final’ (CPC, art. 542, § 3). O que é esta ‘decisão final’ é questão que comporta exame em outra sede que não aqui; mas, frisamos, não tem recebido solução unânime por parte dos autores.

Na generalização da criação desta ‘figura’ dos recursos, extraordinário e especial, retidos, olvidou-se o legislador de que nem todo o agravo de instrumento é, por definição, protelatório e, mais do que isto, que nem todo o agravo de instrumento é passível de aguardar o proferimento da ‘decisão final’ (seja ela qual for) sob pena de restar *prejudicado* (a expressão é técnica) e, com isto, *prejudicar* todo o processo e, conseqüentemente, a prestação jurisdicional (a expressão não é técnica).

Os exemplos são vários, mas conformamo-nos com apenas dois: na fixação dos pontos controvertidos a que se refere o art. 331, § 2º, do Código de Processo Civil e na conseqüente determinação da produção probatória, visando ao julgamento da causa, o Magistrado decide dispensar a oitiva de testemunhas para comprovar a existência de conversas telefônicas que atestariam o vício de consentimento que fundamenta uma determinada ação.

Contra esta decisão é interposto agravo de instrumento, alegando-se contrariedade ao inc. XII do art. 5º, da Constituição Federal. Com o julgamento do agravo, qualquer que seja seu conteúdo, caberá recurso extraordinário *retido* nos autos, no aguardo do proferimento da decisão final. Sendo o ponto nodal do julgamento do mérito da ação, a dispensa da prova testemunhal diante das conversas telefônicas ‘grampeadas’ influenciará, sem qualquer sombra de dúvida, o conteúdo da sentença. Se se entender legítima a dispensa, a sentença será válida. Caso contrário, não. Desta forma, o ‘sobrestamento’ da análise do caso pelo Supremo Tribunal Federal, guardião máximo da Constituição, é medida que pode ser capaz de anular todo o processado. O exemplo é válido para o Superior Tribunal de Justiça e recurso especial diante da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que regulamentou aquele dispositivo constitucional, ao menos em algumas situações.

E todas as decisões liminares proferidas no cotidiano forense? Estão elas, hoje, na *letra da lei processual* (CPC, art. 542, § 3º) fora da jurisdição dos Tribunais Superiores porque é tardia a prestação jurisdicional, se prestada apenas e tão somente quando do proferimento da ‘decisão final’. Até porque, sendo possível aguardar o desfecho final da causa, a hipótese *não* reclama qualquer espécie de tutela de urgência, sendo exigível, reversamente, a cassação imediata de eventual liminar proferida nestas condições à mingua de um de seus pressupostos condutores.

Onde a economia processual, onde o não-desperdício de tempo e de atuação jurisdicional? Onde a não-desilusão social com a negativa da prestação jurisdicional que nada mais é do que *instrumento* da tutela do direito material? Onde o atingimento das finalidades do processo?

Também aqui, não pretendemos sustentar o cabimento ou descabimento da

prescrição legislativa em específico ou sua interpretação *não literal*. O que procuramos salientar é que a generalização adotada pelo legislador é irreal na medida em que afasta do Magistrado, ao menos do ponto de vista da lei, a possibilidade de medir e balancear os reais interesses em jogo, discernindo e separando as postulações recursais procrastinatórias daquelas que, efetivamente, reclamam exame final imediato para a estabilização do próprio processo em que formuladas. Esqueceu-se o legislador processual mais recente de que o Código de Processo Civil dispõe de amplos mecanismos de combate à protelação processual. Artigos e dispositivos, é verdade, esquecidos no emaranhado das reformas mais recentes. Mas não foram, ao que nos consta, revogados (ainda) pelo desuso.

Problema seriíssimo este que acabamos de ventilar; tanto que mais de um autor e mais de um personagem forense já idealizaram a propositura de ações cautelares aos Tribunais Superiores, requerendo o processamento *imediato* desses recursos. As cautelares, nesses casos, estão a desempenhar função nítida de colmatação de lacunas que, outrora, era exclusiva do mandado de segurança contra ato judicial.

O tempo e as decisões respectivas dessas medidas cautelares revelarão a distância efetiva entre os juízes e os fatos, entre os juízes e a sociedade, cuja pacificação é inegável missão do processo. Se o pressuposto inerente à instauração de qualquer processo é a desilusão quanto à aplicação das regras de direito material, a desilusão quanto à sua aplicação compulsória (finalidade do processo) representa desilusão dupla que afasta quaisquer pretensões ou quaisquer esperanças de funcionamento da própria máquina estatal.

Como bem acentuou o Ministro César Rocha, na ementa do acórdão em que declarava cabível a condenação em honorários de advogado, em sede de mandado de segurança, “Coisa essencialmente viva, o Direito ultrapassa os limites interpretativos que vão se tornando tradicionais para, atualizando o conteúdo da lei, buscar no domínio axiológico o seu sentido finalístico, mediante encadeamentos visualizadores do que seja justo e razoável. O ato de aplicar a lei ao caso concreto não se resume à subsunção à pragmática das sentenças judiciais anteriores mas que se tenham também como presente os ensinamentos relevantes da doutrina científica do direito, fonte subsidiária e elemento revalorizador de todos os julgados” (Recurso Especial nº 17.124-0/RS, em *RSTJ* 52/361 e 45/276).

Considerações sábias e profundas que nos convidam a uma reflexão em torno do atual significado das reformas pelas quais o processo civil e a Constituição vêm passando e, conseqüentemente, da própria forma do acesso à justiça, realizador e responsável que é dos valores do ordenamento jurídico.

POR UMA EPISTEMOLOGIA DA PESQUISA COMPARATIVA DO DANO MORAL *

MARIA FRANCISCA CARNEIRO

*Doutora em Direito, mestre em Educação,
advogada e bacharel em Filosofia; Professora do
Curso de Mestrado em Direito da Universidade
Federal do Paraná*

*Ao ilustre Magistrado e Professor Doutor Clayton Reis, agradeci-
mentos pelas pertinentes observações a este estudo e pela valiosa
oportunidade de interlocução acerca da matéria.*

1. RAZÕES DA EPISTEMOLOGIA COMPARATIVA SOBRE O DANO MORAL

Ao refletirmos sobre a natureza do dano moral deparamos com algumas peculiaridades, que constituem, por certo, características fundamentais dessa categoria de danos: extrapatrimonialidade, interdisciplinaridade e, paradoxalmente, a qualidade de ser antigo e novo ao mesmo tempo, na História do Direito.

* Comunicação apresentada no seminário sobre “A Liquidação do Dano Moral”, promovido pela Escola Superior da Magistratura do Ceará – ESMEC, sob a Coordenação do Professor Doutor Francisco de Assis Filgueira Mendes, na cidade de Fortaleza, em 18 de setembro de 1999.

Explica-se: se considerarmos que os primeiros avanços na reparação do dano moral no Direito Continental ocorreram na França, em 1958; e que, no Brasil, a sua admissão se dá com a promulgação da Constituição de 1988, temos que o dano moral indenizável é um fato recente na realidade jurídica mundial.

Se, por outro lado, entendermos que a moral é o fundamento primeiro do Direito, sua base, fonte e origem maior; e que as obrigações podem ser consideradas, conforme leciona o mestre Orlando GOMES¹, “a armadura e o substrato do Direito”, concluiremos que o dano moral é uma antiqüíssima matéria-prima subjacente do Direito, que só recentemente aflorou como objetiva.

Por tais razões, cabe indagar se a epistemologia do dano moral deve ser a tradicionalmente empregada no estudo dos institutos jurídicos² ou se, diferentemente, devemos buscar metodologias complementares a esta análise.

Neste contexto, destaca-se a proposta de Marc ANCEL³, segundo a qual: *i*) não há método único para o estudo do Direito; *ii*) há problemas epistemológicos na ciência jurídica; *iii*) a pesquisa comparada, no Direito, faz o papel das ciências experimentais na natureza, orientando a inteligência ao mesmo tempo, em duas direções, que são a **descrição** e a **análise** entre os dados, promovendo, assim, relações diferenciadas.

Vejamos então, neste breve estudo, que conclusões podemos obter acerca do dano moral, se cotejarmos alguns aspectos da evolução histórica da matéria, havida em diferentes espaços geográficos.

-
1. GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações** (cap. I, Sentido das Transformações), 2a ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 2.
 2. Veja-se para ilustrar:
 - MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Paris: Leviathan/PUF, 1996.
 - LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito** (trad. José Lamego). 2a ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
 - _____. **Storia del metodo nella scienza giuridica**. Milano: Giuffrè, 1966.
 - BOBBIO, Norberto. **Studi sulla teoria generale dei diritto**. Torino: Giappichelli, 1955.
 - _____. **Teoria do ordenamento jurídico** (apres. Tércio Sampaio de Ferraz Junior; trad. M. Celeste C. L. Santos). 6a ed., Brasília: Ed. UNB, 1995.
 - CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
 - HART, H.L.A. **O conceito de direito** (trad. A. Ribeiro Mendes). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1990.
 3. ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado** (trad. de Sérgio José Porto), Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1980.

2. ASPECTO DO DANO MORAL EM FRANÇA

Quando não se trata da substituição ou da reparação de uma coisa, nada é mais difícil que a avaliação de um prejuízo em vista de compensá-lo por uma indenização em dinheiro. A dificuldade confina a impossibilidade quando se trata de apreciar o prejuízo sofrido. Pode-se, com efeito, proceder a uma avaliação necessariamente arbitrária.

Para esta avaliação, vários métodos foram propostos: o cálculo matemático, a avaliação *in concreto* e, por fim, o cálculo “no ponto” (*point moyent*).

a) Cálculo matemático

O cálculo matemático é fundamentado na hipótese de que o prejuízo produzido pela incapacidade permanente da qual fica sofrendo a vítima de um acidente, é igual ao montante de seus ganhos profissionais anuais livres, multiplicados pela porcentagem da invalidez e o valor do *franco* de renda apreciado, segundo a idade da dita vítima, a partir de uma tabela da Caixa Nacional das Aposentadorias. Mas, observa LE ROY⁴, a experiência demonstrou que a hipótese sobre a qual repousa o cálculo matemático é inteiramente arbitrária. É assim, por exemplo, que a amputação de certos dedos da mão esquerda, que pode, em numerosas profissões não ter nenhuma influência apreciável sobre as atividades profissionais, pode, porém, em outras, ter conseqüências consideráveis sobre essas atividades (violinistas e relojoeiros, por exemplo). Igualmente, as conseqüências da surdez são extremamente diferentes segundo as profissões, e assim sucessivamente.

b) Avaliação *in concreto*

Pelas razões expostas, é preferível substituir o cálculo matemático por uma avaliação *in concreto*, que considera as circunstâncias particulares da causa. Essa avaliação pode ser facilitada pela nomeação de um “expert” para avaliar os recursos da vítima antes e após o evento danoso⁵.

Esta avaliação *in concreto*, que era a que enxergava mais de perto a realidade, não é desprovida de inconveniente. É preciso reconhecer que a avaliação *in concreto* que é a única justa em seu princípio; pode conduzir, na prática, ao arbítrio, por falta de elementos de comparação. Do mesmo modo, o cálculo matemático, que é falso em seu princípio, pode conduzir a erro, por dedução.

4. LE ROY, Max. *L'Évaluation du préjudice corporel*. Paris: Libraires Techniques, 1956.

5. Eram nomeados peritos contábeis, a fim de avaliar os rendimentos anuais da vítima, antes e após o acidente que causara a invalidez permanente. (N.A.)

c) Cálculo no Ponto

Para evitar que a avaliação *in concreto* conclua suas soluções por muito diferentes de uma jurisdição a outra, e para facilitar a uniformização da jurisprudência, é necessário estabelecer-se uma unidade de referência. Esta unidade será o ponto da incapacidade, quer dizer, a soma obtida dividindo-se a soma concedida na reparação do prejuízo resultante da incapacidade permanente, pela taxa dessa incapacidade. Este modo de cálculo é às vezes indireto e subsidiário. É indireto, porque permite calcular as indenizações prontamente a partir dos documentos cifrados da causa, mas, por via de referência de outros casos similares. É subsidiário, porque pode normalmente ser empregado na carência de elementos mais precisos.

2.1. “Pretium doloris”

A questão se coloca em saber se a vítima pode pedir a reparação do prejuízo; em outros termos: se pode ela reclamar um *pretium doloris*, ou prêmio ou preço de sua dor.

Adverte-nos LE ROY que as jurisdições judiciárias e administrativas tinham, sobre esse ponto, jurisprudências diferentes.

Para os tribunais administrativos, o sofrimento só é de natureza a dar direito à reparação, se “apresentar um caráter de gravidade excepcional”.

As jurisdições judiciárias não fazem, por outro lado, nenhuma distinção e concordam com um *pretium doloris* mesmo quando os sofrimentos forem leves.

Mas, indagar-se-ia, como avaliar a importância da dor?...

2.2. “Quantum doloris” (ou avaliação da gravidade da dor)

A dor, sintoma essencial funcional, não conhece procedimentos de medida e sua avaliação só pode ser baseada sobre os dizeres e as manifestações clínicas. Para estabelecê-la, diz LE ROY, dois elementos principais devem ser tomados em consideração:

- 1º) a intensidade da dor;
- 2º) a sua duração.

Mas outros fatores podem eventualmente modificar as cotações:

- 3º) idade;
- 4º) ocupação;
- 5º) o terreno psíquico.

Michel THIERRY⁶, chefe da Faculdade de Medicina de Paris, por volta de 1957, estimava que, seguindo sua intensidade decrescente, pode-se classificar as dores nos seguintes grupos:

Grupo IV - dor muito importante: suprime toda atividade social normal;

Grupo III - dor importante: dor inicial intensa, mas de curta duração (menos de 48 horas);

Grupo II - dor média ou moderada: que pela intensidade ou duração, participa da incapacidade e justifica o uso de analgésicos;

Grupo I - dor pouco importante: é um sintoma secundário, sem a necessidade de tratamento;

Grupo 0 - dor praticamente inexistente.

2.3 Fixação do “*pretium doloris*” (ou avaliação quantitativa).

Para LE ROY, a apreciação do *pretium doloris* pertence aos juizes, enquanto que a avaliação da importância da dor é de domínio dos especialistas.

Para a fixação do *pretium doloris*, não existe nenhuma tabela e deve-se mesmo considerar que, se existisse uma, os juizes não poderiam se referir a ela expressamente, entende LE ROY.

A avaliação dos juizes não deve, por isso, ser arbitrária e pode lhes ser útil conhecer, sobre este ponto, a jurisprudência estrangeira.

Como, em matéria de incapacidade permanente, infelizmente é difícil conhecer, a cada vez, as somas atribuídas aos lesados a título de *pretium doloris*, os tribunais atribuíam, na maioria das vezes, indenizações globais, com “todas as causas de prejuízo confundidas”.

3. ASPECTO DO DANO MORAL NA SUÍÇA

Uma interessante distinção elaborada pelo direito moral suíço é a que existe entre *dommage* e *tort* moral. Vamos apreciá-la, nesta seção, de acordo com Pierre TERCIER⁷.

6. Apud LE ROY, *op. cit.*, p. 44.

7. TERCIER, Pierre. **Contribution a l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse (le damage et le tort moral)**. Friburgo: Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1971.

Antes de vir a uma clara distinção entre as noções de *dommage* e *tort* moral, convém lembrar que é comum incorrer-se em certa confusão. Eis por que é útil lembrar quais eram os princípios aplicados nesta área pelo antigo Código das Obrigações suíço, a fim de melhor esclarecer os que regem o novo código.

a) O antigo código das obrigações

O antigo código suíço das obrigações não fazia claramente a distinção entre a ação por perdas e danos e a ação de reparação do prejuízo moral; parece mais que tenha parcialmente atribuído à segunda ação a função de completar a primeira, pensando poder atenuar, pelos recursos da equidade, o rigor dos princípios que regem o cálculo do dano e sua reparação. É assim que, o art. 54 do antigo código permitia ao juiz conceder indenização à vítima de lesões corporais e aos parentes de uma pessoa morta acidentalmente. No art. 54 permitia, dentre outros casos em que fosse gravemente atingida a situação pessoal, conceder uma indenização equitativa, “mesmo que nenhum dano material fosse estabelecido”.

A redação entre essas duas disposições devia fatalmente levar a uma certa confusão entre as noções de *dommage* e de *tort* moral.

Em relação a esta concepção, é que, pouco a pouco, desenvolveu-se a distinção entre *dommage* e *tort* moral, tal como a conhecemos hoje. Parece, em particular, que os redatores do novo código das obrigações tenham largamente se dado conta das críticas e das proposições expressas sobre o tema.

b) O novo código das obrigações

A nova redação do código das obrigações suprimiu, em parte, os equívocos que continham os art. 54 e 55 do antigo código. A faculdade concedida ao juiz de “determinar equitativamente” o dano não estabelecido está, a partir de agora, reservada pelo art. 42, II, sob a rubrica “fixação do dano”: o montante que pode o juiz fixar “em consideração ao curso ordinário das coisas”, concerne ao dano propriamente dito. Disso, resulta que as perdas e danos são atualmente destinados a indenizar a vítima não somente pelo dano do qual a existência e a extensão foram provadas à satisfação de direito, mas igualmente por aquele que não pode ser suficientemente estabelecido ou avaliado. Esta seria a conceituação de *tort* moral, que pode, desde então, ser definido em si mesmo e, em certa medida, pela oposição a *dommage*.

Essa distinção que convém fazer-se entre *dommage* e *tort* moral, resulta mesmo do texto da lei. Sem querer adentrar-nos em detalhes, podemos observar que o legislador consagrou, na maioria das vezes, a cada uma das formas de prejuízos

descritos nos artigos, no mínimo alíneas diferentes. O único fato que tenha estimado dever criar duas ações distintas, basta para demonstrar que entendia fazer uma diferença entre *dommage* e *tort* moral.

c) Critérios de distinção

Compondo as características principais do *dommage* com as do *tort* moral, TERCIER⁸ faz por ressaltar as diferenças que existem entre ambos os tipos.

Dommage é o prejuízo moral que resulta de uma agressão aos bens patrimoniais da vítima. Ora, a noção de patrimônio definida por TERCIER é a de valores que podem ser expressos por números, mais precisamente, por um múltiplo da unidade monetária. Essa constatação permite extrair duas conseqüências:

1ª) Teoricamente, será sempre possível avaliar, de uma maneira precisa, a extensão do dano, mesmo que praticamente a ignorância de certos elementos nos impeça, às vezes, de fazê-lo;

2ª) Teoricamente, será sempre possível reparar o dano de uma maneira adequada, já que é possível fornecer a soma de dinheiro necessária para preencher a diminuição do patrimônio.

Tort moral, por seu turno, é o prejuízo que resulta de uma agressão à pessoa da vítima. Ora, os bens pessoais se caracterizam, em particular, pela ausência de todo o conteúdo patrimonial, o que nos permite haurir duas conseqüências:

1ª) É absolutamente impossível apreciar, de maneira precisa, a extensão do *tort* moral, por cifras;

2ª) O pagamento de uma soma em dinheiro não pode, à primeira vista, ser considerado como o meio idôneo para superar a diminuição de um bem precisamente desprovida de todo o valor pecuniário.

Aproximando essas diferentes características, o autor estabelece três critérios de distinção: O primeiro concerne ao bem jurídico atingido; o segundo aos meios de avaliação e o terceiro, às possibilidades de reparação. Estes três critérios são na realidade complementares, visto que os dois últimos são somente uma expressão do primeiro.

Assim, desde o instante em que a agressão tenha uma incidência direta ou indireta sobre o patrimônio da vítima, encontramos-nos na presença de *dommage*. Se

8. *Idem, Ibidem.*

essa agressão repercute, ao contrário, exclusivamente sobre a personalidade da vítima, encontramos-nos na presença de um *tort* moral.

Quanto aos **meios de avaliação**, se é possível estimar, de maneira precisa, a importância do prejuízo sofrido, expresso por cifras, encontramos-nos na presença de um *dommage*. Se tal estimativa é, ao contrário, absolutamente impossível, encontramos-nos na presença de um *tort* moral.

Quanto às **possibilidades de reparação**, se o pagamento de uma soma em dinheiro pode ser considerado como o meio apropriado para a reparação do prejuízo sofrido pela vítima, encontramos-nos na presença de um *dommage*; um aumento do patrimônio é, de fato, próprio para suprimir os efeitos de uma igual diminuição do mesmo patrimônio. Se não existe, ao contrário, meio algum adequado para reparar esse prejuízo e se o pagamento de uma soma em dinheiro só aparece como um *pis-aller* (solução adotada na falta de uma melhor), encontramos-nos na presença de um *tort* moral.

4. ASPECTO DO DANO MORAL NA ITÁLIA

O tratamento do dano moral pelo direito italiano, no contexto da responsabilidade civil, atende aos pressupostos que concernem à perseguição à objetividade, paupabilidade e mensuração dos dados.

A evolução histórica do dano moral no direito italiano, já em 1892, com VITALI⁹, dirigia todas as atenções do processo em direção à liquidação específica do dano. Essa inteligência amplia-se e complexiza-se, conforme se pode ver em GENTILE¹⁰ e depois em BONVICINI¹¹, mas não é derogada e permanece até nossos dias, no que tange ao dano moral, como se pode observar das obras de, por exemplo, ROVELLI¹² e POGLIANI¹³.

9. VITALI, Vittore. **Del danno** (della region civile al resarcimento-dei criterii e modi per la liquidazione), 2. ed., Piacenza: Editrice Giacomo Favari, 1892.

10. GENTILE, Guido. **Problemi insoluti della valutazione del danno alla persona**. Milão: Estratto-Giuffrè, 1952 e **Tabelle di capitalizzazione per la liquidazione del danno alla persona**. Milão: Giuffrè, 1950.

11. BONVICINI, Eugenio. **Il danno a persona** (il danno risarcibile e il suo accertamento - prevácio de Guido GENTILE), Milão: Giuffrè, 1958.

12. ROVELLI, Roberto. **Risarcimento del danno alla persona**. Torino: [s.l.], 1963.

13. POGLIANI, Mario *et al.* **Il danno biologico, patrimoniale, morale**, 2. ed., Milão: Giuffrè, 1995.

Queremos destacar, todavia, neste estudo, a questão do **dano à vida de relação**.

O **dano à vida de relação** (**danno in rapporto alla vitta di relazione**) consiste em recente contribuição do direito italiano à responsabilidade civil, no campo dos danos pessoais. Este tema tem suscitado controvérsia na jurisprudência estrangeira e seu desenvolvimento teórico vem efetivamente acrescer os estudos sobre o dano à pessoa e seu ressarcimento.

É neste panorama que surge o **dano à vida de relação**, espécie a ser tratada, para a maioria dos juristas estrangeiros, no âmbito trabalhista. Essa sorte de dano não implica, de modo algum, a perda da capacidade laborativa do indivíduo, no sentido estrito da relação empregatícia ou da atividade que vincula capital e trabalho; mas consiste, isto sim, na redução em maior ou menor grau da capacidade humana de conviver e desenvolver atividades nos diversos segmentos que compõem a vida social.

Assim sendo, MONTENEGRO¹⁴ nos diz, *ipsis litteris*, que, para demarcar o seu campo de ação, partiu-se do pressuposto de que a vida de relação possui dois sentidos: a) a do tipo primitivo baseada sobre as relações do homem no atendimento de suas necessidades fundamentais: habitação, defesa própria e da família; b) a do tipo associativo, concernente às complexas relações do homem em suas atividades na sociedade moderna.

O tema **dano à vida de relação** faz referência a duas indagações básicas, a saber: a que nos faz pensar sobre o conceito de trabalho, *lato e stricto sensu*; e, como decorrência, o problema do que vem a ser necessariamente uma atividade remunerada.

5. ASPECTO DO DANO MORAL NO CHILE

Como em todo o mundo, a tendência progressiva do direito moral chileno é uma extensão e um aprofundamento da tutela jurídica à pessoa. No caso dos danos extrapatrimoniais, os estudos desenvolveram-se com maior pujança em torno do **contratualismo**, servindo este como ponto de partida para as demais formulações.

14. MONTENEGRO, Antonio Lindberg C. **Ressarcimento de danos pessoais e materiais**, 4. ed., Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 1992, p. 117-18.

É interessante observar, también, como a doutrina chilena busca, em sua linguagem, uma espécie de **concretude**, uma precisão exegética do que seja patrimonial, no sentido material, ou não. Por exemplo, no caso dos **lucros cessantes** e do **dano emergente** em sua possível cumulação com o **dano moral**¹⁵, que até recentemente não eram distinguidos pelo legislador:

“Nuestra legislación positiva no distingue entre los daños morales y daños patrimoniales (...). Se refiere únicamente al daño ‘inferido’ y a ‘la obligación de indemnizarlos. Esto, en el Art. 2314, que por su contenido amplio tiene cabida perfecta en las dos formas de responsabilidad, la extracontractual y la contractual. En el Art. 2329, del mismo título, armoniza con el recién citado. Por otra parte en lugar alguno ha dicho la ley que la indemnización del perjuicio patrimonial libera la satisfacción de los perjuicios morales. Tampoco puede pensarse que, en materia contractual, la división de los daños reparables en ‘daño emergente’ y ‘lucro cesante’ puede excluir la posibilidad de reparación amplia, pues esta división atiende a un ángulo de actualidad o futureidad del perjuicio en cuanto a su ocurrencia.”

Naturalmente, acompanhando a evolução que se dava em seus países coirmãos, a legislação chilena providenciou atualizações no âmbito da responsabilidade civil, que foram fomentadas primeiramente, no âmbito jurisprudencial, conforme anteviu Leslie Tomasello HART¹⁶, referindo-se aos danos morais contratuais:

“Al igual que en la doctrina nacional, se denota una evolución progresiva hacia la aceptación de la indemnización del daño moral en la responsabilidad contractual. En un primer período se rechaza esta indemnización, luego se acepta respecto del daño moral con consecuencias pecuniarias y, finalmente, del daño moral sin referirse a las consecuencias patrimoniales que el puede tener. Pero no se piense que nos encontramos ante un ciclo ya terminado; pero al contrario, el

15. FUEYO, Fernando Laneri. **Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones**, Tomo II, (El incumplimiento de las obligaciones) n° 266, Santiago do Chile: Universitária, 1958, p. 118-9.

16. HART, Leslie Tomasello. **El daño moral en la responsabilidad contractual**. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1969, p. 311.

criterio jurisprudencial se halla en una plena evolución, que, por lo dicho, parece orientarse, como ha ocurrido en otros países hacia una aceptación franca y amplia de la indemnización del daño moral contractual.”

Como se vê, a evolução da reparação do dano moral, no Chile, deu-se mais lentamente que em outros países da América do Sul, até porque, naquele país, a lei civil, conforme examinamos, continha particularidades que, de certo modo, dificultavam o avanço dos temas da responsabilidade.

6. ASPECTO DO DANO MORAL EM PORTUGAL

O direito português, nas considerações tecidas ao seu art. 496 do Código Civil, que trata do dano moral, apresenta algumas interpretações diferenciadas, interessantes para análise.

A primeira delas é a relação entre o dano moral e o patrimônio material, em que aquele é considerado insuscetível de avaliação pecuniária, conforme ilustra TELLES¹⁷:

“(São os danos morais) prejuízos que não atingem em si o patrimônio, não o fazendo diminuir, nem frustrando o seu acréscimo. O patrimônio não é afectado: nem passa a valer menos, nem deixa de valer mais.”

Por analogia, essa conceituação do direito português corresponde ao que, no direito brasileiro, convencionou-se chamar “dano moral puro”, no sentido de estar alijado de implicações na ordem material do patrimônio.

O direito português admite o dano moral às pessoas jurídicas desde que, em determinadas configurações, como aponta SERRA¹⁸, no caso de serem atingidas na sua reputação.

A posição do direito português é a que adota o caráter compensatório - e não punitivo - da indenização do dano moral, a exemplo do que fazem os projetos francês, italiano e brasileiro, do código de obrigações, observando que, por muito tempo, esses projetos só aceitavam a responsabilidade civil moral, conexa com a responsabilidade criminal.

17. TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das obrigações**, 2. ed., [s.l.], p. 366.

18. SERRA, Adriano Vaz. **Reparação do dano não patrimonial**, in BMJ nº 83, Lisboa, fevereiro de 1959, p. 69 e segs.

Prevalece, também no direito português, a tese favorável à reparabilidade do dano moral. Neste sentido LUCENA¹⁹:

“Imoral seria, isso sim, considerar somente os interesses materiais como merecedores de tutela jurídica e deixar indemnizar toda lesão de interesses espirituais.”

O aspecto do direito moral português que, ao nosso ver, mais causa espécie pela forma peculiar com que se apresenta, é que, diferentemente da grande predominância ocidental, entende o direito lusitano que **a fixação do montante da indenização do dano moral não se deve dar pelo arbitramento (que é uma falácia arbitrária); mas sim pela equidade (que é da natureza da justiça).**

Ora; isso é deveras singular! Vejamos como a idéia é exposta por LUCENA²⁰:

“É falsa a afirmação de se ter necessariamente que recorrer ao arbítrio para fixar o ‘quantum’ da compensação a atribuir, bastando para tal, o recurso a juízos de equidade, que tenham em conta todas as circunstâncias do caso concreto e não esqueçam que o principal fim visado pela ‘compensação’ é o de proporcionar ao lesado meios para ‘distrair sua dor’”.

Desse modo, entende o autor que o problema não é insolúvel, afirmando que **o importante é não abstrair a questão do dano extrapatrimonial para além da esfera obrigacional; mas sim alargá-la dentro desse mesmo âmbito jurídico.** Aí reside a diferença fundamental do direito lusitano.

A lei civil portuguesa fixa o elenco de pessoas que considera terem legitimidade para pedir a indenização dos danos morais, para efeitos sucessórios. O cálculo do montante é casuístico e baseia-se em elementos atenuantes ou agravantes, culpa ou dolo.

Vale dizer: a base doutrinária subjacente é a clássica teoria da vontade, razão por que os casos objetivos de dano por risco, em que a culpa está ausente, tomam por base e princípio de equidade.

O que se depreende do direito moral português, muito mais como conjectura do que como conclusão, é que, muito embora enraizado no continente europeu, a voz portuguesa difere, em alguns traços, das “tabelas” e dos números do direito francês e

19. LUCENA, Delfim Maya de. **Danos não patrimoniais**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 17.

20. *Idem, Ibidem*, p. 8.

do italiano. Também escapa do binômio quantidade/qualidade, tão desenvolvido pelos juristas argentinos, muito embora todos estejamos impregnados pela mesma concepção de ciência.

7. ASPECTO DO DANO MORAL NA ARGENTINA

A Argentina, também herdeira das tradições do tronco do direito continental, desenvolve peculiaridades no refinamento de sua doutrina jurídica, que têm, de certo modo, balizado grande parte do direito latino-americano, bem como captado a atenção de outros interesses no mundo.

A Argentina, que se caracteriza culturalmente pela influência européia – marcadamente pelos colonizadores espanhóis e franceses – destaca-se intelectualmente não só pela assimilação desses caracteres, ao mesmo tempo que mantém o calor do temperamento latino, notadamente humanista.

Daí ter despontado, nos meios portenhos, uma nova subdivisão do direito, por eles denominada “derecho de daños” que consiste, em decorrência do avanço da responsabilidade civil, em apurada tutela dos direitos da pessoa, respaldada em sólidas construções doutrinárias e jurisprudenciais.

Pode-se considerar, em nossos dias, o Professor Alberto J. BUERES, como o maior nome em “derecho de daños”, ao caracterizar-lhe o espírito, falando-nos da rápida e eficaz evolução da reparação civil no mundo, acentuadamente na última década. As tradicionais teorias da vontade e da culpa, bem como o subsunção do nexos causal foram novamente trazidos à lupa deste final de século, e considerados em relação às teorias do risco e da seguridade e da solidariedade social, em nome do senso de justiça, conforme nos leciona BUERES²¹:

“No es admisible una dualidad de fundamento en la responsabilidad civil: ora culpa (pena); ora riesgo u otro factor objetivo (excepcional intervención de la justicia o de la equidad - justicia con alma, como decía Teisserie -). La culpa al no ser moral sino jurídica (o sea social) es un critério legal de imputación más, como cualquier otro, que sirve para referir el daño al autor - o responsable - por ser ello justo.”

21. BUERES, Alberto J. **Responsabilidad civil del escribano**. Buenos Aires: Hammurabi, 1979, p. 82.

Nesse contexto, encontram-se os fundamentos dos danos morais, cujas principais bases foram constituídas a partir do pensamento de BREBBIA²², hoje considerado um dos juristas clássicos do direito moral.

Fiel às tradições revolucionárias do espírito cordobês, adverte-nos BREBBIA²³ que

“constituye uno de los imperativos de la hora presente el tratar de salvaguardar los últimos reductos de libertad humana amenazados por el formidable y progresivo avance de los poderes estatales y por la creciente complejidad de las condiciones de existencia. (...) Tomando como base la destrucción del ser humano em su carácter de persona, o sea, de individualidad animada de voluntad y de conciencia, capaz de decidir por sí sola su destino, no puede organizarse ninguna sociedad humana sobre bases estables.”

Ao elaborar extensa classificação das inúmeras possibilidades em que se verificam as lesões morais, bem como de ampla pesquisa comparada e jurisprudencial pátria (anterior à reforma do Código Civil argentino, naturalmente), interessam-nos para este estudo, sobremaneira, as considerações de BREBBIA sobre a reparação e as dificuldades do tema, que soam como a voz mais característica a falar do direito moral, daqui da América do Sul, bem como de outros países de idioma castelhano.

Em primeiro lugar, toma-se como pressuposto, extraído da “Teoría Jurídica del Daño”, formulada por BREBBIA²⁴, a distinção **reparação natural** e **reparação por equivalência**²⁵. No primeiro caso, quando é possível retroagir o bem lesado exatamente ao estado anterior ao agravo, a reparação toma o nome de **natural**; caso contrário, tem-se a **reparação por equivalência**²⁶. Nesta última hipótese, sendo o direito positivado insuficiente para determinar por completo os efeitos perniciosos do ato ilícito, trata-se unicamente de atenuar, tanto quanto possível, as conseqüências do agravo.

22. BREBBIA, Roberto H. **El daño moral**, 2. ed., Cordoba: Orbir, 1967.

23. *Idem, ibidem*, “a manera de prologo”, p. 9.

24. *Idem, ibidem*, p. 221 e segs.

25. A distinção entre ambos os conceitos corresponderia, em nosso direito, à formulação trazida por **Pontes de Miranda**, ao tratar da **reparação** (N.A.)

26. Majoritariamente adotada, pela doutrina e jurisprudência brasileiras, é por nós chamada de “forma sucedânea de valor”, já que não restitui o bem lesado, mas providencia sua compensação, propiciando outras formas de bem-estar. (N.A.)

A **reparação por equivalência**, conforme BREBBIA²⁷, admite variantes em espécie ou *in natura*, especialmente em se tratando de danos puramente imateriais. No entanto, é bem de se ver que, muito embora exista doutrinariamente a possibilidade da reparação *in natura*, de fato existe a preponderância da reparação em dinheiro. Sobre isto o próprio BREBBIA é quem nos adverte, ao citar o preceituado no artigo 1083 do então Código Civil, *ipsis litteris*:

“Toda reparación del daño, sea material o moral, causado por un delito, debe resolverse en una indemnización pecuniária que fijara el juez, salvo el caso en que hubiere lugar a la restitución del objeto que hubiese hecho la materia del delito”.

O normal e corrente é, pois, a reparação do agravo mediante a fixação de uma indenização em favor da vítima; e a exceção é a reparação natural.

Ao explicitar a dificuldade da quantificação do descabo moral, para BREBBIA²⁸, a fixação do montante da indenização deve levar em conta dois aspectos distintos, a saber:

O primeiro, trata da **gravidade objetiva do dano**, o que significa avaliar a extensão e a profundidade da lesão, em seus aspectos concretos: tempo para a cura ou recuperação, intencionalidade do agente, meios empregados, seqüelas deixadas, implicações de ordem material etc.

O segundo aspecto é o que leva em consideração a **personalidade da vítima**, que se apresenta como extremamente relevante, já que os danos morais nascem da lesão sofrida ao composto psíquico-espiritual da vítima.

Sob a rubrica **personalidade da vítima**, há que se considerar as seguintes circunstâncias:

a) **a situação familiar e social da vítima**: as ligações familiares da vítima do dano, em maior ou menor grau, com os membros de um grupo biológico bem como a posição e a função exercidas nesse grupo devem ser consideradas na avaliação da responsabilidade. *A fortiori*, o conceito ou reputação social da vítima é fator de importância, especialmente nos casos de ataque à honra e à honestidade;

b) **a receptividade particular da vítima**: diz respeito a uma condição fisiológica específica do indivíduo, ou mesmo à estruturação psicológica da personalidade, que faz com que o sujeito seja mais ou menos vulnerável, mais ou menos susceptível, mais ou menos resistente a esta ou àquel’outra forma de dor;

27. *Idem, ibidem*, p. 222.

28. *Idem, ibidem*, p. 233 e segs.

c) **a gravidade da falta cometida**²⁹: deve repercutir sobre o montante da reparação unicamente na medida em que a mesma haja incidido sobre a gravidade e a extensão do dano. A gravidade da falta pode, ao mesmo tempo, determinar a dimensão e constituir a pauta para a estimativa do prejuízo;

d) **a personalidade do autor do ato ilícito**: assim como ocorre no direito penal, os antecedentes e um suposto grau de “periculosidade” do agente, bem como as características de sua índole, podem ter uma repercussão significativa na efetivação da monta da indenização devida à vítima do dano moral.

Ainda com BREBBIA³⁰, destacamos alguns princípios genéricos do direito a serem considerados na apreciação dos casos.

O primeiro deles é o de que, na fixação das quantias indenizatórias, evite-se a locupletação ilícita ou o enriquecimento sem causa. Na aquilatação do prejuízo sofrido pela vítima deve-se observar, como parâmetro, as posses do ofensor³¹.

Como decorrência do princípio geral da reparação, que se expressa pela idéia de que, uma vez constatado o dano, há que repará-lo, tem-se a chamada **reparação simbólica**, que ocorre quando a condenação impõe ao ofensor a paga de uma ínfima soma em dinheiro. Por analogia, a reparação simbólica do dano moral, em direito civil, estaria para o cumprimento da pena em liberdade, no direito criminal. René DEMOGUE³², já na década de 20, assinalava que essas espécies de reparação são mais aparentes do que reais.

Se, por um lado, vimos como o direito argentino espraia preocupações quantitativas, qualitativas e relacionais na avaliação dos direitos morais, desde as bases lançadas por BREBBIA³³ até as formulações contemporâneas de juristas como BUERES³⁴, quando nos fala da busca de uma “justiça com alma”, na tutela dos direitos da pessoa; temos, por outro lado, algumas vozes que preconizam a redução dos danos morais às formas quantitativas, calcadas no entendimento de que esta é a melhor maneira de objetivação dos danos.

29. Para o nosso entender, esse subitem faz o cruzamento do “código subjetivo” (personalidade da vítima) com o “código objetivo” da fala de BREBBIA (gravidade objetiva do dano) por coincidirem enormemente os seus termos (N.A.)

30. *Idem, ibidem*, p. 236 e segs.

31. Essa medida, consagrada em vários ordenamentos jurídicos, contém, ao nosso ver, elementos de **lógica relacional**, já que consistem na ampliação dos ângulos de concepção do dano moral, no caso, através do estabelecimento de relações entre os sujeitos do evento (N.A.)

32. DEMOGUE, René. **Traité des obligations en général**, Paris, [s.l.], 1994, *apud* BREBBIA, *op cit.*

33. BREBBIA, *op cit.*

34. BUERES, Alberto J. **Responsabilidad civil de los medicos**, Tomos I e II., Buenos Aires: Hammurabi, 1995.

Destaca-se, também, Gabriel Alejandro RUBIO³⁵:

“(…) la teoría del resarcimiento intenta una reparación integral del daño moral, observando al momento de la liquidación, la gravedad del menoscabo causado y las circunstancias del caso, desde la óptica de la víctima del daño. Esta posición dominante actualmente apoyada en el culto de la libre discrecionalidad judicial, se traduce en cifras carentes de uniformidad y en falta de parámetros de estimación de la cuantía del daño moral. La realidad nos muestra cotidianamente que la fijación del monto del daño moral es una tarea, generalmente, incomprensible para el cliente y sumamente difícil para el abogado y el juez. (...) Se suman a estas dificultades, la impredecibilidad e incoherencia de sentencias que resuelve casos cuasi-idénticos, que amparadas en la armadura de la facultad discrecional linderos peligrosamente con la arbitrariedad, fijan montos ostensiblemente desiguales, según el tribunal o la jurisdicción que se interponga la demanda (...). Em conclusión podemos afirmar que la gran asignatura pendiente en materia de daño moral es la cuantía o quantum. Elo se traduce en un actual desafío, (...) porque el derecho de daños pide a gritos critérios justos para la quantificación del daño moral en el ámbito del daño a las personas.”

Os autores partidários da acepção quantitativa do ressarcimento do dano moral adotam, precipuamente, tarifas indenizatórias fixas, as chamadas “tabelas”. Lembra-nos RUBIO³⁶, todavia, da existência de posições mais moderadas nessa façção, onde não se adotam quantias fixas, e sim padrões, nos quais há variações que permitem cálculos de médias possíveis³⁷.

Conclui RUBIO³⁸ que a justa medida para a quantificação do dano moral reside na combinação adequada do **fator flexível** (fundados no princípio da equidade,

35. RUBIO, Gabriel Alejandro. **Una asignatura pendiente: la cuantía del daño moral** in X Congreso Nacional de Jovenes Abogados, pela Comision Nacional de Jovenes Abogados. Mar del Plata, 20 e 21 de outubro de 1995.

36. *Idem, ibidem*.

37. Por analogia, veja-se o “cálculo no ponto”, *infra*, p. 136 de Max Le Roy, no direito francês (N.A.)

38. *Idem in* Revista **Jus Privatistas**, **Algunas consideraciones sobre la cuantía del daño moral**, [s.d.], p. 17-8.

que prioriza o valor “justiça” e que reside no arbítrio judicial). Com o **fator uniforme** (que consiste na confecção, por meios eletrônicos, de tábuas estatísticas que apurem o montante das liquidações por todos os tribunais, que, ao conter parâmetros indicativos, podem uniformizar e facilitar a tarefa dos juizes e advogados.

Uma interessante polêmica foi levantada por Ramon Daniel PIZARRO³⁹ quando, ao tratar dos principais critérios de valoração do dano moral, questiona conceitos tidos como assentes doutrinariamente. Assim, discorda de que o *quantum* indenizatório deva ser determinado atendendo à idéia de compensação por outras formas de bem-estar ou alegrias.

Para esse autor, o *quantum* indenizatório se mede sempre pelo próprio dano, em si mesmo, tomando-se em conta os parâmetros objetivos que o indiquem. Contrapor o “prazer compensatório” ao dano moral importa em confundir esses conceitos entre si, o que não pode ocorrer, de modo algum, em suas essências distintas.

Matilde Zavala de GONZALES⁴⁰ significa uma síntese, em vários aspectos, da discussão acerca do dano moral, quando resume em sua obra, as etapas já cumpridas e a que falta alcançar.

As etapas cumpridas são *a aquelas que* deve haver uma reparação e esta há de ser feita *o modo* há de ser mediante uma indenização pecuniária. O *quanto* é um aspecto deixado até o momento à prudente valoração jurisdicional, com o auxílio de algumas guias qualitativas.

Segundo essa autora, não se pode nem se deve pretender uma concepção matemática totalizadora da questão, o que, além de ser impossível, encarceraria a justiça de modo cego e inamovível. Entretanto, a fluidez e o arbítrio irrestritivos, que podem significar a liberdade para fazer justiça, podem igualmente conduzir ao naufrágio.

Uma das mais fortes tônicas do pensamento de GONZALES⁴¹ é apontar, de maneira equidistante, **a insuficiência das pautas qualitativas objetivas** (que adotam, via de regra, critérios que justapõem circunstâncias da causa, como a gravidade e a extensão do dano, a condição patrimonial das partes, a importância do bem lesionado,

39. PIZARRO, Ramon Daniel. **Valoración del daño moral** in revista *La Ley*. Tomo E, Buenos Aires, [s.l.], 1986, p. 829-834.

40. GONZALES, Matilde Zavala de. **Resarcimiento de daños. (Daños a las personas - Integridad Psicológica)**, Vol. 2.a, 2. ed., 1. reimpressão, Buenos Aires: Hammurabi, 1991, p. 505.

41. *Idem, ibidem*, p. 513 e segs.

a existência ou magnitude do dano patrimonial etc); assim como **a insuficiência das pautas qualitativas subjetivas** (caracterizadas pelos valores de um determinado tempo ou espaço geográfico, sexo e idade da vítima, sua personalidade e toda sorte de considerações casuísticas, sua atividade profissional e possíveis frustrações etc).

Para concluir, fala-nos que a solução do impasse pode se dar pela **regulação quantitativa**, que não é apenas necessária, mas possível.

Adverte-nos, entretanto, que **a regulação quantitativa** não é sinônimo de **indenização tarifária**, conforme explica:

“El dolor material no se tarifa ni se paga (...). Pues bien, ciertamente el daño moral no es ‘tarifiable’ (...), pero sí es ‘regulable’ el *quantum* resarcitorio, a fin de encarrilar (sin coartar ni aminorar) la justa reparación del perjuicio. No se trata (...) de automatizar y mecanizar la indemnización, desentendiéndose de la prueba del daño moral de su gravedad y de la averiguación en el caso particular de la correlativa entidad adecuada de la indemnización. Lo que se procura es alcanzar un objetivo justo dentro de una seguridad mínima. Por tal razón, la regulación normativa de la indemnización del daño moral no debe ser rígida, ceñida o restrictiva, sino conductora y flexible; no imperativa sino indicativa.”

A sugestão sobre a regulamentação quantitativa dos danos morais, apresentada por Matilde Zavala de GONZALEZ⁴², atém-se a descrever o modo como deve ser feita essa regulação, mas não indica, ainda, a construção concreta desse parâmetro, cuja principal característica é, em suma, uma grande elasticidade, de modo a permitir largas amplitudes e escalas para a valoração judicial.

Jorge Mosset ITURRASPE personaliza um entendimento ímpar sobre o dano moral, por conseguir enxergar seus liames, suas implicações e suas relações de uma ótica própria, caracterizada por peculiares humanismo e sociologismo. A esse modo de pensar, que é indissociável dos valores da cultura e das questões sociológicas, tem-se chamado de **qualitativo**. Na opinião de Matilde Zavala de GONZALEZ⁴³, as idéias postas por Mosset ITURRASPE⁴⁴ revestem-se de importância gnoseológica, como se vê:

42. *Idem, ibidem.*

43. GONZALES, Matilde Zavala de. *op cit.*

44. ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad por daños**. T. IV, Buenos Aires: Ediar, 1985, p. 196.

“El reconocimiento del daño moral y de su reparación tiene que ver con la conciencia media de un pueblo (...) el daño moral se infiere o deduce de situaciones determinadas que, para el hombre medio - en una comunidad y sem un tiempo - son productoras o causantes de sufrimiento. (Pero la) intensidad del justo dolor del hombre medio no deben conducir a dejar de lado la indagación acerca de la repercusión subjetiva en cada persona.”

ITURRASPE⁴⁵ formulou 10 regras para quantificar o dano moral. São elas:

1) **O dano é incomensurável:** A dor, as disfunções nos estados de ânimo, os ataques à personalidade e à vida de relação, as frustrações nos projetos de vida, assim como os danos estéticos, à harmonia do corpo, à intimidade, não podem ser traduzidos em dinheiro. Deve-se compreender, portanto, a impossibilidade de fórmulas matemáticas, da pretensão de estabelecer um número. É preciso compreender que é assim e que assim deve ser, para alcançarmos e sabermos manejar o que CARBONNIER chamou de “Direito Flexível”, esclarece ITURRASPE⁴⁶.

2) **Um piso flexível:** Não devemos incorrer no ceticismo, já que é impossível a homogeneidade entre o valor que se quer reparar e o valor em dinheiro. É preciso, portanto, estabelecer pisos flexíveis, sem cair na idéia da reparação simbólica, porque nossos povos não estão preparados e amadurecidos para tanto, em sua sensibilidade. É um problema de sociologia jurídica; cada juiz saberá qual é esse piso flexível.

3) **Um teto prudente:** Que a indenização não seja tão elevada, a ponto de ser extravagante e levar a uma situação de enriquecimento injusto, que nunca se gozou; nem tão baixa, por ser irrisória. Que haja piso, que haja teto, que haja razoabilidade.

4) **Dentro do contexto econômico do país:** A indenização deve ter em conta a conjuntura econômica nacional, a situação média da população, porque o Poder Judiciário não pode funcionar de modo alheio a essa realidade.

5) **Uma prova convincente, firme e clara:** Os juízes não estão para sentenciar conforme doutrinas cabíveis a quaisquer hipóteses; mas sim, para aplicar as doutrinas que servem aos casos, para cada um, unicamente. Para que um juiz outorgue uma indenização a título de dano moral, é preciso estar convencido de que

45. ITURRASPE, Jorge Mosset. **Daño moral** (cuantía del resarcimiento por daño moral), [s.l.], p. 31 e segs.

46. *Idem, ibidem.*

esse dano moral tenha existido. Esta parece, para ITURRASPE⁴⁷, uma regra de ouro, pela sua importância e comum aceitação.

6) **Capacidade morigeradora do juiz:** ao juiz cabe balancear as cifras, fixando-as de modo que tenham razoabilidade. É preciso socializar o dano e socializar a reparação, estendendo-os de modo que atendam às expectativas da coletividade; e não, burocratizá-los. Essa consciência deve presidir o uso de tábuas de cotização.

7) **Crítérios de equidade e as circunstâncias particulares:** Esta regra há que ser considerada, ainda que possa parecer “na contramão” do “avanço” da estandardização. Não se pode fazer justiça que não contenha a base da equidade, atendendo às circunstâncias particulares de cada caso.

8) **Necessidade de consenso:** Sem prejuízo da distinção entre os múltiplos danos, que recebem a denominação de danos morais, é necessário que, entre os juízes, mediante suas corporações, logre-se obter, em cada nação, uma *communis opinio*, ou um “ponto de cristalização”, conforme chamam alguns.

9) **Segurança e predizibilidade das decisões:** integra o conceito de cidadania a prática de segurança com justiça e a prestação da justiça segura. Do mesmo modo, destaca-se na escola axiológica de nossas sociedades a predizibilidade, que consiste, percentualmente, em uma margem de probabilidades de antecipação das decisões jurídicas.

10) **Coerência das decisões - Opiniões:** Independentemente das inspirações pessoais, os magistrados, reunidos em congressos científicos, fazem critérios, formam opiniões que vão se unificando, harmonizando-se e, por fim, cristalizam-se até que se atinja o ponto de ter “dolores iguales, reparaciones iguales, de lo contrario no hay justicia”⁴⁸.

Para finalizar, diz ITURRASPE⁴⁹:

“Que bueno sería que con imaginación, con fe, con confianza, sin vagos ni absurdos esceptismos, emprendiéramos estos caminos para un derecho mejor (...). Si el sendero está más firme, si las luces lo iluminan, lo empezaremos a transitar con más fe y optimismo”.

47. *Idem, ibidem.*

48. ITURRASPE, Jorge Mosset, *op cit*, p. 47.

49. *Idem, ibidem*, p. 48.

8. DANO MORAL E MODELOS CIENTÍFICOS

O dano moral, dotado sempre de carga emocional, não pode passar tangentemente à epistemologia apontada por Paul RICOEUR⁵⁰: **a explicação está na distinção entre cognição e emoção, que, tradicionalmente, foram objetos de diferentes discursos.** Isso vale, por analogia, ao direito (cognição) falando o dano moral (emoção, sofrimento):

“A primeira questão a considerar ocupa-se do estatuto cognitivo destes dois sentidos. Dentro da tradição do positivismo lógico, a distinção entre os sentidos explícito e implícito abordava-se como a distinção entre a linguagem cognitiva e emotiva. E uma boa parte da crítica literária influenciada pela tradição positivista transpunha a distinção entre a linguagem cognitiva e emotiva para o vocábulo de denotação e conotação. Para semelhante posição, apenas a denotação é cognitiva e, como tal, é de ordem semântica. Uma conotação é extra-semântica, porque consiste no entrelaçamento de evocações emotivas, que carecem de valor cognitivo.”

Então, **além do problema epistemológico que o direito enfrenta ao dizer o dano moral** - que se refere ao modelo objetivo de cientificidade - **aventa-se outra dificuldade, agora de ordem ôntica: a da distinção entre os estatutos lingüísticos dos sentidos da cognição e da emoção.**

Para confirmar a nossa tese em relação ao modelo científico da linguagem jurídica, como sendo de um racionalismo baconiano-cartesiano que prioriza as quantificações, MARÍAS⁵¹, em sua análise da fala de John LOCKE⁵² sobre a felicidade humana:

50. RICOEUR, Paul. **A teoria da metáfora**, in *Teoria da interpretação* (O discurso e o excesso de significação), Rio de Janeiro: Edições 70, 1976, p. 58.

51. MARÍAS, Julián. *op cit*, p. 161-2.

52. LOCKE, Jonh (1632-1704). **An essay concerning human understanding** (s.l.), onde diz: “*What it is moves desire? Happiness, and that alone (...). ‘Happiness’ and ‘misery’ are the names of two extremes (...). Happiness, in its full extent, is the utmost pleasure we are capable of, and misery the utmost pain (...) and the lowest degree of what can be called ‘happiness’ is so much ease from all pain, and so much present pleasure, as without wich anyone can be content*”. Máximos e mínimos: de novo o quantitativo. E, é claro, a identificação de felicidade e desgraça com prazer e dor. (N.A).

“O interessante é o elemento de quantificação. Já vimos aparecer a utilidade. Deve-se reconhecer em Bacon uma atitude favorável ao ativo, o desejo, o gozo, não a mera paz de espírito; porém quando se chega ao individual, torna-se inquietante e perigoso. Creio que aqui está a raiz de uma atitude que terá depois uma difusão extraordinária; não se trata ainda de utilitarismo, mas grande parte das convicções dominantes no século passado e no nosso são a colheita destas idéias de Francis Bacon.

Estas são as passagens decisivas, reduzidas a sua mínima expressão. **A mentalidade quantitativa domina inteiramente:** máximos e mínimos, graus que se podem compensar; um alto grau de prazer pode compensar um grau inferior de dor; ao contrário, um alto grau de dor não seria compensado por um grau modesto de prazer. E esta quantificação no pensamento inglês é dupla, tem dois sentidos: quanto ao prazer e a dor, que se medem; e por outra parte, quanto ao número das pessoas afetadas. Há uma clara ressonância da idéia de Bacon do amor difundido, generalizado, o amor a muitos ou a todos, que é a que tem valor, enquanto o amor restrito, concentrado sobre uma só pessoa singular, é perigoso e inquietante.

A conseqüência desta atitude é o utilitarismo, a identificação do bom com o útil. Ora, o útil é útil para algo, tem um caráter instrumental, como um meio.” (Negrito nosso).

Ora, o que temos visto nos métodos para avaliação do dano moral, pelo direito pátrio e comparado, reflete exatamente essa mentalidade: “quando entram em competição, também os graus de prazer e dor têm justamente preferência”⁵³.

Daí se conclui que **a avaliação a que o direito tem procedido acerca do dano moral é a sua medição, a sopesação dos graus de felicidade e sofrimento.**

Por conseguinte, um dos problemas constatado na análise do direito moral comparado é que os juristas, muitas vezes, procuram quantificar as avaliações qualitativas numa espécie de transmutação ontológica, sob pena de serem inócuas e despiciendas. Isto decorre do modelo científico de nosso tempo, presente na mentalidade jurídica, que nem sempre comporta a qualitativo-conceitual.

53. BACON, Francis, *apud* MARÍAS, Julián, *op cit*, p. 162.

9. CONCLUSÕES

Conforme vimos, o Direito Continental admite que seja feita a avaliação do dano moral por diversas maneiras: formas quantitativas e qualitativas, arbitramento, etc.

A matéria “dano moral” está em aberto no ordenamento jurídico pátrio, tendo como mais recentes disposições legais os artigos do Código Civil projetado em 1998, que assim rege a matéria:

“Art. 185 — Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ilícito.

Art. 943 — A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único — Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, o juiz poderá reduzir, equitativamente, a indenização.”

Da análise dos artigos de lei sobreditos, podemos inferir que os contornos da matéria tornam-se, pouco a pouco, mais nítidos, de modo a tornar explícitos os **critérios** que devem presidir a avaliação dos danos morais.

Assim, o art. 943 é informado por um critério de **equivalência** entre a indenização e a extensão do dano. Cabe observar que a **extensão** pressupõe uma **descrição** eficaz do dano, vale dizer, que se valha do emprego de uma linguagem suficientemente capaz de efetivamente dar conta de palmilhar a realidade à qual se refere.

Pode-se considerar, também, que o vocábulo “extensão” é de índole quantitativo-espacial, no sentido de sugerir a idéia mesmo de alcance em “domínios”, em “planos”. Não fosse assim, o legislador poderia ter empregado vocábulos como, por exemplo, “intensidade” ou “significação”, em vez de “extensão”.

No parágrafo único do artigo 943 observa-se o critério de **proporcionalidade** entre os elementos gravidade da culpa / dano / indenização, de modo a **equilibrar** as circunstâncias do fato, a fim de **dimensionar** o correspondente direito, com base em princípios de razoabilidade⁵⁴.

54. Cf. conclusão do Encontro dos Tribunais de Alçada, realizado em São Paulo, em agosto de 1997, *apud* Clayton Reis, *op cit*.

Certo é, todavia, que o legislador estabelece apenas **princípios** e **critérios**, deixando em aberto as **formas** de liquidação do dano moral. Seja qual for a metodologia adotada, estas devem adequar-se aos princípios e critérios fixados em lei.

Pacífico é também, entre os doutrinadores, o entendimento de que a avaliação do dano moral será sempre **casuística**, pois cada circunstância merece ser tratada em sua peculiaridade. Os princípios e critérios, por sua vez, cumprem o papel **generalista** na avaliação do dano moral.

Esse sistema, que comporta cláusulas gerais e cláusulas móveis, de modo possivelmente análogo ao desenvolvido por CANARIS⁵⁵, é uma tendência expressiva na pós-contemporaneidade jurídica, por permitir operações flexíveis e, ao mesmo tempo, garantir uma segurança jurídica renovada em seus pressupostos.

Vemos assim, em conclusão, a permanência da mentalidade quantitativa na aferição do dano moral, em que a avaliação qualitativa tem servido para colaborar com a quantificação.

Observamos ainda, como tendência atual no Direito Comparado, a tendência analítica, que visa ao desmembramento do dano extrapatrimonial em diversas sub-espécies.

Neste contexto, o Direito brasileiro apresenta-se com uma profícua seara para a continuidade das pesquisas sobre o dano moral, na medida em que se constitui como um dos sistemas que opera com um espectro onde reside a maior gama de possibilidades acerca do dano moral.

55. CANARIS, Calus-Wilhem. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado** (trad. de Sérgio José Porto), Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980.
- BOBBIO, Norberto. **Studi sulla teoria generale dei diritto**. Torino: Giappichelli, 1955.
- _____. **Teoria do ordenamento jurídico** (apres. Tércio Sampaio de Ferraz Junior; trad. M. Celeste C. L. Santos). 6ª ed., Brasília: Ed. UNB, 1995.
- BONVICINI, Eugenio. **Il danno a persona** (il danno risarcibile e il suo accertamento - prevácio de Guido GENTILE), Milão: Giuffrè, 1958.
- BREBBIA, Roberto H. **El daño moral**, 2. ed., Cordoba: Orbir, 1967.
- BUERES, Alberto J. **Responsabilidad civil de los medicos**, Tomos I e II., Buenos Aires: Hammurabi, 1995.
- _____. **Responsabilidad civil del escribano**. Buenos Aires: Hammurabi, 1979.
- CANARIS, Calus-Wilhem. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- DEMOGUE, René. **Traité des obligations en général**, Paris, [s.l.], 1994.
- FUEYO, Fernando Laneri. **Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones**, Tomo II, (El incumplimiento de las obligaciones) nº 266, Santiago do Chile: Universitária, 1958.
- GENTILE, Guido. **Problemi insoluti della valutazione del danno alla persona**. Milão: Estratto-Giuffrè, 1952 e **Tabelle di capitalizzazione per la liquidazione del danno alla persona**. Millão: Giuffrè, 1950.
- GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações** (cap. I, Sentido das Transformações), 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.
- GONZALES, Matilde Zavala de. **Resarcimiento de daños. (Daños a las personas - Integridad sicofísica)**, Vol. 2.a, 2. ed., 1. reimpressão, Buenos Aires: Hammurabi, 1991.
- HART, H.L.A. **O conceito de direito** (trad. A. Ribeiro Mendes). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1990.
- HART, Leslie Tomasello. **El daño moral en la responsabilidad contractual**. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1969.
- ITURRASPE, Jorge Mosset. **Daño moral** (cuantia del resarcimiento por daño moral), [s.l.].

- _____. **Responsabilidad por daños**. T. IV, Buenos Aires: Ediar, 1985.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito** (trad. José Lamego). 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- _____. **Storia del metodo nella scienza giuridica**. Milano: Giuffrè, 1966.
- LOCKE, Jonh. *An essay concerning human understanding*, [s.l.].
- LUCENA, Delfim Maya de. **Danos não patrimoniais**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 17.
- MONTENEGRO, Antonio Lindberg C. **Ressarcimento de danos pessoais e materiais**, 4. ed., Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 1992.
- MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Paris: Leviathan/PUF, 1996.
- PIZARRO, Ramon Daniel. **Valoración del daño moral** in revista *La Ley*. Tomo E, Buenos Aires, [s.l.], 1986.
- POGLIANI, Mario *et al.* **Il danno biologico, patrimoniale, morale**, 2. ed., Milão: Giuffrè, 1995.
- REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- _____. **Dano moral**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- RICOEUR, Paul. **A teoria da metáfora**, in *Teoria da interpretação* (O discurso e o excesso de significação), Rio de Janeiro: Edições 70, 1976.
- ROVELLI, Roberto. **Risarcimento del danno alla persona**. Torino: [s.l.], 1963.
- RUBIO, Gabriel Alejandro. **Una asignatura pendiente: la cuantía del daño moral** in X Congresso Nacional de Jovenes Abogados, pela Comision Nacional de Jovenes Abogados. Mar del Plata, 20 e 21 de outubro de 1995.
- SERRA, Adriano Vaz. **Reparação do dano não patrimonial**, in *BMJ* nº 83, Lisboa, fevereiro de 1959, p. 69 e segs.
- TELLES, Inocência Galvão. **Direito das obrigações**, 2. ed., [s.l.].
- TERCIER, Pierre. **Contribution a l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse (le damage et le tort moral)**. Friburgo: Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1971.
- VITALI, Vittore. **Del danno** (della region civile al resarcimento-dei criterii e modi per la liquidazione), 2. ed., Piacenza: Editrice Giacomo Favari, 1892.

O JUIZ SUBSTITUTO À LUZ DE UMA NOVA INTERPRETAÇÃO AO INCISO I, DO ART.93, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 88

FRANCISCO DAS CHAGAS FERNANDES

Juiz Federal da 7ª Vara/CE.

No presente trabalho, não temos a pretensão de sugerir nada de inusitado, ou de impossível realização, pelo contrário, o nosso principal objetivo é chamar a atenção para o óbvio, para que aqueles que ocupam os mais elevados cargos da magistratura nacional encampem a idéia e, quem sabe, possam fazer algo, a fim de tornar a magistratura mais atrativa para aqueles que se iniciam ou pretendam ingressar na carreira, em qualquer um de seus ramos.

O nosso trabalho versa principalmente sobre a possibilidade de ser dada interpretação ao inciso I, do art. 93, da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece que o “*ingresso na carreira da magistratura será no cargo inicial de juiz substituto ...*”, análoga à que foi dada pelo Código de Organização Judiciária do Ceará. Mesmo tendo conhecimento da diferença existente entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual, entendo que o eg. Conselho da Justiça Federal tem condições de suprimir este degrau a mais, o qual já havia sido extinto da magistratura federal pela Emenda Constitucional nº 7, de 13.4.77. Posteriormente, a lei nº 7.595, de 8 de abril de 1987, que cuidou da reestruturação da Justiça Federal de 1ª Instância, restabeleceu a categoria de **Juiz Substituto** na Justiça Federal, criando 30 (trinta) cargos, sem que este número representasse naquela oportunidade um cargo de Juiz Substituto para cada vara existente no país.

O último concurso de âmbito nacional organizado pelo extinto Tribunal Federal de Recursos e Conselho da Justiça Federal, realizado no ano de 1987, teve por objetivo o provimento de cargos tão-somente de Juizes Federais, no total de 68 (sessenta e oito) cargos, criados pela Lei nº 7.583, de 06.01.87, mais 38 (trinta e oito)

cargos de Juízes Federais Auxiliares, remanescentes, criados nos termos do art. 123, § 2º, da EC nº 1/69, com a nova redação dada pela EC nº 7/77 e Lei nº 7.007, de 29 de julho de 1982, os quais, apesar de exercerem funções de auxílio, percebiam os mesmos vencimentos dos juízes federais titulares de varas e, no caso de vaga de juiz federal, o juiz federal auxiliar era simplesmente titularizado, de acordo com a sua classificação na lista de antigüidade.

Portanto, entendo que não se justifica a diferença de remuneração entre juízes titulares de varas, na Justiça Federal, Justiça do Trabalho e Justiça Militar, e seus respectivos juízes, ou auditores substitutos, uma vez que estes, a rigor, não são substitutos, porque, a partir do momento em que são lotados, entram no exercício permanente de suas funções, com competência idêntica à dos juízes titulares, de acordo com o art. 14 da Lei nº 5.010, de 30.5.66 e art. 22, §§ 1º e 2º da Lei Complementar nº 35, de 14.03.79 (LOMAN), cabendo aos juízes federais substitutos metade dos processos da vara, sendo a matéria regulada no âmbito do TRF da 5ª Região, nos termos da Resolução nº 10/92.

Ademais, após haver o juiz substituto cumprido o estágio probatório de 2 (dois) anos, e de se encontrar investido nas garantias constitucionais a que se reporta o art. 95, incisos I, II e III, da CF de 1988, não se justifica permanecer o magistrado na condição de *juiz substituto*, indefinidamente, porque tal designação não condiz com o seu desempenho, que, no dia-a-dia, corresponde à metade dos processos em andamento na vara em que porventura estiver lotado.

Por outro lado, não vislumbro qualquer óbice que possa impedir que o **juiz substituto** seja guindado à condição de juiz federal, juiz do trabalho, ou juiz auditor, como ocorre na Justiça dos Estados, em que, após decorridos **dois anos**, e uma vez confirmado no cargo, o juiz substituto passa automaticamente à condição de **juiz de direito**, designação que o distingue daquele, que ainda não se encontra no gozo das garantias constitucionais, conforme se pode constatar do Código de Divisão e Organização Judiciária do Estado do Ceará.

O Código de Divisão e Organização Judiciária do Estado do Ceará, Lei nº 12.342, de 28 de julho de 1994, em consonância com a Constituição Federal, estabelece em seu art. 82: *O Juiz Substituto é nomeado dentre Bacharéis em Direito concursados e, durante o transcurso do estágio probatório, destinado à obtenção da vitaliciedade, tem a mesma função, atribuição e competência, conferidas aos Juízes de Direito* e, como tais, ambos percebem os mesmos vencimentos, sendo que a diferença vencimental fica por conta do tempo de serviço público de que cada for um for detentor. Por sua vez, o art. 90 do mesmo Código estabelece: *“As atribuições*

e competência dos Juízes de Direito do interior do Estado são as mesmas dos Juízes Substitutos”.

Como se observa, no Estado do Ceará, da mesma forma como deve ocorrer nos demais Estados da Federação, a permanência do magistrado na condição de juiz substituto é transitória, sendo que, após 2 (dois) anos de exercício no cargo, e uma vez aprovado no estágio probatório, é confirmado no cargo como **juiz de direito**. Isto significa que, daí em diante, ele passa a ser detentor das garantias constitucionais da magistratura, sem qualquer vantagem de ordem salarial, porque referidos cargos são remunerados com salários idênticos.

A interpretação dada pelos Tribunais de Justiça dos Estados parece-nos coerente; em primeiro lugar, porque o **juiz substituto**, nos Estados, a rigor não significa que se trata de um juiz substituto do juiz de direito, ou titular, mas tão somente que dito magistrado ainda se encontra cumprindo o **estágio probatório**, ao passo que o **juiz de direito** propriamente dito é aquele que cumpriu o referido estágio e que se encontra no gozo das garantias constitucionais da *vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos*, de que cuida o art. 95, incisos I, II e III, da Carta Magna de 1988.

Com efeito, entendo que o cargo de juiz substituto deveria ser apenas uma condição transitória para ingresso na magistratura, como ocorre na Justiça Estadual do Ceará e de outros Estados, em obediência ao que determina a CF de 1988. Tal condição, porém, como já afirmamos anteriormente, jamais poderia ser definitiva, nos moldes adotados pelas três Justças da União (Justça Federal, Justiça do Trabalho e Justiça Militar) ainda que nestas, ao contrário da Justiça Estadual, cada Vara ou C.J.M. seja composta por dois magistrados. Mesmo assim, com pleno conhecimento da distinção existente, continuamos sustentando que o ingresso na magistratura federal, na magistratura do trabalho e na magistratura militar, que igualmente ocorre no cargo de juiz substituto, conforme estabelece a CF de 1988, também poderia ter tal condição limitada a 2 (dois) anos, como ocorre na Justiça dos Estados, com o período de dois anos, correspondendo ao estágio probatório e, da mesma forma, as designações dos cargos de juiz federal substituto, juiz do trabalho substituto e juiz auditor substituto, também serviriam para distinguir do juiz federal, do juiz do trabalho e do juiz auditor, respectivamente, estes portadores das garantias constitucionais, conforme os esclarecimentos supra, sem que houvesse qualquer distinção salarial entre ambos, salvo em razão do tempo de serviço público de cada magistrado.

A título apenas de curiosidade, podemos afirmar que, na Justiça Estadual, jamais um juiz substituto poderá se aposentar por tempo de serviço, por ser tal condição

temporária limitada a 2 (dois) anos. Todavia o mesmo já não ocorre na Justiça Federal, devido à condição de definitividade com que foi interpretado o art. 93, inciso I, da CF, que resultou na instituição de mais um degrau na magistratura federal; daí, se um candidato ingressar na Justiça Federal, como juiz federal substituto, e, se porventura contar com 25 (vinte e cinco) anos de serviço público, ou mais, depois de 5 (cinco) anos de serviço como magistrado, poderá requerer a sua aposentadoria, por tempo de serviço, na condição de juiz federal substituto.

De outra parte, com a edição da EC nº 7, de 13.4.77, que extinguiu o cargo de juiz Federal substituto na Justiça Federal, sem dúvida a intenção do legislador era, naquela oportunidade, tornar a magistratura federal mais atrativa, para despertar o interesse, inclusive de grandes profissionais do direito, fato que até hoje não se concretizou, porque alguns colegas dos grandes centros se aposentam cedo para voltar à advocacia, sendo que, às vezes, até mesmo depois de aprovados em concurso para o cargo de juiz federal, alguns candidatos sequer tomam posse no cargo e, como se não bastasse, a CF de 1988, além de ter restabelecido o cargo de **juiz federal substituto**, instituiu mais um degrau na carreira, com a criação dos 5 (cinco) Tribunais Regionais Federais, sendo que, em termos financeiros, ficou assim, o juiz federal com seus salários mais achatados, passando, a rigor, a perceber menos. Daí, não é sem razão que, devido à defasagem salarial, decorre o fenômeno da deserção dos juízes, sendo que, dos 1.100 cargos de juízes existentes na Justiça Federal de primeiro grau, apenas cerca de 700 (setecentos) estão preenchidos, conforme declaração do em. Ministro Paulo Costa Leite, presidente do STJ, publicada no Jornal Diário do Nordeste, edição do dia 15 de maio de 2000.

Com relação à criação dos Tribunais Regionais Federais, não se pode negar que, em termos de carreira, foi excelente, até porque muitos juízes federais que não tinham a menor possibilidade de chegar ao Tribunal Federal de Recursos, cuja composição contava com 15 (quinze) membros oriundos da Justiça Federal de primeiro grau, para o País todo, de repente viram ampliadas as suas possibilidades de acesso a um Tribunal Regional Federal, principalmente os que se encontravam lotados nas Seções Judiciárias subordinadas aos grandes Tribunais Regionais, cujo acesso aos mesmos vem ocorrendo cada vez mais cedo, até mesmo jovens com pouco mais de 30 (trinta) anos de idade, e menos de 10 (dez) anos de magistratura, estão chegando aos Tribunais Regionais, máxime depois do recente aumento de vagas, decorrentes da Lei nº 9.967, de 10 de maio de 2000, que em seu art. 1º, aumentou o número de membros dos Tribunais Regionais Federais das 1ª, 2ª, 4ª e 5ª Regiões, que passaram a ser compostos: I - vinte e sete Juízes, na 1ª Região; II - vinte e sete Juízes, na 2ª

Região; III - vinte e sete Juízes, na 4ª Região; IV - quinze Juízes, na 5ª Região, e de acordo com a Lei nº 9.968, de 10 de maio de 2000, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região passou a ser composto por quarenta e três Juízes.

Todavia o mesmo não ocorre com os colegas juízes federais lotados em Seções Judiciárias subordinadas a Tribunal Regional com pequeno número de integrantes, como era o caso do eg. TRF da 5ª Região, que só contava com 8 (oito) magistrados da carreira, cujo número foi recentemente aumentado para 15 (quinze) juízes, em razão da Lei nº 9.967, de 10 de maio de 2000, sendo 12 (doze) da carreira; mas devido ao reduzido número de Juízes do TRF, bem como de varas na Região, um colega lotado na Seção Judiciária de Pernambuco passou quase 8 (oito) anos como *Juiz Federal Substituto*; pior ainda ocorreu no **TRT da 7ª Região**, Estado do Ceará, com apenas 4 (quatro) Juízes da carreira, alguns Juízes do Trabalho Substitutos, que ingressaram mediante do concurso realizado em Fortaleza, no ano de 1973, permaneceram nessa condição até o ano de 1986, ou seja, mais de 13 (treze) anos.

A pior situação, porém, é a dos Juízes Auditores da Justiça Militar, cuja carreira é a mais penosa, pois os magistrados, na sua grande maioria, exercem todo o seu mister no primeiro grau, devido ao difícil acesso ao Superior Tribunal Militar, cuja composição conta com a presença de 10 (dez) ministros militares (CF, art. 123), destinando apenas uma vaga, para Juízes Auditores, magistrados da carreira e outra para membros do Ministério Público da Justiça Militar, mesmo artigo (inciso II). A CF de 1988 bem que poderia ter tornado a magistratura militar menos dispendiosa e mais atrativa para os oriundos da carreira, mediante a diminuição de 4 (quatro) cargos de ministros militares, e reduzido a composição militar para apenas 6 (seis) ministros, sendo 2 (dois) dentre oficiais-generais da Marinha ; 2 (dois) dentre oficiais-generais do Exército; 2 (dois) dentre oficiais-generais da Aeronáutica, independentemente do tamanho do efetivo de cada uma das “Armas da República”, permanecendo a parte relativa à representação civil em 5 (cinco) distribuída da seguinte maneira: 3 (três) dentre os juízes auditores da carreira e 2 (dois) dentre membros do Ministério Público da Justiça Militar e Advogados, estes últimos relativos ao quinto constitucional. Acredito que seria uma boa composição com 11 (onze) ministros devido ao pequeno número de feitos que sobem em grau de recurso e, considerando principalmente que o Supremo Tribunal Federal com suas inúmeras atribuições, inclusive a de controle da constitucionalidade das leis (art. 102, da CF/88) conta apenas com 11 (onze) ministros.

O sistema adotado pelos Tribunais de Justiça Estaduais em nada foi alterado com o aludido dispositivo constitucional, porque o ingresso na magistratura nos Estados, mesmo antes da Constituição de 1988, já ocorria no cargo de Juiz Substituto. Ao

contrário, a Justiça Federal, que foi restabelecida pelo Ato Institucional nº 2, de 27.10.65, e organizada nos termos da Lei nº 5.010, de 30.05.66, previa um juiz federal substituto para cada juiz federal, mas no ensejo da promulgação da Carta Magna de 1988, em algumas varas, além do juiz federal havia um juiz federal auxiliar, uma espécie de juiz federal (2), condição na qual o autor do presente trabalho foi nomeado com outros colegas de concurso lotados em várias Seções Judiciárias do País. Todavia, em razão do art. 28 do ADCT da CF de 88, o TRF da 5ª Região criou quatro varas na Região, mediante o desmembramento das varas em que os juízes federais auxiliares se encontravam lotados, com a simples titularidade dos mesmos.

De outra parte, quando da edição da Lei nº 8.235, de 19.09.91, que reestruturou a Justiça Federal de Primeiro Grau, com base no art. 93, inciso I, da CF de 88, criando 186 (cento e oitenta e seis) cargos de Juízes Federais Substitutos, bem que esta poderia ter aproveitado e seguido a EC nº 7/77 supra, a fim de evitar que fosse estabelecido mais um degrau na carreira do Juiz Federal, além do degrau que passou a existir com a criação dos Tribunais Regionais Federais, inclusive para efeitos vencimentais, ficando condicionada à promoção, por antiguidade ou merecimento, o que não passa de uma simples titularidade, uma vez que, a rigor, inexistia o Juiz Substituto, visto que, ao serem lotados em uma vara, ou auditoria militar, têm a mesma competência jurisdicional dos juízes titulares. Portanto melhor seria ter deixado os juízes federais substitutos, após os dois anos destinados ao cumprimento do estágio probatório, na condição de juiz federal (2) até porque na Justiça Federal, na Justiça do Trabalho e na Justiça Militar, os Juízes Substitutos, antes, como depois da atual Carta Magna, sempre exerceram funções permanentes e não de meros substitutos, independentemente de os juízes titulares estarem, ou não, em pleno exercício de suas funções judicantes.

Por outro lado, a Procuradoria-Geral da República, ao longo do tempo, buscou tornar a carreira mais atraente, extinguindo, gradativamente, os cargos de Procurador da República de 3ª e de 2ª categoria, passando a existirem, somente, o cargo de Procurador da República, como inicial, equivalente ao cargo de Juiz Federal, sem cargo correspondente ao de Juiz Federal Substituto; o de Procurador Regional da República, instituído em função da criação dos Tribunais Regionais Federais pela Carta Magna de 1988, e Subprocurador-Geral da República, correspondente ao final da carreira do Ministério Público Federal, equivalente, em termos vencimentais, ao cargo de Ministro do STJ; idênticas modificações ocorreram na carreira de Procurador da Justiça do Trabalho.

Com efeito, entendemos que, se houver apoio dos Tribunais Regionais Federais e das diversas associações de classe que representam as categorias envolvidas,

como a **AJUFE**, a **ANAMATRA** e a **ANAJUM**, as quais, por intermédio de seus presidentes, poderão sensibilizar os membros do eg. **Conselho da Justiça Federal**, bem como os membros dos tribunais superiores (**STF**, **STJ**, **TST** e **STM**) no sentido de estudarem a possibilidade de adoção da idéia que ora defendemos, para que a condição de juiz substituto nas três Justiças da União passe a ser temporária, conforme amplamente esclarecido no presente trabalho, sem que disso resulte qualquer desrespeito ao Estatuto Supremo.

A propósito da paridade de vencimentos entre os juízes do trabalho, titulares de varas, e os juízes do trabalho substitutos, a própria CLT, ainda que de forma temporária, concedeu a paridade vencimental entre os Juízes do Trabalho Substitutos e Juízes do Trabalho, então Presidentes de Juntas, ao estabelecer no art. 656, § 3º, que: *“Os Juízes do Trabalho Substitutos, quando designados ou estiverem substituindo os Juízes-Presidentes de Juntas, perceberão os vencimentos destes”*. O certo é que os juízes do trabalho substitutos, atualmente, só no ensejo de suas próprias férias, não percebem os mesmos vencimentos dos juízes do trabalho titulares de varas. A nossa sugestão, porém, não se restringe à paridade vencimental temporária, nos moldes previstos na CLT, mas na paridade vencimental total e definitiva, além da mudança da designação dos cargos de juiz federal substituto, juiz do trabalho substituto e juiz auditor substituto, os quais, após os dois anos iniciais de exercício, independentemente de promoção, passariam a ser designados tão-somente: Juiz Federal, Juiz do Trabalho, ou Juiz Auditor, de acordo com o ramo da magistratura de cada um. Atualmente, com relação a vencimentos, os juízes federais substitutos, os juízes do trabalho substitutos e os juízes auditores substitutos, quando no exercício temporário da titularidade, por motivo de férias, licenças e impedimentos eventuais dos juízes titulares, igualmente, percebem os mesmos vencimentos destes. Todavia a nossa sugestão é no sentido de que haja a paridade total de vencimentos, independentemente de se encontrar o juiz substituto respondendo pela titularidade, ou não, de forma que a única distinção vencimental fique por conta do tempo de serviço público de cada um.

A presente sugestão, contudo, não cuida somente de vencimentos, como já fez o eg. TST, mas também de suprimir definitivamente um degrau na magistratura federal, para que o juiz federal substituto, após aprovado no estágio probatório, possa ser guindado ao cargo de juiz federal, mesmo não sendo ainda titular de vara, uma espécie de juiz (2) assinando as suas decisões como juiz federal, apenas apondo, após a sua assinatura, em auxílio à 7ª vara, ou em exercício na 7ª vara, caso esteja auxiliando

ou respondendo pela titularidade, por férias ou impedimento do titular, até que surja uma vaga em sua Região para que possa ser titularizado.

A vantagem da adoção desse sistema passaria a ser a maior facilidade para a remoção de um juiz federal de uma Região para outra, e, por sua vez, a Justiça Federal voltaria a ter uma unidade nacional, quase como antes. Naturalmente, na nova Região, o juiz federal removido seria classificado em último lugar, na lista de antigüidade, como já vem ocorrendo atualmente, podendo exercer inicialmente as funções de juiz federal em auxílio a determinada vara, independentemente de já ter sido juiz federal titular de vara em sua Região de origem, principalmente considerando que é muito difícil a remoção de um juiz federal titular, nesta condição, para outra Região, como já ocorreu com os colegas Paulo Cordeiro e Ricardo Mandarinó, baianos, juizes federais da 5ª Região, os quais gostariam de ter retornado à bela Salvador e não conseguiram.

Por sua vez a adoção do juiz federal, em auxílio, nada impediria que um juiz federal titular de vara em uma Região fosse removido para outra Região na condição de juiz federal, para exercer funções de auxílio, até ser oportunamente titularizado, de acordo com a sua classificação na lista de antigüidade de sua nova Região; aí se poderia falar em unidade nacional da Justiça Federal, como era antes, com muitos magistrados nordestinos retornando à Região onde fica a sua cidade natal, sem a necessidade de rejeitar a promoção ao cargo de juiz federal titular, para permanecer anos na condição de juiz federal substituto, como ocorreu com o colega Augustino Lima Chaves, o qual foi Juiz Federal Substituto na 1ª Região e só foi titularizado, com quase 6 (seis) anos de magistratura, após ter sido removido para a Seção Judiciária do Estado do Ceará, subordinada ao TRF da 5ª Região; caso tivesse sido titularizado na 1ª Região, dificilmente teria conseguido a sua remoção.

BIBLIOGRAFIA:

Código de Divisão e Organização Judiciária do Ceará - Lei nº 12.342, de 28.07.1994, Organizador - Francisco Barbosa Filho, 2ª Edição, 1996;

Emenda Constitucional nº 7, de 13.4.77;

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves - *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, volumes 2 e 3;

Lei nº 5.010, de 30.5.66 - Organiza a Justiça Federal de primeira instância;

LOMAN - *Lei Complementar nº 35, de 14.3.79;*

Poder Judiciário - Conselho da Justiça Federal - Legislação - Brasília - 1993.

SILVA, José Afonso - *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros Editores, 9ª edição, 3ª tiragem, São Paulo, 1993;

SOBRINHO, Osório Silva Barbosa - *Constituição Federal vista pelo STF*, Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 1999.

DA INTEGRAÇÃO "PROVÃO" / EXAME DE ORDEM

ÁLVARO MELO FILHO

*Mestre e Livre-Docente em Direito. Professor,
Advogado e integrante da Comissão de Ensino
Jurídico do Conselho Federal da OAB.*

“Torna-se necessário que a constante proliferação de cursos de direito cesse e que os existentes sejam objeto de uma seleção que leve a um ranking tal como se passa na Europa e na América. A dignificação e a reconquista da confiança no Direito também passa por aqui.”

José Menéres Pimentel

O Exame Nacional de Cursos (Lei nº 9.131/95), nominado de “provão”, vem sendo aplicado, anualmente, como inovador procedimento avaliativo periódico para determinar a qualidade e a eficiência das atividades das instituições e cursos de nível superior.

Não se pode deixar de realçar que, por força do Decreto nº 2.026, de 10.10.96, o “provão” é apenas *um* (mas não o *único*) dos múltiplos instrumentos componentes da avaliação global, ou seja, é parte de um processo mais amplo e diversificado de avaliação. No caso dos cursos jurídicos, a Comissão de Especialistas de Direito do MEC estabeleceu dois procedimentos autônomos e distintos:

- a) avaliação externa – contemplando indicadores pertinentes aos grupos Corpo Docente, Organização Didático-Pedagógica e Infra-Estrutura;
- b) avaliação discente – decorrente dos resultados obtidos no “provão” que, por ganhar um destaque especial na mídia, acaba por minimizar e ofuscar

outros procedimentos e indicadores quantitativos e qualitativos utilizados nas avaliações das instituições de ensino superior.

Aliás, a “sobrevalorização indevida do “provão” na mídia” acaba por distorcer os outros critérios e desprestigiar os demais fatores, de igual relevância, para medir o desempenho global dos cursos jurídicos.

Não obstante tenha sido declarada a constitucionalidade do “provão” pelo Supremo Tribunal Federal, na ADIn nº 1511-DF, em que foi relator seu atual Presidente Min. Carlos Veloso, muitos cursos continuam refratários ao Exame Nacional de Cursos. Contudo esta resistência não decorre da pretensa injuridicidade do “provão”, mas, fundamentalmente, porque de *avaliadoras* – tanto do trabalho escolar dos discentes, quanto da atuação dos docentes e funcionários -, as instituições de ensino jurídico transfundem-se em *avaliadas*. Outrossim, a “criação despuorada de cursos jurídicos” e a “mediocrização do ensino do direito” também contribuíram para a aversão explícita ou inconfessada de discentes e docentes do Direito ao “provão”.

Como tudo na vida o “provão” tem aspectos positivos e negativos. Dentre os aspectos positivos podem ser repontados os seguintes:

- a) possibilita mensurar, com critérios nacionais, se os cursos de graduação estão sendo bem ministrados e se os alunos estão sendo bem preparados, induzindo à ruptura do “pacto da mediocridade” ou acordo tácito entre docentes e discentes em que um não exige do outro, ou seja, “os alunos fingem que estudam, e os professores fingem que ensinam”;
- b) “radiografa”, anualmente, os cursos e instituições, afastando os “efeitos de halo” (quando a qualidade de alguns cursos da Universidade é generalizado para os demais cursos) e derruindo os efeitos de prestígio (quando as reputações, boas ou más, permanecem no tempo apesar das transformações para melhor ou para pior na realidade de cada curso);
- c) permite, com base em dados objetivos, recredenciar, periodicamente, boas instituições, exigir melhorias das medíocres e fechar as que cometem “estelionato educacional”, pois a sociedade clama por eficiência, produtividade e qualidade das instituições de ensino superior, públicas e privadas;
- d) enseja publicizar e oferecer ao mercado uma espécie de *ranking* que, fundado nas notas dos alunos, indique os melhores e piores cursos para que a comunidade em geral saiba que tipo de profissional está sendo formado por eles.

Por outro lado, as críticas e pontos negativos do “provão” são as seguintes:

- a) o seu resultado mede os *efeitos*, mas não as *causas* que concorrem para a “má formação” ou “deformação” dos alunos, correspondendo assim a um exame clínico forçado como se o doente fosse o culpado pela doença;
- b) o aluno de nível ótimo e que tenha obtido nota 10 no “provão” pode ficar estigmatizado e sofrer os efeitos perversos do resultado insuficiente ou ruim, obtido pelo seu curso na média geral;
- c) é absurdo e incoerente o aluno tirar *zero* no “provão”, receber o diploma e ingressar no mercado de trabalho;
- d) as instituições e cursos ficam reféns do desempenho do corpo discente pois não têm mecanismos para combater a “sabotagem”, o “boicote” e a irresponsabilidade dos alunos que entregam o “provão” em branco ou parcialmente respondido.

De todo modo, mesmo com falhas e imperfeições, o “provão” é de vital importância diante de um estarrecedor quadro de 380 cursos jurídicos, muitos deles “sem selo de qualidade”, dos quais a metade (190) surgiram nos últimos quatro anos. E mais, a “mobralização” dos cursos jurídicos que, anualmente, ofertam 68.000 vagas de vestibular e “expelem” 39.000 bacharéis no mercado, tem gerado uma reprovação de 60% no Exame de Ordem e 98% nos concursos da magistratura e Ministério Público.

METODOLOGIA DA PROVA

O “provão”, para os cursos de Direito, com quatro (4) horas de duração, desdobra-se em duas partes, uma *objetiva* e outra *discursiva*, com peso de 50% para cada parte. Em 1999 o “provão” condensou:

- 40 questões objetivas ou de múltipla escolha;
- 5 questões discursivas ou escritas, para que o aluno responda a duas (2) delas.

Conteúdo da Prova (12 matérias)

Introdução ao Direito;
Sociologia;
Economia;
Teoria do Estado;
Direito Constitucional;
Direito Civil;
Direito Penal;
Direito Comercial;
Direito do Trabalho;
Direito Administrativo;
Direito Processual Civil;
Direito Processual Penal.

HABILIDADES MENSURADAS PELO “PROVÃO”

É de extrema relevância analisar-se cada uma das oito (8) habilidades que se supõe seja possuidor o egresso dos cursos jurídicos.

A *leitura e compreensão de textos e documentos* é a primeira dessas habilidades requeridas. No “provão”, há texto para ser interpretado, seguindo-se indagações sob a forma de múltipla escolha, além de ser uma habilidade necessariamente trabalhada na parte escrita ou discursiva da prova, pois o Direito reclama agentes capazes de compreender a tensão e o conflito entre a efetividade da ação reclamada e os limites jurídicos extraídos dos textos, contextos e documentos.

A *interpretação e aplicação do Direito* é, talvez, a habilidade mais testada nas duas partes da prova, especialmente nas questões discursivas, seja mediante elaboração de parecer ou de análise de caso, ou ainda, de situações-problemas em que se exige dos avaliados cotejar a *norma* e a *situação normada* e conciliar o *saber prático* com o *saber fático*, pois interpretar é sempre também aplicar o Direito, desde a qualificação dos fatos juridicamente relevantes até a decisão do caso ou problema.

A terceira habilidade centra-se na *pesquisa e utilização da legislação, da jurisprudência, da doutrina e de outras fontes do Direito*, em face das quais

é permitido aos alunos levar e utilizar todo e qualquer material impresso. Esta habilidade harmoniza-se com a postura metodológica que induz os alunos a ultrapassar os limites estreitos do texto legal, a repudiar o ensino dogmático de posições doutrinárias e a não ficar adstritos à jurisprudência para dar resposta aos problemas novos e repensar soluções velhas.

A produção criativa do Direito é a quarta habilidade trabalhada pelo “provão” deixando o aluno livre para se manifestar, sem nenhum direcionamento, sobre as questões concretas que lhe são submetidas, o que é vital “quando o mundo pede aos juristas idéias novas, mais que sutis interpretações”, incumbindo-lhes exercer, entre outras, a função inovadora de transformar parâmetros legais em verdadeiro Direito e de evitar a gelatinização dos valores jurídicos.

A correta utilização da linguagem – com clareza, precisão e propriedade – fluência verbal e riqueza de vocabulário é a quinta habilidade donde exsurgiu a imperiosa e inafastável exigência de o “provão” possuir uma parte escrita, até porque o Direito não é mera simbiose de normas e prazos, para avaliar no formando qualidades de persuadir, de argumentar e de convencer por meio da linguagem, de refutar as teses dos adversários, de defender e justificar as que lhe favorecem, sem “penumbrar ou opacizar a realidade”.

A utilização do raciocínio lógico, de argumentação, de persuasão e de reflexão crítica, sexta habilidade, é vital para que o aluno não se transforme num “robô jurídico”, verificando sua capacidade de *raciocínio*, ou seja, motivando-lhes mais *reflexão* e menos aceitação, pois, para conviver com o imprevisível e com as diversidades temporal e espacial, devem os alunos demonstrar que estão preparados para pensar juridicamente, sobretudo quando “participamos de uma desordem que prepara uma nova ordem, que está por vir, e que ainda não sabemos ver”.

A sétima habilidade que envolve o *juízo e tomada de decisões* é objeto de avaliação centrada sobretudo na parte escrita do “provão”, sob a forma de parecer ou de estudo de caso, em que se exige do aluno conjugar pensamento e ação, teoria e prática, sistemática e casuísmo para escolher caminhos, defender convicções e enfrentar os desafios dos novos tempos marcados por uma enorme disponibilidade de conteúdos jurídicos fora dos Códigos e “apesar dos Códigos”.

A oitava e última habilidade refere-se à *utilização técnico-instrumental de conhecimento do Direito e de seu exercício*; é testada no conjunto do “provão”, exigindo dos alunos condutas de análise, de interpretação, de raciocínio e de protagonismo diante de situações e problemas jurídicos sem deixar a latere as enormes e complexas solicitações que o novo século cobra ao Direito e aos juristas.

Este elenco de habilidades objeto do “provão” consorcia-se e harmoniza-se *in totum* com os *skills* e *substance* da primeira prova do Exame de Ordem, permitindo antecipar-se, desde logo, à exigibilidade da integração ou compatibilização entre os dois *exames* como *modus faciendi* eficaz, sem retórica ou discurso, para estimular a responsabilidade do aluno no Exame Nacional de Cursos (“provão”).

INTEGRAÇÃO DO “PROVÃO” NO EXAME DE ORDEM

É preciso fixar, de forma clara e transparente, as semelhanças e diferenças entre o Provão e o Exame de Ordem, de onde exsurgirá a viabilidade metodológica, operacional e jurídica da integração:

Exame de Ordem	Provão
a) Duas etapas: Prova Objetiva (alternativamente o Provão) e Prova Prático-Profissional	a) Uma única etapa
b) <i>Prova Objetiva</i> : mínimo de 50 e máximo de 100 questões de múltipla escolha	b) <i>Prova</i> : 40 questões de múltipla escolha, além de cinco (5) questões discursivas das quais o aluno deve escolher duas (2) para responder
c) <i>Conteúdo</i> : Introdução ao Direito, Sociologia, Economia, Teoria do Estado, D. Constitucional, D. Civil, D. Penal, D. Comercial, D. Trabalho, D. Administrativo, D. Proc. Penal, D. Proc. Civil e também <i>questões sobre o Estatuto da OAB, Regulamento Geral e Código de Ética e Disciplina</i> .	c) <i>Conteúdo</i> : Exatamente as mesmas matérias do Exame de Ordem , sem abranger as questões sobre Estatuto da OAB, Regulamento Geral e Código de Ética e Disciplina.
d) <i>Nota mínima</i> : cinco (5) na Prova Objetiva e seis (6) na Prova Prático-Profissional.	d) <i>Nota mínima</i> : não há fixação pelo MEC.

Justificativas da Integração

- a) Ensejar, com a **alternativa** do Provão em lugar da Prova Objetiva do Exame de Ordem, um padrão NACIONAL na 1ª etapa do Exame de Ordem, sem custos para a OAB e sem reduzir a atuação indispensável dos Conselhos Seccionais, conforme recomendação promanada da XVI Conferência Nacional dos Advogados;
- b) Estabelecer uma interlocução permanente e cooperativa OAB-MEC, com procedimentos comuns, voltados para a melhoria da qualidade do ensino jurídico e da formação profissional do advogado;
- c) Integrar a OAB no processo que busca garantia do padrão de qualidade (art. 206, VII da C.F.) e controle das instituições que ministram cursos jurídicos de graduação, de onde advirão indicadores construídos acadêmica e profissionalmente;
- d) Reforçar a posição e atuação da OAB na manifestação prévia dos pedidos para criação, reconhecimento ou credenciamento de cursos jurídicos (art. 54, XV da Lei nº 8.906/94).

Vantagens da Integração

- a) Interessa aos *alunos* que terão a motivação para obter uma boa nota e satisfazer, com o “provão”, duas finalidades legais;
- b) Interessa às *instituições de ensino* que terão elevada sua média de avaliação institucional em razão de uma atuação mais responsável e dedicada de seus alunos no “provão”;
- c) Interessa ao *MEC* porque fortalecerá o “Provão”, atrelando-o à avaliação profissional dos futuros advogados;
- d) Interessa à *OAB*, reforçando o Exame de Ordem que está constantemente ameaçado de extinção por projetos de lei, patrocinados por alunos e instituições educacionais ávidos por suprimir este pré-requisito para o exercício da profissão de advogado.

REFLEXÕES COMPLEMENTARES EM PROL DA INTEGRAÇÃO “PROVÃO”/EXAME DE ORDEM

I) É absolutamente retórico e inveraz o argumento de que o “Provão” avalia somente o curso e não os alunos, sendo, por isso mesmo, inamoldável e inaplicável ao Exame de Ordem que busca aferir a habilitação técnica dos futuros advogados.

O Provão tem como eixo central e elemento balizador de sua estruturação mensurar as oito (8) *habilidades* requeridas dos formandos do curso de Direito, donde se infere que avalia mais os *alunos* do que os cursos. Tanto é verdade que cada aluno obtém seu resultado individual e recebe documento específico emitido pelo MEC com sua nota (art. 3º, § 4º da Lei nº 9.131/95). O “Provão”, embora busque diagnosticar o ensino de graduação, por curso, na realidade avalia o *corpo discente*, constituindo-se o quarto indicador do processo de avaliação do desempenho global da instituição de ensino superior.

II) O “Provão” de Direito e o Exame de Ordem, na sua primeira etapa (Prova Objetiva) têm como *conteúdo* idênticas matérias categorizadas como fundamentais e profissionalizantes na Portaria MEC nº 1886/94, donde se deduz que a articulação entre estes dois exames é possível e e até recomendável para inibir um *bis in idem*.

III) Permitindo-se usar o “Provão” como forma *alternativa* e substitutiva da 1ª prova do Exame de Ordem, desde que o aluno obtenha nota mínima seis (6), ter-se-á uma verificação mais exigente e completa, até porque na Prova Objetiva do Exame de Ordem a nota mínima exigível é cinco (5). Outrossim, o “Provão”, com 40 questões objetivas e 5 discursivas, tem um espectro avaliativo mais abrangente e complexo do que as questões da Prova Objetiva do Exame de Ordem, ao mesclar momentos em que se exige *objetividade*, longe do “reino encantado da taxionomia e das distinções sibilinas” e, em outros, *fundamentação*, sem *habitat* para a reprodução de estereótipos jurídicos, realçando-se que a parte escrita do “provão” tem o peso de 50% da nota do aluno. Com esta “mixagem” o aluno terá de demonstrar seus conhecimentos, raciocínio, capacidade de análise e aptidões no enfrentamento de questões escritas e discursivas, tanto na primeira prova (“provão”), quanto na segunda (prova prático-profissional do Exame de Ordem) diversamente do que ocorre hoje quando a 1ª etapa é *exclusivamente* objetiva.

IV) Com essa **alternativa** a mensuração de que o futuro profissional tem *ciência* e *consciência* do Estatuto da OAB, do Regulamento Geral e do Código de

Ética e de Disciplina transferir-se-á da Prova Objetiva para a Prova Prático-Profissional do Exame de Ordem, esta última *privativa* dos Conselhos Seccionais da OAB a quem incumbe testar com autonomia a aptidão técnico-profissional e formação deontológica, exigências inarredáveis para o exercício da advocacia.

V) Em se materializando a integração do “Provão” no Exame de Ordem, caberá ao Conselho Federal da OAB indicar 50% do total de integrantes da Comissão do Exame Nacional de Cursos de Direito. Uma garantia adicional para o Exame de Ordem é que, se o futuro bacharel for reprovado na Prova Prático-Profissional do Exame de Ordem, terá de novamente submeter-se às Provas Objetiva e Prático-Profissional e só estará dispensado da Prova Objetiva caso tenha obtido nota mínima sete (7) e não mais seis (6) no “Provão”.

VI) Não se venha arguir que o “Provão corresponde a um “reexame de graduação” ou a um “vestibular de final de curso”, dado que não pretende aferir o acúmulo de conhecimentos jurídicos, mas a capacidade do formando de dominar e aplicar uma ciência e uma técnica qualificada que o credencia a ingressar no mercado profissional. Aliás, deflui-se da própria metodologia do “provão” que ele busca avaliar os conteúdos assimilados e sobretudo as *habilidades* (dos *alunos* e não do curso) adquiridas para o exercício de profissão jurídica, em nada discrepando do Exame de Ordem cuja natureza é, eminentemente, *habilitadora*.

VII) Ressalte-se que, semelhantemente ao Exame de Ordem, as questões do “Provão” são moldadas para permitir a articulação de temas e problemas, ensejando ao aluno identificar e classificar os conteúdos, estabelecer suas especificidades e combinar elementos que guardam coerência entre si. Dentro dessa metodologia uma mesma questão pode albergar conteúdos de direito material e de direito processual, matérias básicas e profissionalizantes, temas e problemas explícitos e implícitos, sempre com o *animus* de avaliar a formação sócio-profissional e as habilidades técnico-jurídicas, sócio-políticas e práticas proporcionadas pelos cursos jurídicos.

VIII) O “Provão”, ao mensurar, de um lado, as capacidades de decisão, de persuasão, de negociação, de síntese e de redação de textos pelos formandos e, de outro lado, ao correlacionar conceitos teóricos e estruturas normativas com situações fáticas, ajusta-se como uma luva à metodologia avaliativa do Exame de Ordem, em que não se testa a memorização de informações técnicas ou dispositivos legais “que podem ser regurgitados e facilmente esquecidos”, mas se afere a habilidade de compreensão, interpretação e utilização de raciocínios lógico e jurídico, para a solução dos problemas propostos e “mediação dinamizadora entre os conceitos jurídicos e apropriações empíricas”.

IX) Não é demais pôr em relevo que o “Provão” não se cinge ao “direito posto”, nem cultua o “direito provisório”, decorrente das Medidas Provisórias, pois congloba questões envolvendo a criatividade e uma visão atualizada de mundo, com a consciência dos problemas nacionais, num contexto marcado por novas estruturas de poder, por novos conflitos, por novas estratégias decisórias, por novos padrões normativos, por novas formas contratuais, por novas dimensões da cidadania e pela tensão permanente entre o nacional e o transnacional, entre o local e o global, acolhendo, tal como o Exame de Ordem, os emergentes desafios jurídicos que a sociedade está vivendo, sem contudo colaborar para o desmonte do Direito a título de modernização e globalização.

X) A integração do “Provão” no Exame de Ordem, a par de tornar a avaliação mais completa e pluridimensional, independe de qualquer mutação legal ou ato administrativo do MEC, quadrando, tão apenas, na órbita decisória privativa do Conselho Federal da OAB a quem incumbe “colaborar com o aperfeiçoamento dos cursos jurídicos” (art. 54, XV do Estatuto da OAB), impondo-se-lhe, por isso mesmo, adotar uma postura proativa, e não reativa, na reformulação do Exame de Ordem (Prov. nº 81/96), objeto da inclusa minuta.

Alfim, com a integração do “Provão” no Exame de Ordem, ter-se-á um instrumento articulado, sistemático, permanente e cooperativo em favor da melhoria da qualidade do ensino jurídico, “implodindo” um sistema de ensino que privilegia a separação, a redução, a compartimentalização, o próprio corporativismo dos saberes, alienando e fracionando o modo de pensar o Direito. Ademais, a congeminação dos dois exames – “Provão” e Exame de Ordem - propicia mais um contributo para elidir o deletério ensino “nacionista” e “cosmético” do direito gerador de “mutilados” formandos em “estado de indigência jurídica”, incapazes de equacionar problemas judiciais e de encontrar soluções extrajudiciais harmônicas com as exigências de uma sociedade cada vez mais diferenciada, complexa e competitiva. Será, ainda, mecanismo salutar para reforçar e motivar a formação de profissionais da área jurídica com perfil interdisciplinar, teórico, crítico, dogmático e prático, diminuindo, assim, a distância entre o que dizemos e o que fazemos.

Provimento nº /
(minuta)

*Altera normas e diretrizes
do Exame de Ordem.*

O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO
BRASIL.....

Art. 1º - O Provimento nº 81/96 passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 5º - O Exame de Ordem desdobra-se em duas (2) etapas:

I - Prova Objetiva, contendo no mínimo cinquenta (50) e no máximo cem (100) questões de múltipla escolha, com quatro (4) opções cada, elaborada e aplicada sem consulta, de caráter eliminatório, exigindo-se a nota mínima cinco (5) para submeter-se à prova subsequente; ou, alternativamente, Exame Nacional de Cursos na área do Direito, exigindo-se a nota mínima seis (6) comprovada por documento específico obtido pelo examinando, junto ao MEC (art. 3º, § 4º da Lei nº 9.131/95) para submeter-se à segunda etapa do Exame de Ordem, ou seja, à Prova Prático-Profissional;

II - Prova Prático-Profissional, acessível apenas aos aprovados na Prova Objetiva ou no Exame Nacional de Cursos na área do Direito, composta, necessariamente, de três (3) partes distintas:

- a)
- b)
- c) respostas a questões objetivas e/ou dissertativas sobre o Estatuto da OAB, Regulamento Geral e Código de Ética e Disciplina.

§ 1º - A Prova Objetiva compreende as disciplinas profissionalizantes obrigatórias elencadas nas diretrizes curriculares de Direito fixadas pelo MEC.”

“Art. 7º -

§ 2º - O candidato reprovado pode repetir o Exame de Ordem, vedada a dispensa de quaisquer provas, salvo se tiver obtido nota mínima sete (7) no Exame Nacional de Cursos na área do Direito, hipótese que o desobriga da Prova Objetiva.”

Art. 2º - Este Provimento entra em vigor em _____, revogadas as disposições em contrário.

Sala de Sessões,

“JUSTIÇA E DEMOCRACIA”

PEDRO PIA DE FREITAS

Juiz de Direito e Bacharel em Administração

Estamos observando impassíveis, o desmoronamento de parte significativa da nossa população. Povo nosso, nossa gente que compõe não só a última classe social, mas bem aquém desta, por estarem sucateadas todas essas classes, por ato, ação e/ou omissão nossa, desencadeada pelo poder econômico nacional, que se acompanha *pari passu* com a economia globalizada.

Quase freqüente, porém, por enquanto, uma vez que o quadro se agrava, é visto, lido e ouvido, que famílias inteiras, bem próximas de nós, nos grandes centros e dalém, estão perecendo (morrendo literalmente) por falta de alimentos.

Não mais paulatinamente, todavia a passos largos, chefes de família estão tentando contra a sua própria vida (suicídio) por desespero, perda de controle, fragilidade pessoal, porque no seu entendimento, já tentaram tudo o que estava a seu alcance, tudo o que podiam. E, alcançado o “fundo do poço”, naquele ato de desespero-protesto, voluntário ou não, está a culpar a sociedade, a nós mesmos, ao tempo em que dá mau exemplo a ser seguido por outros assemelhados.

Há tese médico-psicossocial, de que um suicídio, desencadeia uma série deles aqui e alhures, em largo espaço de tempo.

Sabe-se que o autocídio é um crime em que, na forma indireta, muitos poderão ser os autores - inclusive muitos de nós.

Bem distante de nossa geração, pois no Século XIX, o imperador D.Pedro II quando em visita ao hoje Estado do Ceará, afirmou que venderia até o último brilhante de sua coroa, porém nenhum brasileiro morreria mais de fome. Surgiu daqui, palpável, apenas um açude, nada mais. Não nos parece que Sua Majestade imperial proferiu palavra de rei, posto que não honrou ele a sua própria palavra, tampouco os que lhe

sucederam no comando de nosso país, porque não fizeram o suficiente para prevenir e debelar a devastadora fome crescente, provocadora de inanição até a morte, de muitos patricios. Como exemplo, é suficiente citar as mal afamadas secas nordestinas, então, já grassando por outras regiões geográficas do Brasil.

Para sanar de vez, essa situação nacional tão constrangedora, em que estando em pleno Século XXI, pode-se afirmar, ainda existem falecimentos humanos por falta do mínimo indispensável de alimento, desejamos fazer propostas sanadoras. Por tal, objetivando estagnar esta guerra econômica, principiada nos idos do Brasil Imperial, sugerimos duas correções viáveis.

Primeira Sugestão:

1- Considerando que o Salário Mínimo (SM) vigente não remunera suficientemente a labuta daqueles que ainda contam com uma ocupação remunerada, fato reconhecido pelo Poder Executivo Central, que declara não poder elevá-lo para não “quebrar” a Previdência Social, sugerimos, desmembrar o Salário Mínimo-Nacional, criando o Salário Mínimo-Previdenciário.

Ficaria o Salário Mínimo, então vigente, como o Salário Mínimo-Previdenciário ora sugerido, com correção apenas da defasagem inflacionária, permanecendo temporariamente estagnado quanto ao mais, até equilíbrios outros.

2- Ocorrendo a satisfação do item nº 1 retro-referido, seria, de logo, corrigido o Salário Mínimo-Nacional do trabalhador ativo, em níveis aceitáveis, tanto a suportação econômica atual comportasse, quanto a sua capacidade aquisitiva acomodasse.

Pela ótica da injeção econômica, em face do aumento do fluxo circulante na economia, seria indiscutível, tanto que eliminaria a todos os argumentos em contrário.

2ª Sugestão:

Instituição de uma Pensão-Socorro, enquanto necessária caso-a-caso, para todos os adultos brasileiros, acima de 35 anos de idade, inclusive, num valor de ½ (um meio) Salário Mínimo- Previdenciário, a ser distribuído administrativamente, por intermédio das Secretarias de Ação Social de estados e municípios, com procedimento simples na sua distribuição, testemunhável apenas para comprovar a ausência de renda daquele candidato e de que seus ascendentes não poderiam ampará-lo melhor, do que faria a Pensão-Socorro.

Seria indispensável uma contraprestação à comunidade, de trabalho-hora, conduzida pelo Poder Público, a ser desenvolvida pelo beneficiário atendido pela Pensão-Socorro.

Para fim de controle nacional, seria criada uma numeração-código, cujos dois primeiros algarismos seriam indicadores do Estado-Membro da Nação, quando cada brasileiro, mesmo sem ligação com o programa ora sugerido, receberia um número-código (tal como o CPF- Cadastro de Pessoa Física) sendo que este cadastro geral seria utilizado para todos os fins, inclusive, estatístico-censitário. Citamos este, apenas para exemplificar a conseqüente economia monetária daí resultante, além de substituição de outros programas já vigentes, que não se coadunassem com a situação nova. O número-código somente se extinguiria com o óbito do seu possuidor. Assim é, o número surgiria com o nascimento de cada brasileiro e extinguir-se-ia com o seu falecimento, sem jamais ser restabelecido, uma vez que seria particularmente indigitador de seu possuidor e empregado para substituir o atual CPF, número de registro de identidade, etc.

Para fornecimento, baixa e demais controles do número-código, deveria ser instalado um computador centralizador no Ministério da Ação Social (Distrito Federal) com servidores instalados nas Secretarias de Ação Social dos Estados e Municípios, conectados via *on line* .

CONCLUSÃO:

Significativa fração da população brasileira, hoje, está fazendo de tudo pela manutenção de sua vida e de seus dependentes; mesmo, não raro, tendo condições e vontade de trabalhar, não o faz, ora por inexistência de vagas, ora por outros fatores. Procura conseguir o mínimo para permanecer viva, ficando em segundo plano o vestuário, moradia, saúde, educação, etc, alimentando-se até de lixo, e este, quando existe na condição “catável”.

Quem está abrangido por esta triste situação - um contingente populacional já significativo e crescente - perdeu a dignidade humana e se envergonha de ser brasileiro, o que é lamentável.

Praticando-se as duas situações sugeridas, adviria um grande salto econômico, pela injeção, no meio circulante, de significativo impulso na economia, pelo “efeito dominó” criado, além da necessária e impreterível correção social realizada. Seria uma medida de *justiça e democracia*.

Atendidas estas sugestões, estaríamos cumprindo os objetivos constitucionais, associados duma drástica redução da estatística criminológica, para não citarmos uma gama variada da espécie.

TRIBUNAL DO JURI: *Modificação adaptativa para uma nova realidade social.*

PEDRO PIA DE FREITAS

Juiz de Direito e Bacharel em Administração

Há tempos idos, a instituição do Tribunal do Júri, vem sofrendo fortes críticas quanto a sua validade, por entenderem que seus julgados não são condizentes com o que esperam os operadores do Direito, ante a roupagem do conteúdo probatório dos autos.

Surgiram com as insatisfações, duas “correntes” divergentes. Acordantes apenas na real necessidade de mudanças.

Um dos segmentos que aqui denominamos de “corrente”, deseja que o Tribunal do Júri seja radicalmente extinto; enquanto que o outro, a quem nos filiamos, concorda com a necessidade de mudanças, todavia, apenas corretiva, não extintiva, permanecendo contudo, a existência e atuação do Tribunal do Júri, ou como popularizou-se com o epíteto complementativo de Tribunal “Popular” do Júri.

I - RAZÕES PARA SUA PERMANÊNCIA

Maneja consigo, a instituição do Tribunal do Júri, formalismo e tradicionalismo que são adjetivos condutores de reminiscências, em que dentre outras, homenageiam casos, pessoas jurídicas e em especial, a antigos mestres do Direito. Por si só, esta popularmente afamada instituição forma por seus serviços, uma página especial dos muitos julgamentos históricos que ficaram maculados na presença de populares, contingente que sempre prestigiou o seu funcionamento. Além da constituição de um

quadro positivo onde sozinho, o próprio Tribunal do Júri representa o direito Penal, complementado pela indubitável verdade de que sua existência faz muitos dos potenciais homicidas recuarem, receosos de submeterem-se a Ele.

Por mais leigo que seja no Direito Penal uma pessoa popular, toda a noção que tiver deste Direito, vem da tradicional e longa vida que goza o Tribunal do Júri , porque na aplicação da lei, sempre esteve bem mais próximo do “povão” do que outra instituição ou ramos do Direito.

Fato forte e chocante (exceção para os biófobos), sempre foi e será, no seio de uma comunidade, a extirpação da vida de uma pessoa, que tem aparente impressão, embora inconsciente, de que aquela vítima poderia ser um seu familiar ou mesmo o próprio observador. Sendo que o Tribunal do Júri, é o caminho único que oportuniza a participação da comunidade na discussão e julgamento dos crimes que estão conforme o artigo 74 do Código Processo Penal, relacionados na sua competência, notadamente o homicídio.

Mantendo o mesmo efeito inconsciente e emocional que costumeiramente produz um crime dessa categoria, o seu julgamento pelo Tribunal do Júri, é garantia de um resultado palpável e imediato da aplicação da Lei Penal.

Permanecendo a existir o Tribunal do Júri, estamos a um só tempo, permitindo a participação da sociedade nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida, prestando contas pautadas numa atitude *democrática, ética e de justiça social*.

II - RAZÕES PARA A SUA MODIFICAÇÃO

Sendo o Conselho de Sentença constituído por cidadãos comuns, que estão no seu dia-a-dia bem próximos do réu e de seus familiares, estão sempre sujeitos a qualquer represália que possa advir do próprio réu e/ou de seus familiares, quando a este réu que é conhecedor do jurado, de sua família e de seus hábitos, submetido a julgamento, lhe sobrevem resultado desfavorável, ficam todos expostos a sua índole agressiva. São por assim, “presas” fáceis.

Inexiste em nosso país, e quiçá inexistirá por dispendiosa, uma política séria e confiável, de proteção à integridade do jurado, testemunha e de seus respectivos familiares.

Cada vez mais nestes tempos modernos, é crescente a audácia agressiva do infrator, a direcionar seus ataques homicidas, com indizível denodo, contra aquele de quem tem mágoa, mesmo sabendo que tenha reprimenda certa, porque quase nada impede a sua atuação homicida contra um componente de conselho de sentença. Este

por sua vez, ciente dos riscos que pesam contra si, acrescidos de ameaças veladas, sentindo-se a enclausurar-se num redil, cuja única porteira é votação contra as provas dos autos. Praticando-a. E por esta falha, mesmo que estabelecido por apelação ocorra novo julgamento, não raro, culminará em resultado semelhante ao primeiro, frente as mesmas motivações ameaçadoras.

Acrescidos dos fatores já referidos, há também a possibilidade de recompensas múltiplas, prometidas pelos réus, familiares destes, e até de advogados da defesa, que mediante a fragilidade do caráter de parte dos componentes da sociedade que compõem o Conselho de Sentença, subordina-se na aceitação de pecúnia.

III - SUGESTÃO MODIFICATIVA

Permanência do procedimento ora existente, isto é, com a presidência do Tribunal do Júri ocupada por juiz togado, com debates orais entre defesa e promotoria/assistente, todavia, com a extinção da fase do juízo de admissibilidade(pronúncia) e do Conselho de Sentença.

Seria o Conselho de Sentença substituído por quatro (04) representantes da sociedade local. Pessoas leigas, que oralmente exporiam, qual repórter, o seu sentir quanto a reação e o sentimento da sociedade, frente à conseqüência daquele crime de homicídio que está em julgamento. Como ficou a família da vítima, e no meio social local, qual o impacto da sua perda. Reação negativa da comunidade e o mau exemplo que deu o réu para todos, notadamente para os mais jovens.

Cada representante teria o tempo de 30 minutos, perfazendo um total de duas horas, o somatório de tempo dos 04 representantes sociais que seria equivalente ao tempo inicial que dispõem as atuais partes (acusação e defesa), sem direito a acréscimos de qualquer natureza.

Ficaria o julgamento e a dosificação de pena, exclusivamente para com o Juiz togado (Presidente do Tribunal do Júri) que ater-se-ia não só nas teses apresentadas por ocasião dos debates, mas também, colheria elementos das informações reportadas pelos representantes sociais.

Para tanto teria o magistrado que registrar em breve síntese, o que oralmente foi exposto pelos representantes sociais e usá-la para permear a motivação da sua decisão condenatória/absolutória e dosamento da pena.

Teria o conteúdo informativo dos representantes sociais, influência apenas participativa, jamais decisiva no julgamento e dosificação da pena. Influenciação decisiva

seria unicamente, das teses da acusação versos defesa, sob pena de cair no desgastado porém usual quadro do “juízo contra a prova dos autos”.

Seria a fala dos representantes da sociedade, a última etapa do procedimento da concentração dos elementos de convencimento do julgador. E estes representantes candidatar-se-iam logo após a instrução processual, via simples requerimento ao Juízo. Em caso de número insuficiente de candidato, o Magistrado os requisitaria dos seguimentos sociais locais, e o sorteio para seleção dos quatro, seria na instalação da sessão plenária de cada julgamento do Tribunal.

Encerrada a fase noticiatória dos representantes da comunidade local, o Tribunal do Júri entraria em pequeno recesso (como já ocorre para votação dos quesitos) não para a observada votação então anacrônica e já extinta nesta sugestão, mas para a última etapa do julgamento, que seria a prolação da sentença, com seus três (03) elementos técnicos (relatório, motivação e conclusão), com leitura e publicação da sentença na mesma sessão plenária do Tribunal, ante aos presentes, como já ocorre tradicionalmente. Fort./CE, Mai/99

A OBJEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E A EFETIVIDADE DA TUTELA EXECUTIVA

DANIEL MOTA GUTIÉRREZ

Advogado em Fortaleza/Ce; Especialista em Direito Processual Civil (UNIFOR/CE); Pós-Graduando em Direito Constitucional (UNIFOR/CE)

Afigura-se necessário um estudo aprofundado, por parte da doutrina processual brasileira, com o escopo de buscar estabelecer, com a maior exatidão possível, os critérios autorizadores da admissibilidade da denominada objeção de pré-executividade.

Importa ressaltar, nestas brevíssimas notas, que o manejo inadequado da objeção de pré-executividade pode conduzir a que tal instrumento se transforme, ao paralisar o curso de processo de execução viável, em óbice à entrega da efetiva tutela jurisdicional.

A objeção de pré-executividade não deve servir de mecanismo para o cultivo do já disseminado processo civil do réu, já que, na prática atinente à execução, como bem assevera o prof. José Roberto dos Santos Bedaque, “retornamos ao direito romano clássico da *actio iudicati*, tantos são os meios protelatórios de que o executado pode utilizar”.¹

A doutrina idealizou a figura da objeção de pré-executividade com o fito de possibilitar que o executado, mediante petição apresentada no próprio processo de execução, antes e independentemente do oferecimento dos embargos do devedor e, portanto, da garantia do juízo, suscite questões acerca do juízo de admissibilidade da execução.

Utilizamos, de forma proposital, o termo objeção ao invés de exceção de pré-executividade, na esteira do entendimento do prof. Nelson Nery Jr., segundo o qual o objeto desse expediente refere-se à matéria de ordem pública decretável de ofício pelo juiz e, por isto, insuscetível de preclusão. Desta forma, o culto professor paulista conclui que, como a expressão “exceção” traz ínsita a idéia de disponibilidade do direito, razão por que se a exceção não for oposta ocorre preclusão, seria impróprio o uso da terminologia exceção de pré-executividade para denominar tecnicamente o expediente em tela, embora tal terminologia já seja inteiramente usual e corriqueira no meio forense.²

A Jurisprudência³ tem-se revelado, predominantemente, receptiva à tese da objeção de pré-executividade, notadamente para atacar vícios relacionados às condições da ação e aos pressupostos processuais, admitindo, assim, a defesa do executado no interior do próprio processo de execução.

A doutrina nacional⁴, por sua vez, também tende a aceitar, em linhas gerais, a objeção de pré-executividade, cingindo-se às divergências doutrinárias quanto aos requisitos autorizadores de sua admissibilidade.

O prof. cearense Marcelo Lima Guerra⁵, com quem concordam os professores Luiz Rodrigues Wambier⁶ e Teresa Arruda Alvim Wambier, aponta as hipóteses (observe-se o rigor dos limites estabelecidos pelo referido autor) em que a matéria pode ser atacada via objeção de pré-executividade: a) vício seja relativo à admissibilidade da execução; b) vício seja perceptível *prima facie*, não carecendo de produção de prova.

A divergência doutrinária e até jurisprudencial a que fizemos referência anteriormente reside na circunstância de que, para parcela da doutrina e Jurisprudência, seria dispensável o 2º requisito acima indicado, aquele atinente à necessidade de o vício ser perceptível de plano, sem necessidade de instrução.⁷

Registre-se, *en passant*, o entendimento de alguns autores, como Gelson Amaro de Souza⁸, que entendem que a exceção de pré-executividade pode, em alguns casos específicos, ser manejada para atacar até o mérito do processo de execução (sem analisar o acerto ou não da tese, a referência parece-nos válida para demonstrar o alcance, a amplitude, que vem assumindo a objeção de pré-executividade no nosso ordenamento).

Aliás, acerca do espectro de matérias que eventualmente podem ser atacadas, via objeção, na própria execução, releva destacar que o eminente prof. paulistano Cândido Dinamarco⁹ sustenta que dos fundamentos dos embargos a que faz referência o art. 741 do CPC, poucos são os que o juiz não pode conhecer de ofício. Paulo

Henrique dos Santos Lucon¹⁰, em instigante artigo, compartilha com o citado ensinamento do prof. Dinamarco, salientando, inclusive, a imperiosidade de se verificar a existência ou não do título executivo antes de proceder à penhora, sob pena de violação grave aos arts. 583, 586, 614, I, 616, 618, I, todos c/c 267, & 4 do CPC.

Sob a óptica do devedor, é evidente a vantagem de utilizar-se a objeção ao invés de oferecer bem à penhora e, em pós, oferecer embargos à execução, uma vez que se evitaria uma constrição judicial sobre bem de sua propriedade para exercer seu direito de defesa à execução. E, de fato, parece-nos absurdo e ilógico aguardar parcimoniosamente a concretização da penhora, com manifesta e injustificável agressão ao patrimônio do devedor, para que, só então, o executado possa defender-se de uma execução flagrantemente inviável, cujo vício poderia e deveria, quando do juízo de admissibilidade pelo juiz, ter ensejado a extinção do processo de execução.

Assim, se a característica funcional do processo de execução consiste em se buscar a satisfação do crédito representado no título executivo, seria contraditório optar por um caminho mais longo e que causasse mais prejuízos às partes para a obtenção daquela satisfação (eventual).

Na verdade, neste caso, estar-se-ia fulminando o princípio da proporcionalidade, inequivocamente consagrado pelo CPC no processo de execução, precisamente no art. 620¹¹. Segundo este dispositivo: “Quando, por vários meios, o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”.

Em linhas generalíssimas, segundo o princípio da proporcionalidade, de criação da doutrina processual alemã, deve-se dar preferência, dentre todas as medidas necessárias para atingir uma finalidade, àquela que causar o mínimo sofrimento possível aos que serão atingidos pelos efeitos de tal medida.¹²

Defendemos a utilização da objeção de pré-executividade, porém, entendendo que, para haver uma compatibilidade entre o uso da objeção e a sistemática processual vigente, atinente aos embargos à execução, parece mais acertada a idéia de reduzir as hipóteses de cabimento da objeção às questões que poderiam ser oficiosamente conhecidas pelo magistrado, via juízo de admissibilidade, e cujo vício seja facilmente perceptível, sem necessidade de instrução demorada e mesmo sem provocação do executado, pois, do contrário, haverá um esvaziamento do Livro II do CPC, já que matérias reservadas aos embargos do devedor serão tratadas pela objeção.

A bem da verdade, parece-nos que, por trás dessa “pomposa” nomenclatura que lhe foi emprestada, reside, simplesmente, prosaicamente, um expediente para

chamar a atenção do juiz para a existência daqueles vícios que tornam a execução inviável e que, repete-se, podem ser conhecidas de ofício, independente da provocação do executado e, em qualquer momento do procedimento, por tratar-se de matérias que o próprio Estado tem interesse em repelir.

Há uma crise do processo de execução. Dos fatores intrínsecos responsáveis por sua eficácia reduzida (pelo menos sob o ponto de vista social), a burocracia e a excessiva formalidade são largamente citadas pelos estudiosos do tema.¹³ E se a ineficácia do processo de execução está, de fato, ligada às suas questões estruturais¹⁴, fazem-se necessárias mudanças legislativas com o objetivo de produzir resultados mais eficazes para o consumidor da Justiça. Enquanto não cambiar a legislação, temos que compatibilizar o uso de expedientes processuais de criação doutrinária que se revelam eficazes mas que não rompem com o sistema processual vigente. Não podemos simplesmente distorcer institutos e criar expedientes somente para que nos sirvam diante de um caso concreto. Compreendemos, também, que a mudança da lei não basta para garantir a eficácia de um sistema; é imprescindível qualificar os operadores, aumentar número de Juízes, adotar um critério racional de distribuição de competência etc. e, principalmente, MUDAR A MENTALIDADE DE NOSSOS OPERADORES DO DIREITO, para tornar adequado o funcionamento da Justiça Civil.¹⁵

Convém recordar, ainda, que o único meio de defesa à execução previsto em lei é o dos embargos do devedor, em consonância com o disposto no art. 736 do CPC. A propósito, esse traço da sistemática do CPC - consistente na regra que estabelece que ao devedor são oferecidos, única e exclusivamente, os embargos como meio de defesa à execução - revela o aspecto estrutural do processo de execução, tal qual como delineado no nosso CPC, segundo o qual o devedor é citado para cumprir a obrigação contida no título executivo e não para se defender (art. 213, CPC).^{16,17}

Cumprir destacar, finalmente, que inexistente norma expressa no CPC vigente, estabelecendo defesa do executado dentro do próprio processo executivo. A objeção de pré-executividade constitui-se criação doutrinária, com crescente aceitação nos Tribunais pátrios, é verdade, porém, desprovida de previsão legal.

Dentro dos estreitos limites desse estudo, não nos propomos, obviamente, a encerrar o debate sobre os critérios de admissibilidade da objeção, merecendo o tema pesquisa mais demorada e profunda. Constituiu nosso objetivo, contudo, sempre atentos ao ensinamento de que a principal missão do processualista é buscar alternativas que favoreçam a resolução dos conflitos¹⁸, tentar fixar os critérios de admissibilidade da

objeção, para que sua (eventual) utilização inadequada não represente um entrave à prestação da efetiva tutela jurisdicional executiva. É fundamental o manejo tecnicamente correto da objeção de pré-executividade, não por apego à técnica como fim em si mesma, mas para que o processo executivo atinja um resultado socialmente útil, quando, então, poderemos falar em conquista da EFETIVIDADE DA TUTELA EXECUTIVA.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

01. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo- Influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p.102.
02. NERY JR., Néilson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 2ª ed, São Paulo: Ed.RT, 1995, p.131.
03. STJ, 4ª Turma, Resp 3.079; TARS, AgIn 196123160, 5ª C., 1º TACSP, AI 350.619-SP, 4ª CC; RJTJ, AI 1.332-RJ, dentre tantos outros.
04. BOJUNGA, Luiz E.A. *RePro 55/62 e Ajuris 45/155*; LACERDA, Galeno. RT 639/89, ALVIM, J.M. Arruda. *RePro 72/190*, para citar apenas alguns.
05. GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Forçada-Controle de Admissibilidade*. São Paulo: Ed. RT, 1994, p.154.
06. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e Luiz Rodrigues. Sobre a Objeção de pré-executividade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo de Execução e assuntos afins*. São Paulo: RT, 1998, p. 410.
07. MACHADO, Hugo de Brito. *Execução Fiscal e ação anulatória*. In *RePro 24/112*; LACERDA, Galeno. Execução de título extrajudicial e segurança do juízo. In *Estudos de direito processual civil em homenagem a Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 172.
08. SOUZA, Gelson Amaro de. Mérito no processo de execução. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) *Processo de Execução e assuntos afins*. São Paulo: Ed.RT, 1998, p.260.
09. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p.448.
10. SANTOS LUCON, Paulo Henrique dos. O controle dos atos executivos e a efetividade da execução: análises e perspectivas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Ob.cit.* p.343.

11. GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o processo cautelar*. São Paulo: RT, p. 115.
12. GUERRA FILHO, Willis Santiago. O princípio constitucional da proporcionalidade. *In Ensaios de Teoria Constitucional*. Fortaleza: 1989.
13. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Apresentação. Ob.Cit, p. 09.
14. PISANI, Andrea Proto. *La nuova disciplina del processo civile*. Napoli: Jovene, 1991, p. 289.
15. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 41/42.
16. GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Forçada- Controle de Admissibilidade*. São Paulo: Ed. RT, 1994, p. 56.
17. ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 4ªed. São Paulo: RT, 1997, p.959.
18. SANTOS BEDAQUE, Ob.Cit. p. 43.

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O DIREITO FUNDAMENTAL À AÇÃO: UM ESTUDO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADO ACERCA DAS LIMITAÇÕES AO DIREITO DE AÇÃO

GEORGE MARMELSTEIN LIMA

Advogado

“Por que, toleirões, fazer tratantadas fora da lei, se há lugar de sobra para fazê-las dentro?”

G. Dossi

Sumário: 1. O princípio da proporcionalidade - 2. Os subprincípios da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito - 3. Aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Processual Civil - 4. O princípio da proporcionalidade e a relatividade dos direitos fundamentais - 5. O direito fundamental à ação - 6. Limitações ao direito fundamental à ação - 6.1. Limitações decorrente de normas constitucionais - 6.2. Limitações decorrentes de normas infraconstitucionais - 6.2.1. As condições da ação como limites ao exercício do direito fundamental à ação - 6.2.2. A problemática do depósito prévio nos embargos e em outras ações (anulatória de débito fiscal, ação rescisória etc) - 6.2.3. O prazo decadencial de 120 para a propositura do mandado de segurança - 6.2.4. O prévio exaurimento da instância administrativa para a propositura do mandado de segurança e outras ações - 6.2.5 A preempção e o direito fundamental à ação - 7. Para concluir - Bibliografia

1. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Na atual fase de evolução do estudo do direito e, em particular, do direito processual, nada mais é possível fazer de sério e importante que não passe pela capacidade de trabalhar *adequadamente* o princípio da proporcionalidade.

Na verdade, neste período em que a democracia restaurada desponta como valor supremo, o toque diferencial do operador do direito é saber manipular o princípio, saber compreendê-lo e aplicá-lo na sua dimensão jurídica, como instrumento de atuação profissional, mormente em face das investidas nem sempre legítimas do Poder Público.

Para bem entender a proporcionalidade, que entra naquela categoria de princípios que são mais fáceis de compreender do que definir¹, é preciso esclarecer que, a despeito de não haver, no Brasil, norma constitucional consagrando-a expressamente, afigura-se inarredável sua presença “descoberta” no ordenamento jurídico brasileiro, justamente por ter o Brasil feito a escolha política do **Estado Democrático de Direito**, em que a proteção dos **direitos fundamentais** se desloca para o centro de gravidade da ordem jurídica².

Urge ressaltar que a doutrina mais autorizada vem fazendo uma distinção entre a abrangência do princípio da proporcionalidade (de origem germânica, assinale-se) e do princípio da razoabilidade (de origem norte-americana) afirmando que não são princípios fungíveis, embora semelhantes em alguns aspectos³.

Como sustenta a juíza federal GERMANA OLIVEIRA DE MORAES, “inexiste sobreposição entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. De

-
1. É a lição de PAULO BONAVIDES, invocando XAVIER PHILLIPE, *in Curso de Direito Constitucional*. p. 358.
 2. WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO vai além, ao defender que “não se mostra necessário, nem mesmo correto, procurar derivar o princípio de proporcionalidade de outro qualquer, como o do Estado de Direito e aquele deste derivado, o da legalidade (C. A. BANDEIRA DE MELLO, 1996, cap. I, n. 28, p. 36), ou alguns(mas) dos direitos e garantias fundamentais, para lhe atribuir caráter constitucional (STUMM, 1995, p. 97 s.). Af, haveria, na verdade, um enfoque distorcido da questão, pois a opção do legislador constituinte brasileiro por um ‘Estado Democrático de Direito’ (Art. 1o), com objetivos que na prática se conflitam (Art. 3o), bem como pela consagração de um elenco extensíssimo de direitos fundamentais (Art. 5o), co-implicaria a adoção de um princípio regulador dos conflitos na aplicação dos demais e, ao mesmo tempo, voltado à proteção daqueles direitos” (*Processo Constitucional...* p. 79/80).
 3. O prof. Luís Roberto Barroso, porém, defende que, em linhas gerais, há uma relação de fungibilidade entre um e outro princípios, podendo os termos razoabilidade e proporcionalidade ser usados indistintamente (*Interpretação e Aplicação da Constituição*. p. 204)

toda sorte, embora com matriz histórica diversa e conteúdos distintos, guardam vários pontos de identidade”⁴.

Com base nas lições dessa jurista, vê-se que, no direito norte-americano, a razoabilidade (*substantive due process*) tem uma aceção quase sempre reduzida à noção de racionalidade, somada a uma concepção de “consenso popular”. No direito germânico, de outro turno, o princípio da proporcionalidade, graças à contribuição jurisprudencial e doutrinária, galgou uma conotação mais objetiva, que se resume nos três elementos parciais (subprincípios) que se seguem:

a) **adequação (pertinência ou aptidão)** entre meio e fim: ou seja, existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são determinados a cabo;

b) **necessidade (exigibilidade ou vedação ou proibição do excesso ou escolha do meio mais suave)**: isto é, entre as soluções possíveis, deve-se optar pela menos gravosa; segundo a máxima clássica de JELLINEK, “não se abatem pardais disparando canhões”;

c) **proporcionalidade em sentido estrito**: levam-se em conta os interesses em jogo, vale dizer, cuida-se, aqui, de uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a ser obtidos. Em palavras de CANOTILHO, trata-se “de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”⁵.

É, portanto, sob esta tríplice dimensão, que utilizaremos o princípio da proporcionalidade no presente artigo, ressaltando, desde já, que qualquer ato do poder público, inclusive os normativos, para que sejam válidos (i.e., constitucionais), necessitam ser adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito, cumprindo ao Judiciário, em última instância e em cada caso concreto, a tarefa de fiscalizar a observância dos referidos “subprincípios da proporcionalidade”.

2. Os subprincípios da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito

Para facilitar a compreensão do que vêm a ser os três elementos que compõem a proporcionalidade em sentido amplo, vale citar três situações hipotéticas em que eles não foram atendidos pelo legislador.

4. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. p. 132.

5. *apud* BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. p. 208/209.

2.1. Adequação: Suponhamos que o Prefeito de Salvador, no carnaval, proíba a venda de bebidas alcoólicas para evitar a disseminação do vírus da AIDS. Inegavelmente, será inválida essa proibição, pois não há relação de causa e efeito entre álcool e disseminação do vírus da AIDS, vale dizer, não existe adequação entre o meio utilizado (proibição de venda de bebida alcóolica) e o fim visado (diminuição da disseminação do HIV)⁶.

Agora um exemplo “processual”: hipoteticamente, o legislador, com o objetivo explícito de aumentar a celeridade do processo, edita uma lei aumentando o salário dos juízes. Certamente, esta lei não passaria pelo “teste” da proporcionalidade, uma vez que não há nenhuma relação entre a celeridade processual (fim ou efeito) e o salário dos magistrados (causa) embora esse aumento possa influir na qualidade das decisões.

Dessume-se, pois, que, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados, não há a adequação. Para aferir a adequação há de se perguntar: **o meio escolhido foi adequado e pertinente para atingir o resultado almejado?**

2.2. Necessidade: Se uma fábrica estiver poluindo o ambiente, mas for possível solucionar o problema pela colocação de um filtro, será inválida, por desproporcional, a decisão do Poder Público de fechar a fábrica. Outro exemplo: se, em uma ação demolitória, o Poder Público pede a demolição de um prédio pelo simples fato de não haverem sido observadas formalidades no ato de autorização de construção da obra, o pedido deve ser julgado improcedente por não ser o meio mais suave de se solucionar o problema.

Na proporcionalidade, está embutida a idéia de vedação ao excesso, ou seja, a medida há de ser estritamente necessária. Invoca-se o velho jargão popular: dos males o menor. Portanto, para aferir a necessidade deve-se perguntar: **o meio escolhido foi o ‘mais suave’ entre as opções existentes?**

2.3. Proporcionalidade em sentido estrito: Digamos que o Poder Público, visando a evitar a destruição de um bem público (uma estátua, por exemplo) coloque, ao redor dessa estátua, uma cerca eletrificada, capaz de causar a morte de alguém que pretenda pichá-la. Neste caso, apesar de ser adequada (há relação entre meio e fim) a medida seria inválida, pois não há proporcionalidade em sentido estrito. O bem

6. O exemplo é do professor Luís Roberto Barroso.

jurídico *preservação do patrimônio público* é menos importante do que o bem jurídico *vida*. Já dizia JORGE MIRANDA: “o primado da pessoa é o do *ser*, não o do *ter*; a liberdade [no caso, a vida] prevalece sobre a propriedade”⁷.

Deve haver um sopesamento de valores, a fim de que se busque a proporcionalidade, ou seja, verificar-se-á se a medida trará mais benefícios ou prejuízos. Pergunta-se: **o benefício alcançado com a adoção da medida sacrificou direitos fundamentais mais importantes (axiologicamente) do que os direitos que a medida buscou preservar?**

Em resumo, “pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e, finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens”⁸.

3. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

No campo processual, assim como em todas as demais áreas do conhecimento jurídico, o princípio da proporcionalidade tem grande valia na busca da solução justa ao caso concreto, principalmente no campo da preservação de direitos fundamentais.

Apenas para aquilatar a importância do princípio, imagine-se como se tornaria mais fácil ao magistrado, se soubesse aplicar adequadamente o princípio, vislumbrar a possibilidade de concessão ou não de medidas liminares⁹, ou mesmo na *quantificação* de um dano moral. Certamente, seu trabalho tornar-se-ia bem mais simples e objetivo.

7. *apud*. FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos*. p. 51 Esclarecemos

8. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de Teoria Constitucional*. p. 75.

9. Sobretudo se se tratar das chamadas liminares “satisfativas”, ou seja, que “esgotem, no todo ou em parte, o objeto da ação”, pois, conforme acentua MARCELO LIMA GUERRA, “quando, para neutralizar um *periculum in mora*, não há outra via senão uma *antecipação fática* que “*esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação*”, uma medida cautelar, assim configurada, *deve* ser concedida, e lei infraconstitucional não poderá proibir tal concessão” (*Estudos sobre o Processo Cautelar*. p. 92). Da mesma forma, MARINONI diz que “muitas vezes o juiz terá que correr o risco de sacrificar um direito para tutelar outro. Tal possibilidade é legítima, pois, se não há outro modo para evitar um prejuízo irreparável a um direito que parece provável, deve-se admitir que o juiz possa correr o risco de provocar um prejuízo irreparável ao direito que lhe parece improvável. Neste caso – explica o jurista –, o princípio da probabilidade deve ser conjugado com o princípio da proporcionalidade, já que, quando um direito deve ser sacrificado em proveito de outro – o que pode ocorrer não só no juízo sumário –, faz necessária a ponderação dos direitos em choque” (*Novas Linhas do Processo Civil*. p. 109).

Ademais, não se pode negar a semelhança, que, de fato, existe entre os dois primeiros aspectos da proporcionalidade, quais sejam a adequação e a necessidade, com o **interesse de agir** como **condição da ação** no Direito Processual brasileiro.

Com efeito, a doutrina brasileira entende que o interesse de agir (ou processual) resta configurado quando, com base nas *afirmações* do autor, esteja presente o binômio necessidade/adequação, para o autor da tutela por ele pretendida. Ou seja, para aquilatar a presença do interesse de agir, ao verificar as alegações do autor, devem ser feitas as seguintes perguntas, partindo-se do princípio (hipotético e preliminar) de que as afirmações autorais são verdadeiras: somente mediante a providência solicitada, ele poderia satisfazer sua pretensão (necessidade da providência)? Essa providência é adequada a proporcionar tal satisfação (adequação da providência)?

Dessa forma, pode-se afirmar, com segurança, que o Juiz, mesmo sem conhecer o princípio, toda vez que analisa as condições da ação, está aplicando, ainda que inconscientemente, duas facetas da proporcionalidade em sentido lato.

A par disso, o próprio Código de Processo Civil cuida, em alguns casos, de exigir a aplicação do princípio da proporcionalidade.

É o que ocorre, por exemplo, nos casos do art. 620:

“**art. 620.** Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo **modo menos gravoso** para o devedor” (grifamos).

Nesse caso, o juiz deverá, necessariamente, utilizar o princípio da proporcionalidade, na sua dimensão de exigibilidade, conhecido pelos processualistas com o nome de “princípio da menor onerosidade”. Aliás, já se decidiu, com base neste dispositivo, que se caracteriza “como exacerbada a determinação de se proceder ao desligamento das linhas telefônicas penhoradas, se não existe qualquer indício de defraudação da garantia” (TRF 3ª, Ag. 321964, rel. Juiz Souza Pires, j. 15.10.1992, DJE SP 8.3.1993, p. 145). Aplicou-se, indubitavelmente, no caso, o princípio da proporcionalidade (vedação ao excesso).

Outro caso em que há a exigência legal de aplicação do princípio da proporcionalidade é o do art. 805 do CPC, com a redação dada pela Lei 8.952/94:

“**art. 805** - A medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia **menos gravosa** para o requerido, sempre que **adequada** e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente”
- grifos nossos.

Vale lembrar que, em face da evolução operada no estudo do princípio da proporcionalidade, mormente em face de sua “aceitação constitucional”, esses dois dispositivos citados são, por assim dizer, inócuos, ou pelo menos, dispensáveis, já que, quer queira quer não, a proporcionalidade há de ser observada em todos os casos, independentemente de lei exigindo sua aplicação.

4. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A RELATIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O princípio da proporcionalidade, como já assinalado, tem a função primária de *preservar direitos fundamentais*.

Sabe-se que os direitos fundamentais, dada a carga axiológica neles inserida, vivem em uma tensão permanente, limitando-se reciprocamente, ou seja, ora um prevalecerá em detrimento do outro, ora ocorrerá o contrário.

De fato, as normas constitucionais de um modo geral, sobretudo as definidoras de direitos fundamentais, muitas vezes, parecem conflitantes, antagônicas até.

À primeira vista, aparentam inconciliáveis o direito fundamental à liberdade de expressão e o direito à intimidade ou privacidade. E a norma que determina que a propriedade deve cumprir a sua função social com a que diz que as terras públicas não são passíveis de usucapião, como conciliá-los? Que dizer, outrossim, do princípio à livre iniciativa e as possibilidades de monopólio estatal constitucionalmente previstas? Há, sem dúvida, constante tensão entre as normas constitucionais.

Essa *tensão* existente entre as normas desta espécie é conseqüência da própria carga valorativa inserta na Constituição, que, desde o seu nascedouro, incorpora, em uma sociedade pluralista, os interesses das diversas classes componentes do Poder Constituinte Originário. Esses interesses, como não poderia deixar de ser, em diversos momentos não se harmonizam entre si, em virtude de representarem a vontade política de classes sociais antagônicas. Surge, então, dessa pluralidade de concepções - típica em um “Estado Democrático de Direito”, fórmula política por nós adotada - um estado permanente de tensão entre as normas constitucionais.

Em conseqüência disto, vê-se, sem muita dificuldade, que, num sistema constitucional democrático, não se há de cogitar, a existência de direitos fundamentais absolutos, vale dizer, direitos que sempre prevalecem em detrimento de outros¹⁰.

10. A esse respeito, assinalando a relatividade dos direitos fundamentais, assim se manifestou o Pretório Excelso: “**Não há**, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se

Se é fácil aceitar a tese de que os direitos fundamentais não são absolutos, considerando que se limitam entre si, difícil é aceitar que o legislador infraconstitucional possa limitar a abrangência desse direito, que, dada a sua hierarquia constitucional, serve de fundamento de validade para a elaboração das normas inferiores (natureza normogenética das normas constitucionais).

Afigura-se, porém, de fácil assimilação compreender que, dentro do critério da proporcionalidade, os direitos fundamentais podem ser limitados pelo legislador infraconstitucional, desde que - e aqui entra a proporcionalidade - **a limitação seja para preservar outro direito fundamental.**

Nesse ponto, o princípio da proporcionalidade surge como verdadeira arma de proteção do indivíduo contra as investidas do Poder Público, sobretudo o legiferante. Como assevera PAULO BONAVIDES, citando GRABITZ, a principal função do princípio da proporcionalidade é exercitada na esfera dos direitos fundamentais, servindo ele, antes de mais nada (e não somente para isto) à atualização e efetivação da proteção da liberdade aos direitos fundamentais¹¹.

Dessa maneira, ao se limitar um direito fundamental, mesmo mediante uma lei infraconstitucional, essa limitação somente será legítima (e possível) se tiver por fim proteger outro direito fundamental; ou seja, na colisão de direitos fundamentais, o legislador poderá, desde que o faça com base no princípio da proporcionalidade, limitar o raio de abrangência de um direito fundamental, visando a dar maior efetividade a outro direito fundamental. Ressalte-se que essa limitação ocorre com frequência.

É preciso ter cuidado, porém, para não fazer com que a relatividade dos direitos fundamentais esvazie o seu conteúdo, isto é, atinja seu núcleo essencial. O direito fundamental, dentro do seu limite essencial de atuação, é inalterável e, por isto mesmo, seu núcleo é intangível. Daí, a necessidade de colocar, reflexivamente, a proporcionalidade como uma limitação à limitação dos direitos fundamentais.

revistam **de caráter absoluto**, mesmo porque razões de **relevante** interesse público **ou** exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades **legitimam**, ainda que **excepcionalmente**, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, **desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas**, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o **substrato ético** que as informa - **permite** que sobre elas **incidam** limitações de ordem jurídica, **destinadas**, de um lado, a **proteger** a integridade do interesse social e, de outro, a **assegurar** a coexistência harmoniosa das liberdades, pois **nenhum** direito ou garantia pode ser exercido **em detrimento** da ordem pública **ou com desrespeito** aos direitos e garantias de terceiros” (MANDADO DE SEGURANÇA 23.452-RJ, Rel. Min. Celso de Mello).

11. *Curso de Direito Constitucional*. p. 359.

Portanto, somente será possível haver limitações às normas constitucionais definidores de direitos, se - e somente se - o poder público se pautar *estritamente* dentro da tríplice dimensão da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Feitas estas considerações, passemos ao estudo do direito fundamental à ação, analisando, à luz do princípio da proporcionalidade, situações em que o legislador limita este direito.

5. O DIREITO FUNDAMENTAL À AÇÃO

Em razão de o Estado, salvo raras exceções, proibir a autotutela, surge, em contrapartida, a necessidade de armar o cidadão com um instrumento capaz de levar a cabo o conflito intersubjetivo em que está envolvido. Esse direito é exercido com a movimentação do Poder Judiciário, que é o órgão incumbido de prestar a tutela jurisdicional. **É direito fundamental à ação.** Desta forma, “o exercício da ação cria para o autor o direito à prestação jurisdicional, direito que é um reflexo do poder-dever do juiz de dar a referida prestação jurisdicional”¹².

Pode-se, com isto, dizer que, em síntese, o direito fundamental à ação é a faculdade garantida constitucionalmente de deduzir uma pretensão em juízo e, em virtude desta pretensão, receber uma resposta satisfatória (sentença de mérito) e justa, respeitando-se, no mais, os princípios constitucionais do processo (contraditório, ampla defesa, motivação dos atos decisórios, juiz natural, entre outros). O direito de ação é, por assim dizer, em linhas generalíssimas, o direito de a pessoa ter *his day in Court*, na sugestiva denominação da Suprema Corte americana, embora não seja só isso.

Em sua acepção positiva, o direito à ação encontra guarida no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, sendo, portanto, corolário do princípio do amplo acesso ao Judiciário (inafastabilidade do controle jurisdicional).

12. ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. p. 185.

6. LIMITAÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL À AÇÃO

6.1. Limitações decorrentes de normas constitucionais

O direito fundamental à ação, como todo direito fundamental, não é absoluto, mas relativo, podendo ser limitado em certas ocasiões. Suas limitações ora se encontram expressas em normas constitucionais, ora em normas infraconstitucionais.

Quanto às limitações decorrentes de **normas constitucionais**, exemplo clássico é a questão da Justiça Desportiva.

De fato, o § 1º, do art. 217, da Constituição, determina que “o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas, após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, reguladas em lei”.

Há, neste dispositivo, uma clara limitação ao direito de ação, isto é, o interessado somente pode exercer o direito de ação, perante órgãos judiciais, após o esgotamento prévio da instância administrativo-desportiva, sendo que “a justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final” (§ 2º).

Após o esgotamento das instâncias na Justiça Desportiva, ou expirado o prazo de sessenta dias, aí sim, a matéria poderá ser conhecida pelo Poder Judiciário de maneira plena; isto é, a decisão da instância administrativa pode ser revista sob todo e qualquer ângulo (legalidade e legitimidade).

Outra manifestação da relatividade do princípio da ação encontra-se no § 2º, do art. 142, da CF/88, que determina: que “não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares”¹³.

Obviamente, os dois dispositivos em análise não são inconstitucionais. É que, como decorrência do princípio da unidade da Constituição, afasta-se, de logo, a existência de **hierarquia jurídica** entre qualquer norma constitucional (seja regra,

13. Quanto a esta limitação constitucional, é de se ressaltar que os Tribunais pátrios a interpretam restritivamente, ou seja, “o entendimento relativo ao § 20 do artigo 153 da Emenda Constitucional n. 1/69, segundo o qual o princípio de que, nas transgressões disciplinares, não cabia ‘*habeas corpus*’, não impedia que se examinasse, nele, a ocorrência dos quatro pressupostos de legalidade dessas transgressões (a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado à função e a pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente) continua válido para o disposto no § 2o do art. 142 da atual Constituição que é apenas mais restritivo quanto ao âmbito dessas transgressões disciplinares, pois a limita às de natureza militar” (HC70648, Relator Min. MOREIRA ALVES, Julgado em: 09/11/1993).

seja princípio) pois todas têm igual dignidade, salvo, é óbvio, as normas elaboradas pelo legislador constituinte reformador, considerando que o Supremo Tribunal Federal, acertadamente, já admitiu esta possibilidade (ADI n 939), desde que sejam maculadas as garantias de eternidade (cláusulas pétreas) enumeradas no § 4º do art. 60.

6.2. Limitações decorrentes de normas infraconstitucionais

Se é fácil concluir que essas limitações constitucionais ao direito de ação (*i.e.* à proteção judicial) não são inconstitucionais, considerando o princípio da unidade da constituição, o mesmo não ocorre quando se trata de aferir a constitucionalidade de limitação infraconstitucional a esse direito.

Pode o legislador limitar o acesso ao Poder Judiciário? A própria Constituição nos responderia taxativamente: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Em face disso, sob uma ótica literal, qualquer tentativa legislativa de limitação ao acesso à Justiça seria maculado de inconstitucionalidade. Em outras palavras: não poderiam existir condições da ação; o mandado de segurança não estaria sujeito a prazo; não seria possível a cobrança de custas para a movimentação da máquina judiciária; a lei não poderia exigir o exaurimento da instância administrativa para a propositura da ação judicial; não se poderia exigir a garantia do juízo para propositura dos embargos e outras ações; enfim, qualquer limite seria intolerável.

Na prática, porém, todos estes exemplos que citamos ocorrem com frequência; ninguém questiona que a ação está sujeita a condições; se o mandado de segurança não for impetrado em 120 (cento e vinte) dias, o direito para o fazer decairá (art. 18 da Lei 1.533/51); todos pagam custas judiciais (salvo os beneficiários da justiça gratuita e os isentos); a lei dispõe que não se dará mandado de segurança quando se tratar de recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução (art. 5º, I, da Lei 1.533/51); a garantia do juízo é indispensável à propositura dos embargos à execução *etc.*

A rigor, numa análise gramatical, todas essas limitações seriam, de plano, inconstitucionais, pois a Constituição é categórica ao determinar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

No entanto nós vimos que os direitos fundamentais não são absolutos pois, ao colidirem entre si, podem ser limitados com base no critério da proporcionalidade.

Vejamos, pois, algumas dessas limitações infraconstitucionais ao direito à ação, tentando descobrir se a limitação é proporcional ou não.

6.2.1. As condições da ação como limites ao exercício do direito fundamental à ação

Considerando que a Constituição proíbe limitações desproporcionais ao direito à ação, seria possível o legislador infraconstitucional exigir que, para exercer esse direito, sejam preenchidas certas condições (interesse de agir, legitimidade *ad causam* e possibilidade jurídica do pedido¹⁴)?

Nossa resposta será aberta: depende.

Realmente, entendemos que a exigência do preenchimento de condições para o exercício do direito de ação não é, por si só, desproporcional.

É que, se, por um lado, todos têm o direito de movimentar o Poder Judiciário, há, de outra parte, o direito, igualmente de todos, de não serem molestados (processados) impertinentemente.

Mais uma vez, estamos diante de dois direitos fundamentais em colisão: o direito fundamental à ação e o direito fundamental à paz, isto é, de não se ser processado indevidamente.

Daí, numa concordância prática¹⁵, é pertinente (adequado) exigir que, para o exercício do direito de ação, sejam observados certos requisitos mínimos que, de plano, indicarão se o autor, caso suas afirmações sejam verdadeiras, poderá lograr êxito com a demanda. Conciliam-se, com isto, os dois direitos fundamentais em colisão.

Por outro lado, não se pode olvidar que as condições da ação possuem uma alta carga ideológica, não se configurando conceitos universais e necessários¹⁶.

14 Quanto à possibilidade jurídica do pedido, LIEBMAN, autor intelectual da doutrina das condições da ação adotadas pelo nosso Código de Processo Civil, modificou seu entendimento inicial para considerar que a possibilidade estava virtualmente incluída no conceito de interesse de agir. Isto porque, “em sendo solicitada uma providência que nem hipotética e abstratamente, pode ser concedida, por ser vedada pelo ordenamento jurídico (v.g., cobrança de dívida de jogo), tal providência não é sequer hipoteticamente útil, carecendo o autor de que a solicite, portanto, de *interesse processual*” (GUERRA, Marcelo Lima. *Estudo sobre o Processo Cautelar*. p. 70).

15 O princípio da concordância prática ou da harmonização, como consectário lógico do princípio da unidade constitucional, é comumente utilizado para resolver problemas referentes à colisão de direitos fundamentais. De acordo com esse princípio, os direitos fundamentais e valores constitucionais deverão ser harmonizados, no caso *sub examine*, por meio de juízo de ponderação que vise a preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionais protegidos (FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão...*p. 98).

16 Como explica JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA: “essas condições da ação não têm uma existência eterna e imutável, ou seja, elas dependem de cada ordenamento jurídico e são

Dessa forma, ao analisar as condições da ação, o juiz não pode apegar-se a formalidades excessivas e descabidas (vedação de excesso). Deve, isto sim, avaliar, no caso concreto, até que ponto valerá a pena sacrificar o direito fundamental à ação em nome das condições da ação, devendo, sempre que possível, utilizar a disposição do art. 284, *caput*, que lhe ordena abrir ao autor a oportunidade de emendar ou completar a inicial, sempre que ela apresente ‘defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento do mérito’.

Numa direta aplicação do princípio da proporcionalidade, o magistrado deverá ponderar se aquela ação, que, a rigor, seria “inepta”, é capaz de fornecer, mesmo com dificuldades, os elementos mínimos, necessários a instrumentalizar o direito de ação. Se a resposta mental for positiva, isto é, se for possível “compreender” de qualquer forma o que se deduz, o magistrado será obrigado a dar máxima efetividade ao princípio da ação. Qualquer comportamento excessivamente formalista por parte do juiz não seria legítimo, pois “os requisitos processuais devem ser interpretados no sentido mais favorável ao direito de ação, sob pena de inconstitucionalidade”.

Portanto o que se pode concluir é que o simples fato de se condicionar a ação aos requisitos de interesse de agir, legitimidade *ad causam* e possibilidade jurídica do pedido, não é, em si, inconstitucional. A inconstitucionalidade reside numa interpretação fechada desses conceitos, apegada a formalidades individualistas não mais condizentes com os escopos sociais e políticos do processo.

Em outras palavras: as condições da ação só serão constitucionais se, em cada caso concreto, numa análise tópica e empírico-dialética, forem aplicadas pelo juiz, com proporcionalidade, sempre com vistas à otimização máxima do preceito constitucional que garante o direito à ação.

6.2.2. A problemática do depósito prévio nos embargos e em outras ações (anulatória de débito fiscal, ação rescisória etc)

Situação que ocorre com certa frequência é a legislação exigir a “segurança do juízo” para que seja exercido o direito de ação.

Exemplo típico é a exigência da garantia da instância para apresentar embargos à execução (que tem natureza de ação).

condicionadas pelas realidades sociais. Portanto são conceitos históricos, isto é, mutáveis no tempo e no espaço e dotados de uma clara função político-ideológica na sociedade (*Teoria Geral do Processo*, p. 207).

O prof. MARCELO LIMA GUERRA, aferindo a constitucionalidade de tal exigência, com base nos escritos de ANDOLINA e VIGNERA, diz que qualquer questão que diga respeito à constitucionalidade da subordinação legal do exercício do direito de ação ao atendimento de ônus patrimoniais é de ser solucionada à luz dos seguintes critérios:

a) quando de fácil cumprimento e de pequena importância, o ônus deve ser considerado *inconstitucional*, na medida em que criar *injustificáveis* obstáculos formais ao exercício do direito de ação;

b) quando o ônus é, pelo contrário, de difícil cumprimento, pode ser considerado admissível (*i.e.* constitucional) somente se se apresenta como condição absolutamente *necessária* para assegurar a realização de outros valores constitucionais, considerados *prevalentes ou equivalentes* ao direito de ação¹⁷.

Portanto, somente na análise de casos concretos, é que será possível dizer se a garantia do juízo na execução é ou não constitucional.

A razão de não se mostrar, *a priori*, inconstitucional essa limitação ao direito de ação está no fato de que o processo de execução é a ambiência natural de concreção da efetividade da tutela jurisdicional. Logo, dois direitos fundamentais estariam em colisão: o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional do possuidor do título (exequente) e o direito fundamental à ação do executado.

Por esta razão, a limitação ao direito de ação do executado mostrar-se-ia constitucional justamente por garantir a concreção do outro direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional executiva, que, conforme assevera BARBOSA MOREIRA, “sempre foi - e continua a ser - uma das pedras onde tropeçam os melhores propósitos de agilização”. Isto porque, “estaria, de alguma forma, comprometida, quanto ao credor, a garantia da efetividade da tutela jurisdicional, se fosse permitido ao devedor opor, livres de qualquer exigência, embargos à execução. Recorde-se que, na sistemática do CPC, a admissão dos embargos do devedor tem o efeito de paralisar a execução”¹⁸.

Assim, a garantia do juízo representa mesmo uma exigência inerente ao próprio direito fundamental à ação, com base na qual “se pretende pôr em xeque a constitucionalidade da garantia do juízo”.

Por outro lado, há situações peculiares em que não se mostraria razoável a exigência da garantia do juízo.

17 *Execução forçada*. p. 67.

18 GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Forçada*. p. 69.

Exemplo disto ocorre quando o executado não tem patrimônio disponível para “segurar o juízo”, ou seja, para ser penhorado. Que adiantaria exigir que esse devedor garantisse o juízo? Haveria, portanto, nessa situação, uma limitação injustificável ao direito de ação.

De fato, explica MARCELO GUERRA, “inexistindo bens penhoráveis, a segurança do juízo não representa uma garantia da ação do credor contra ‘abusos’ no exercício do direito de ação do devedor, pois o processo de execução, por razões práticas e não jurídicas, já está e deve ficar suspenso (CPC, art. 791, inc. III). Ora, se não há como, praticamente, atender ao requisito da segurança do juízo, impedir por tempo indeterminado a proposição dos embargos constitui grave e desnecessária limitação ao direito de ação do devedor”¹⁹.

Em seguida, arremata o professor cearense:

“Assim, tendo em vista hipóteses dessa natureza, compreende-se que a segurança do juízo não apenas é totalmente inútil, na perspectiva (da efetividade) do direito de ação do credor, como também é gravemente prejudicial, na perspectiva (da efetividade) do direito de ação do devedor, por impossibilitar completamente ao executado o exercício desse direito de índole constitucional. Segue-se daí que não seria desarrazoado considerar tal exigência inconstitucional quando, na prática, se verificasse a inexistência de bens do devedor, suscetíveis de penhora”²⁰.

Como conclusão: a garantia do juízo para a propositura dos embargos à execução somente será constitucional se, na situação concreta em que for exigida, mostrar-se adequada, necessária e proporcional (em sentido estrito) à própria efetividade da execução.

E, naqueles outros casos em que há “ônus patrimoniais”, condicionando o exercício do direito de ação, há violação ao princípio constitucional?

¹⁹ *Execução Forçada*. p. 70.

²⁰ *Ob. Cit.* p. 71. Nesse sentido, assim decidiu o STJ: “I - O sistema processual que rege a execução por quantia certa, salvo exceções, exige a segurança do juízo como pressuposto para o oferecimento dos embargos do devedor. II - Somente em casos excepcionais, sobre os quais a doutrina e a jurisprudência vêm se debruçando, admite-se a dispensa desse pressuposto, pena de subversão do sistema que disciplina os embargos do devedor e a própria execução”. (RESP 40078/RS, Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA Data da Decisão 10/12/1997)

Vejam as duas hipóteses em que esses ônus são exigidos:

1. exigência de depósito prévio para a propositura da ação declaratória de inexistência ou anulatória de débito fiscal (art. 38 da Lei de Execuções Fiscais) e;
2. depósito de 5% sobre o valor da causa, exigido como condição de procedibilidade para o ajuizamento da ação rescisória (art. 488, II, do CPC).

No primeiro caso, a previsão encontra-se no art. 38 da Lei de Execuções Fiscais:

“art. 38. A discussão judicial da dívida ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição de indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, **esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.**” - grifamos a parte que nos interessa

É a conhecida cláusula *solve et repete* (paga e depois discute).

A medida, sem receio de equívoco, não passa pelo “teste” da proporcionalidade. Vejamos.

Primeiramente, com vistas a aquilatar a adequação da medida, devemos saber qual o seu objetivo.

Certamente, a finalidade da exigência do depósito prévio é facilitar a cobrança posterior do crédito na hipótese de improcedência do pedido.

Vê-se, dessa forma, que é adequada a medida. Afinal, ninguém discute que ficaria bem mais cômodo para a Fazenda Pública proceder à simples conversão do depósito em renda do que iniciar uma nova demanda executiva, que nem sempre consegue a almejada efetividade.

Passa, portanto, essa exigência do depósito prévio prevista na LEF pelo primeiro critério da proporcionalidade em sentido lato.

Por outro lado, afigura-se-nos iniludível que a medida não é a “mais suave”, ou seja, não é estritamente necessária para atingir os fins almejados. Expliquemos: a Fazenda Pública dispõe de um arsenal de meios (prerrogativas processuais e materiais) para fazer com que o contribuinte pague o montante do tributo, entre esses meios quais podemos citar a própria execução fiscal, a inclusão do nome do devedor na “dívida ativa” (embora, em alguns casos, essa medida se mostre inconstitucional) a proibição de, em algumas hipóteses, o devedor contratar com o poder público, entre inúmeros outros.

Logo, ao exigir o depósito prévio para a propositura da ação declaratória de inexistência ou anulatória de débito fiscal, inibindo, com isso, a propositura da ação, está-se criando um meio excessivamente penoso para se levar a cabo a cobrança do débito fiscal. O meio é adequado, mas não necessário.

Ademais, há de se anotar que o *solve et repete* também fere a proporcionalidade em sentido estrito. Isto porque não há direito fundamental a se proteger, ao se fazer tal exigência. Em outras palavras, limita-se o direito fundamental à ação em nome de um mero interesse (secundário) da Fazenda Pública.

Dessume-se, pois, que o art. 38 da Lei de Execução Fiscal é inconstitucional por limitar, de forma irrazoável, o direito fundamental à ação. Assim, o depósito previsto no malsinado art. 38 deve ser compreendido como uma faculdade do contribuinte: depositando o montante devido, fica obstada a execução fiscal.

Neste sentido, NELSON NÉRY JR., citando vasta jurisprudência decidindo pela inconstitucionalidade do preceito, afirmou que “constitui negativa de acesso à Justiça, com ofensa ao princípio constitucional do direito de ação, condicionar o ajuizamento de ação declaratória ou anulatória de débito fiscal ao prévio depósito do valor do débito, monetariamente corrigido, acrescido dos juros e multa de mora, como dispõe a LEF 38, numa espécie de cláusula *solve et repete*. O depósito não é, portanto, condição para o exercício do direito de ação declaratória ou de anulação de débito fiscal”²¹.

A outra situação (**exigência do depósito para a propositura da ação rescisória**) tem supedâneo legal no art. 488, II, do CPC:

“art. 488. A petição inicial [da ação rescisória] será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 282, devendo o autor:

II - depositar a importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou improcedente.

Parágrafo único - Não se aplica o disposto no nº II à União, ao Estado, ao Município e ao Ministério Público” - os colchetes são nossos.

21 *CPC Comentado*. p. 71. Nesse mesmo sentido: “o depósito previsto no artigo 38 da Lei nº 6.830/80 não é pressuposto à propositura da ação anulatória do débito fiscal. Inibe apenas a cobrança do crédito” (STJ, RESP 176642/1999 - DF, TURMA:2, Relator: HELIO MOSIMANN, Data da Publicação: 03-29-1999 - DJ 03-29-1999 PG: 00154).

Ressalte-se que, por força da súmula 175 do STJ, “descabe o depósito prévio nas ações rescisórias propostas pelo INSS”.

Para aquilatar a proporcionalidade do dispositivo, é fundamental descobrir qual a sua razão de ser.

A finalidade desse depósito de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, obviamente, não é garantir a efetividade da ação, tal qual ocorre na segurança do juízo para a propositura dos embargos. De fato, aqui a medida tem um caráter eminentemente sancionatório, diria mesmo inibitório ao direito à ação, pois o seu montante, caso a ação rescisória tenha seu pedido julgado improcedente por unanimidade de votos, terá o efeito de multa.

Então, pode-se dizer que o objetivo principal da exigência do depósito é mesmo inibir (limitar) o exercício do direito à ação rescisória nos casos em que esta se mostre impertinente a ponto de ser, por decisão unânime, declarada improcedente ou inadmissível.

Sendo este o objetivo, como de fato o é, percebe-se facilmente que a medida é adequada, isto é, realmente torna “menos sedutora” a propositura da ação rescisória. Afinal, aquele que pretende propor uma ação rescisória certamente pensará duas vezes antes de o fazer, se considerar que o pedido será julgado improcedente por unanimidade de votos. O primeiro item da proporcionalidade, dessa forma, resta obedecido.

E é necessária a medida? Em outras palavras: é o meio mais suave de inibir a propositura da ação rescisória? Afigura-se-nos que sim.

Realmente, uma das soluções para inibir completamente a propositura da ação rescisória seria simplesmente proibi-la. Nesse caso, certamente teríamos um excesso. Porém, ao se estipular uma multa de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, consegue-se desestimular o exercício do direito de propor a ação rescisória, sem, contudo, inibi-lo completamente, ou seja, sem atingir seu núcleo substancial. Caso a multa fosse, por exemplo, de 1% (um por cento) o meio seria, sem dúvida, mais suave; no entanto não seria adequado, vez que não teria o condão de desestimular a propositura da ação.

Por outro lado, entendemos que, em alguns casos, em que, por exemplo, o valor da causa seja muito elevado, ou então na hipótese de o autor da ação rescisória não ter condições financeiras para pagar a multa, esse percentual pode e deve ser diminuído, pois, do contrário, não se estaria sendo proporcional, vez que se estaria inibindo completamente o exercício do direito fundamental à ação.

Quanto à presença ou não da proporcionalidade em sentido estrito, é preciso analisar se há outro direito fundamental em jogo capaz de justificar a medida.

A ação rescisória, como é cediço, tem por finalidade desconstituir uma sentença (ou acórdão) de mérito da qual não se caibam mais recursos, ou seja, visa justamente a atacar a coisa julgada material.

Ora, uma das principais metas da Jurisdição é exatamente dirimir conflitos em definitivo. Não seria, portanto, muito lógico permitir-se que a coisa julgada material fosse, a qualquer tempo, questionada. Daí ser perfeitamente justificável a proibição de formação de um novo processo com os mesmos elementos (parte, pedido e causa de pedir) daquelo outro já atingido pela coisa julgada material, salvo nas excepcionais hipóteses, taxativamente elencadas no Código de Processo Civil (art. 485).

Desta forma, há um motivo proporcional em sentido estrito para não se estimular a propositura da ação rescisória. Isto é, há um direito fundamental (à segurança jurídica proveniente da coisa julgada material) hábil a justificar a limitação ao direito fundamental à ação. Em virtude desta constatação, inegável é que há uma proporcionalidade em sentido estrito na criação de mecanismos capazes de inibir a propositura da ação rescisória.

Observa-se, com isso, que as limitações ao direito de ação provenientes de ônus patrimoniais são possíveis, desde que sejam proporcionais (adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito).

6.2.3. O prazo decadencial de 120 para a propositura do mandado de segurança

Questão que atormentou - e ainda atormenta - os juristas é a problemática do prazo de 120 para a propositura do mandado de segurança, sob pena de decadência do direito de impetrar o remédio constitucional.

Tal limitação à propositura do mandado de segurança é prevista no art. 18 da Lei 1.533/51:

“art. 18. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos cento e vinte dias contados da ciência pelo interessado, do ato impugnado”.

Muitos juristas defendem a inconstitucionalidade do preceito, pois “os requisitos para o exercício da garantia fundamental do MS estão enumeradas na CF

5º, LXIX. Não pode a lei ordinária criar outros requisitos que limitem o exercício desse direito. A norma da LMS 18, que estipula o prazo de 120 dias para a impetração do MS, não foi recepcionada pela nova ordem constitucional, sendo ineficaz e inaplicável”²².

Observa-se que a grande maioria dos autores que entendem ser o prazo do art. 18 inconstitucional baseia-se no fato de que o exercício do mandado de segurança é um direito fundamental absoluto; portanto a lei ordinária não poderia limitá-lo.

De nossa parte, entendemos que o preceito insculpido no art. 18 da Lei do Mandado de Segurança, justamente por se tratar de uma limitação a um direito fundamental, deve ser analisado à luz dos critérios fornecidos pelo princípio da proporcionalidade, pois sabemos que não existem direitos fundamentais absolutos. Vejamos, pois, se o preceito passa pelo “teste” da proporcionalidade.

Primeiramente, há de se perquirir a finalidade do dispositivo para que seja aferida a adequação entre meio e fim, o primeiro subprincípio da proporcionalidade.

A instituição de um prazo para a impetração do mandado de segurança tem por função precípua dar maior segurança ao próprio exercício do *writ*, pois, como explica FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS, “decorre mesmo da própria natureza do direito cujo exercício se impede ou se ameaça, descabendo à Constituição disciplinar exercícios de direitos ou vedar que se estabeleçam prazos para eles, sob pena de, ao admitir-se que se possa impetrar o mandado de segurança, indefinidamente, se crie uma situação de insegurança, com o que não se compadece o direito”²³.

Assim, considerando as peculiaridades inerentes à própria natureza da ação mandamental, como, por exemplo, a necessidade de se fazer prova pré-constituída, a existência de um direito líquido e certo *etc.*, o estabelecimento de um prazo de 120 dias para a impetração do *writ of mandamus* seria pertinente. Com isso, se não houvesse a limitação ao uso do mandado de segurança, a Administração permaneceria eternamente sujeita ao controle do Poder Judiciário, uma vez que, a qualquer momento se poderia impetrar o *writ*, o que geraria uma situação de insegurança jurídica. Este é o argumento de quem entende ser constitucional o mencionado prazo.

No nosso entender, porém, não há adequação no preceito ora vergastado. É que, se, por um lado, a impetração do mandado de segurança estaria impedida após a

22 NERY JR., Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. p. 71.

23 apud BOGO, Luciano Alaor. *Do prazo para impetração do mandado de segurança (artigo 18 da Lei nº 1.533/51)*, p. 65.

decorrência dos cento e vinte dias previstos na lei, por outro lado, é igualmente certo que o titular do direito líquido e certo poderia, da mesma forma, socorrer-se às vias ordinárias para conseguir exatamente o mesmo direito. Ou seja, o direito assegurado pela Constituição à impetração do mandado de segurança só se extingiria com o perecimento do próprio direito material invocado, pela decadência ou prescrição, e não pelo decurso de um prazo criado pela lei. Que segurança traria, então, esta limitação temporal? Absolutamente nenhuma. Como assevera o Min. CARLOS VELLOSO,

“(…) ajuíza-se uma ação de segurança, comprovando-se, documentalmente, os fatos. Poderá o juiz, então, fazer incidir sobre os fatos a norma de direito positivo e verificar se, de tal incidência, nasce o direito. No momento de fazer isto, entretanto, verifica o juiz que o *writ* foi requerido no 121º dia. Decidirá, então, pela decadência do direito à impetração, mandando o impetrante para as vias ordinárias. O que vai acontecer: na via ordinária, repetir-se-á a mesma petição, serão juntados os mesmos documentos, não será marcada audiência, porque não haveria necessidade de se fazerem novas provas. Ora, isto é científico? É claro que não. Isto não presta obséquio ao princípio da economia processual que comanda todo o processo”²⁴.

Assim, sob o aspecto da adequação entre meio e fim, o preceito do art. 18 da Lei 1.533/51 malferiria o princípio da proporcionalidade.

Por outro lado, caso se considere que há relação de pertinência na adoção da medida, o que se diz apenas para concluir o raciocínio, parece inarredável que o prazo de 120 dias conseguiria passar pelo segundo aspecto da proporcionalidade “*lato sensu*”, qual seja, a vedação do excesso.

No caso em questão, o excesso deve ser analisado negativamente, isto é, quanto menor o prazo para a propositura do mandado de segurança, maior seria o excesso, o abuso. Assim, se o prazo fosse de 10, 15 ou 20 dias, aí sim, haveria malferimento à proporcionalidade (vedação ao excesso), pois seria praticamente impossível impetrar a segurança em um período de tempo tão exíguo. Em outras palavras: o estabelecimento de um prazo não poderia tornar impossível, ou melhor, não poderia atingir o núcleo essencial do direito à impetração.

²⁴ *apud* BOGO, Luciano Alaor. *Do prazo para impetração do mandado de segurança (artigo 18 da Lei nº 1.533/51)*. p. 66

Na hipótese, o prazo de 120 dias não é excessivamente curto, pois permite perfeitamente a propositura do remédio heróico.

Já quanto ao último aspecto da razoabilidade, não há a menor dúvida: o art. 18 da Lei do Mandado de Segurança não é proporcional em sentido estrito. Em outras palavras: os benefícios obtidos com a adoção do prazo de 120 para a propositura do *writ* são infinitamente menores do que os prejuízos dele advindos.

Realmente, ao se limitar o direito fundamental à impetração do mandado de segurança de forma diferenciada, não se tem em mira proteger outro direito fundamental, mas tão-somente facilitar a defesa da autoridade tida como coatora, donde se conclui que não é razoável a medida, pois os danos causados (limitação ao direito fundamental do impetrante) não são compatíveis com os resultados obtidos.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, já se manifestou em sentido contrário, ou seja, já decidiu que o prazo de 120 para a propositura do mandado de segurança é constitucional (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 21362-DF. Primeira Turma. Relator Senhor Ministro CELSO DE MELLO. Acórdão de 14 de abril de 1992; Recurso Extraordinário em Mandado de Segurança nº 21.364-RJ. 2ª Turma. Relator Senhor Ministro CARLOS VELLOSO. Acórdão de 23/06/92).

Em conclusão: a despeito do posicionamento do Pretório Excelso, tem-se que o art. 18 da Lei do Mandado de Segurança é inconstitucional, pois não é adequado, muito menos proporcional em sentido estrito, embora não seja “excessivo” (excessivamente exíguo, entenda-se).

6.2.4. O prévio exaurimento da instância administrativa para a propositura do mandado de segurança e outras ações

Outra questão problemática no que se refere à limitação ao direito de ação é a necessidade do prévio exaurimento da instância administrativa para a impetração do mandado de segurança e outras ações.

Segundo NELSON NERY JR., “não pode a lei infraconstitucional condicionar o acesso ao Poder Judiciário ao esgotamento da via administrativa, como ocorria no sistema revogado (CF/67, 153, §4º). Não é de acolher-se alegação da fazenda pública, em ação judicial, de que não foram esgotadas as vias administrativas para obter-se o provimento que se deseja em juízo (RP 60/224)”.

De fato, à primeira vista, mostra-se irrazoável, ou melhor, desproporcional exigir-se o esgotamento prévio da instância administrativa para, somente empós, socorrer-se ao Judiciário. Ou seja, no instante em que o direito é violado, as portas da

Justiça devem estar prontamente abertas para prestar efetivamente a tutela jurisdicional.

Por outro lado, há situações em que o não-esgotamento das vias administrativas realmente teriam o condão de impedir a propositura da ação, sem que, com isto, esteja-se limitando o acesso à Justiça.

É, por exemplo, o caso do art. 5º, inc. I, da Lei do Mandado de Segurança, que estipula: “não se dará mandado de segurança quando se tratar de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução”.

Neste caso, na hipótese de o ato impugnado ser comissório e o impetrante ter preferido esgotar as vias administrativas, parece incabível o mandado de segurança para atacar o mesmo ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução. É que não há o interesse de agir; afinal, há necessidade de que “o ato impugnado seja operante e exequível. O que não pode ocorrer é a utilização, ao mesmo tempo, do recurso administrativo com efeito suspensivo e do mandado de segurança, por isso que, interposto o recurso administrativo com efeito suspensivo, o ato deixa de ser operante e exequível” (Tribunal Federal de Recursos, Quarta Turma, Apelação em Mandado de Segurança n. 89.104-RJ, Relator Ministro Carlos Velloso).

No caso, porém, de o ato impugnado ser omissivo, aplica-se a Súmula 429 do Supremo Tribunal Federal: “a existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade”²⁵.

No mais, a Jurisprudência é pacífica quanto à desnecessidade do exaurimento da instância administrativa como condição para o exercício do direito de ação, conforme se pode observar nestas súmulas por nós coletadas:

Súmula 89 do Superior Tribunal de Justiça - “a ação acidentária prescinde do exaurimento da via administrativa”²⁶.

25 No que se refere à interpretação desta súmula, o Supremo Tribunal Federal esclareceu que ela incide “apenas nas hipóteses de procedimento omissivo da autoridade pública. Não nas de procedimento comissivo (RTJ 113/828)”.

26 Aliás, O STJ já decidiu que “a Lei n. 6.376/76 aboliu, expressamente, a exigência de que o acidentado, antes de ingressar em juízo, formule requerimento à administração” (RE n. 22.965-RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 19.10.92, pág. 18.222). Isto porque, “a obrigação de comunicar o infortúnio é do empregador e não do empregado. A Lei n. 6.367/76 (arts. 14 e 19, II) não exige prévio exaurimento da via administrativa como condição de procedibilidade da ação judicial. Iterativos precedentes da jurisprudência. Recurso provido” (STJ — RE n. 23.651-8, RJ, ac. unân. da 1ª Turma, rel. Min. Milton Pereira, j. em 14.4.93, DJU de 17.5.93, pág. 9.301).

Súmula 213 do Tribunal Federal de Recursos - “o exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária”.

Súmula 9 do Tribunal Regional Federal da 3ª Região - “em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação”.

6.2.5 A perempção e o direito fundamental à ação

A perempção, como se sabe, é a perda do direito de ação em virtude de o processo ter sido extinto, sem julgamento do mérito, por três vezes em razão da desídia do autor, que não promoveu os atos e diligências que lhe competiam, abandonando a causa por mais de 30 (trinta) dias (art. 267, III, do CPC).

Assim, na forma do § 1º do art. 268 do CPC:

“Se o autor der causa, por três (3) vezes, à extinção do processo pelo fundamento previsto no n. III do artigo anterior, não poderá intentar nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa do seu direito”.

Com isso, ocorrendo a perempção, a quarta ação objetivando a mesma pretensão há de ser extinta sem julgamento do mérito. Esta decisão, esgotados os recursos possíveis, faz uma forma *sui generis* de coisa julgada, pois, embora sem mérito, impede a propositura de outra ação com os mesmos elementos da primeira, ficando, entretanto, ressalvada a possibilidade de se alegar a matéria em via de defesa.

A nosso ver, a medida adotada pelo Código de Processo Civil não é proporcional, sendo, portanto, constitucionalmente inválida. É que, como visto, embora os princípios constitucionais processuais não se configurem como preceitos absolutos, quaisquer limitações a esses princípios somente serão possíveis se forem adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.

No caso, a medida, por visar a punir o autor desidioso, certamente é adequada. Também é proporcional em sentido estrito, pois, como já dissemos, há, em contraposição ao direito à demanda, um direito fundamental de não se ser processado indevidamente. Assim, haverá casos em que será melhor sacrificar o direito à ação em nome do direito à paz (*e.g.* a exigência de observância das condições da ação como limites ao exercício do direito de ação). Porém, conquanto a medida seja adequada e proporcional

em sentido estrito, não é necessária; vale dizer é excessiva, rigorosa ao ponto de atingir o núcleo essencial do direito à ação.

Realmente, a punição prevista no parágrafo único do art. 268 impede, por completo, a apreciação da matéria, em via de ação, pelo Poder Judiciário, sendo de se questionar, inclusive, se caberá ação rescisória da terceira decisão que extingue o processo, pois, apesar de ser uma decisão sem julgamento de mérito, tem o condão de impedir a propositura de uma nova demanda. Afronta, dessa forma, o direito fundamental à ação. Em outras palavras: não é o meio mais suave de se punir o autor desidioso. Certamente, a imposição de uma multa ou outro ônus desta natureza teria o condão de punir o autor, sem contudo impossibilitar o exercício do direito de ação.

Em resumo: a perda do exercício do direito de ação pela preempção, prevista no parágrafo único do art. 268 do CPC não é constitucional, pois, conquanto seja adequada e proporcional em sentido estrito, não é necessária por ser excessiva. Ressalte-se, no entanto, que a doutrina e a jurisprudência, nas raras oportunidades em que tratam da matéria, entendem o contrário, ou seja, que não há inconstitucionalidade no preceito.

7. Para concluir

O correto domínio do princípio da proporcionalidade certamente terá o condão de tornar a vida do operador do direito bem mais fácil, conforme se pôde verificar ao longo do presente estudo, em que foi analisada, à luz da proporcionalidade, a validade ou não de diversas situações em que há limitações ao direito fundamental à ação.

Sobretudo aos juízes, é fundamental a compreensão desse princípio. Antes de aplicar acriticamente os “rigores da lei”, tal qual um poeta parnasiano do século passado, mediante o velho exercício mecânico da lógica formal de subsunção dos fatos à norma, o magistrado, desde a primeira instância até os mais altos tribunais, deve fazer uma análise tópica, empírico-dialética do caso concreto, buscando, com base na proporcionalidade, a máxima efetivação dos princípios consagrados na Constituição, nunca temendo decidir *contra legem*, mas *pro principium*.

Deve, assim, o julgador, como corolário lógico de seu nobre mister, aplicar, sempre que se confrontar com uma situação em que se necessite preservar direitos fundamentais, a regra da proporcionalidade. Se a lei, por acaso, não está em consonância com o princípio, não deve o magistrado temer relegar a lei a um segundo plano e *concretizar* o preceito constitucional que está em jogo. A função jurisdicional, portanto,

só terá sentido se comprometida com os postulados constitucionais; do contrário, melhor não a ter.

Sempre e sempre deve estar presente na atividade diária de todo profissional do direito o princípio da proporcionalidade. Afinal, de nada valem apelos doutrinários sem a devida e concreta acolhida da teoria pelos verdadeiros operadores das normas jurídicas, pois, do contrário, 'não restaria outra saída senão recolher-se à celeberrima torre de marfim e ali matar o tempo com charadas exegéticas sem repercussão alguma, no mundo exterior', conforme a célebre passagem de Barbosa Moreira.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. *A Constituição e a efetividade de suas normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 3ª ed. atual, Renovar, Rio de Janeiro, 1996

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2ª ed. Saraiva, São Paulo, 1998

BOGO, Luciano Alaor. *Do prazo para impetração do mandado de segurança (artigo 18 da Lei nº 1.533/51)*. Revista de Direito Processual Civil - Gênese.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Malheiros, São Paulo, 1998

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Sérgio Antônio Fabris Editor, Brasília, 1996

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1973

_____. *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*. José Bushatsky editor, São Paulo, 1973

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; e DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 11ª ed. Malheiros, São Paulo, 1995

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Princípio da Isonomia, Princípio da Proporcionalidade e Privilégios Processuais da Fazenda Pública*. Revista Nomos, vols. XIII/XIV, nºs 1/2 0 jan./dez. 1994/1995

_____. *Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*. In: Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais.

- Coor. WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO. Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997
- _____. *Ensaio de Teoria Constitucional*. UFC, Fortaleza, 1989
- _____. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. Celso Bastos Editor, São Paulo, 1999
- GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Forçada*. 2ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998
- _____. *Estudos sobre o Processo Cautelar*. Malheiros, São Paulo, 1997
- _____. *Antecipação de Tutela no Processo Executivo*. Disponível *On-Line* URL: www.roadnet.com.br/pessoais/rjorge/antecipacao.html
- MARINONI, Luís Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. Malheiros, São Paulo, 1999
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. Dialética, São Paulo, 1999
- MOREIRA, Barbosa. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. Revista da Ajuris 64, Porto Alegre
- NEGRÃO, TEOTHONIO. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 24ª ed. São Paulo, 1996
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Constitucionais Processuais*. 5ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *CPC Comentado*. Revista dos Tribunais, 1994
- PORTANOVA, Rui. *Princípio Igualizador*. Revista da Ajuris 62
- _____. *Princípios do Processo Civil*. 3ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1999
- ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 4ª ed. Malheiros, São Paulo, 1999
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I, 22ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 1997

O PARADOXO DOS DIREITOS HUMANOS E TRÊS FORMAS DE SEU DESDOBRAMENTO

NIKLAS LUHMANN *

Tradução do original em alemão:

Ricardo Henrique Arruda de Paula, mestrando em Direito Público U.F.C.; mestrando em Filosofia U.E.C.E., Consultor Jurídico da Câmara Municipal de Fortaleza.

Paulo Antônio de Menezes Albuquerque, professor da U.F.C., Procurador da U.F.C.

I.

O problema da fundamentação dos direitos humanos é uma herança que a decadência do antigo Direito Natural europeu nos deixou. Havia no Direito natural um sentido ativo de Natureza, o qual continha componentes tanto cognitivos quanto normativos. Assim, também a Natureza foi concebida como passível de corrupção, visto que ela evidentemente nem sempre atinge seu objetivo imanente de perfeição. O mesmo valia para suas capacidades cognitiva e normativa, de modo especial como

* Niklas Luhmann (1927-1998), um dos maiores sociólogos de nosso tempo, foi, durante muitos anos, Professor da Universidade de Bielefeld, na Alemanha. Doutorou-se na Universidade de Münster, depois de alguns anos de pesquisa na Universidade de Harvard, onde foi aluno de Talcott Parsons, tendo reelaborado a teoria deste em novas bases. Possuidor de uma enorme capacidade de trabalho (a qual se baseou notoriamente na organização de um imenso fichário) suas publicações são praticamente impossíveis de ser listadas completamente, tendo o autor abordado temas das áreas de Teoria da Sociedade, Teoria das Organizações, Política e Sociologia do Conhecimento. Mas foi sobretudo em sua atuação como sociólogo do Direito que Luhmann trouxe contribuição inestimável para a compreensão da sociedade moderna. O presente artigo tem como título original “*Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung*”, tendo sido publicado na série *Soziologische Aufklärung* 6, Westdeutscher Verlag, Opladen 1995, S. 229-236.

elas se manifestam (e justamente na forma da corruptibilidade) na natureza racional do homem. As técnicas de conceituação que tentaram corresponder a esta semântica foram técnicas de eliminação de paradoxos. Isto vale nitidamente para a problemática do tempo, enquanto questão tratada à semelhança do modelo de leitura da física, no esquema ontológico de ser ou não ser.¹ Do mesmo modo vale também para a abstração conduzida ideologicamente de tipos e espécies que, embora pretenda incluir em cada “genus” indivíduos *diferentes*, insiste todavia que um determinado “genus” não seria diferente em relação a outros e nem diferentes seriam iguais.²

O exposto acima destina-se a garantir previamente ao leitor que nos encontramos em boa, ou, ao menos, em tradicional companhia, quando partimos da tese que cada fundamentação dos Direitos Humanos (e fundamentação no duplo sentido da produção de validade e de apresentação de razões justificadoras) exige um gerenciamento de paradoxos. Quando a “ciência normal” se desenvolve, não há necessidade de se pensar no assunto. Confia-se em uma forma histórica estabelecida que não vê a paradoxalidade. Trata-se de distinções que as substituem e, ao mesmo tempo, encobrem. Só em situações de crise, numa troca de razões de fundamentação ou na busca por formas basicamente diferentes de estabilidade, manifesta-se o paradoxo, a fim de conduzir a troca de paradigmas, ensinando também que não se pode agir, nessa questão, simplesmente de forma voluntarista.

Partimos da tese de que se pode observar uma determinada “catástrofe” (N.T.: mudança evolutiva abrupta) na Europa do século XVI, e que os “direitos humanos” são o resultado da de construção do Direito Natural (em que, para auto-engano dos protagonistas, o termo Direito Natural é mantido, mas adaptado como um tipo de direito racional). As razões para esta pressão mutacionista, que se fazem sentir tanto nas estruturas normativas como na necessidades de sistematização do direito comum, são geralmente apontadas no desenvolvimento da economia monetária.³ Mas há outros processos de diferenciação de mesma magnitude que, igualmente ou

-
1. Veja-se Aristóteles, Física IV, 10. Também Hegel, Enciclopédia das Ciências Físicas, § 258.
 2. Platão, Sofistas 253 D.
 3. Comparar Gregorio Peces-Barba Martinez, Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales, Madrid 1982. Sobre a tendência de sistematização no direito comum ver investigações levadas a efeito por Hans Erich Troje, Die Literatur des gemeinen Rechts unter dem Einfluss des Humanismus, in: Helmut Coing (Hrsg.), Handbuch des Quellen und der Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte II, 1, München 1971, S. 615-795, 714 ss. Tais declarações são em princípio nada mais do que lendas, ficando por investigar especificadamente em cada instituto jurídico a medida de sua validade.

mesmo de forma mais direta envolvem o conceito de Natureza – como se deu no caso da diferenciação ditada pelo desenvolvimento da ciência experimental matemática, entre Ciência e (Belas) Artes.⁴ Também seria o caso de citar-se o desenvolvimento do Estado territorial moderno e do uso crescente do Direito como instrumento de unificação e reforma. Não podemos nessa discussão discernir qualquer causa motora. Aqui deve bastar a constatação de que a mudança estrutural social, por maior que seja a suposição de que envolva “progresso”, não representa nenhuma pedra de toque para a fundamentação da Teoria do Direito. (Só em nosso século chegaram os Juristas à idéia de fundamentar suas decisões por em suas conseqüências, isto é, ter de fundamentá-las a partir do futuro – justamente pela falta de confiança existente no futuro). O que se pode, efetivamente, observar confirma também essa incapacidade de fundamentação teórico-social do Direito. O Direito tem que ajudar-se a si mesmo, tem de tentar domesticar o seu próprio paradoxo.

A depender de que distinções se faz, o problema se apresenta de forma diferente. Considerando-se a distinção de justiça e injustiça como distinção jurídica interna, o paradoxo se refere a se essa distinção mesma é utilizada de forma justa ou injusta. O problema vem sendo derivado desde o século XVIII da distinção entre legislação e jurisprudência.⁵ O legislador pode se demitir do problema com a referência de que somente o juiz pode decidir sobre casos. O juiz encontra ao contrário seu álibi em que isto tem que ocorrer por regras que foram fixadas de forma genérica pelo legislador.

No dogma dos direitos humanos configura-se um paradoxo bem diferente: aqui trata-se da distinção de indivíduo e direito, que ganha simultaneamente com o desenvolvimento social moderno impacto estrutural e semântico.⁶ O problema é determinado pelo fato de que as referências de identidade ligadas à origem e distinção hierárquica foram suprimidas sem que passassem por substituição. Ao invés disto desenvolve-se a figura do direito subjetivo - que só vale, porém, como direito objetivo.

4. Veja-se sobre o assunto Gerhart Schröter, *Logos und List: Zur Entwicklung der Ästhetik in der frühen Neuzeit*, Königstein/Ts. 1985.

5. Comparar nesta questão Niklas Luhmann, *The Third Question: The Creative use of Paradoxes in Law and Legal History*, in: *Journal of Law and Society* 15 (1988), pp. 153-165. Sobre as peculiaridades do desenvolvimento do século 18 veja-se Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford 1986; David Lieberman, *The Province of Legislation Determined: Legal Theory in Eighteenth Century Britain*, Cambridge Engl. 1989.

6. Mais detalhes em Niklas Luhmann, *Individuum, Individualität, Individualismus*, in: *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Bd.3, Frankfurt 1989, S.149-258.

Se o indivíduo recorrer a *seu* direito como direito *próprio*, falhará tanto quanto o personagem Michael Kohlhaas.⁷ Quando o Direito, por sua vez, leva em consideração o indivíduo, já não é mais então que como entidade parte da sociedade, mediante reduções psiquicamente não-validadas, como se dá com o conceito de pessoa.

Isto não significa, visto formalmente, ainda nenhum paradoxo, representando uma de muitas variedades possíveis. Torna-se, porém, um paradoxo quando não se pode fazer valer a variedade como última resposta, questionando-se então acerca da unidade da diferença, nomeadamente, sobre a forma jurídica da unidade da diferença entre indivíduo e sociedade. O conceito de Direitos Humanos (em oposição a direitos civis) sugere que se tenha achado uma solução para esse paradoxo, e que daí para diante ele possa ser esquecido novamente. Mas em que consiste essa solução?

II .

Faz parte das opiniões aceitas na história das idéias filosófico-sociais e jurídicas que o surgimento do conceito de Direitos Humanos individuais mantenha estreita relação com a doutrina do contrato social original.⁸ Exige-se um pouco mais de coragem (e aqui as considerações teórico-evolutivas poderiam servir de supedâneo) para inverter-se simplesmente a relação de fundamentação: não são os indivíduos que fundamentam o contrato social, mas sim o contrato social que fundamenta os indivíduos. Ou mais exatamente: só com a doutrina do contrato social torna-se possível e também necessário questionar quem conclui esse contrato e graças a quais atributos naturais (razão, interesse, impulsos, direitos naturais) os contratantes vêem vantagens nele. Como muito freqüentemente ocorre, pode ser que aqui a solução previamente disponível - o contrato social - tenha contribuído para definir o problema. O problema passa a ser então o grande número de indivíduos existentes antes (fora) da sociedade. Mas esse problema gera para além do contrato social um segundo problema: que acontecerá aos indivíduos após terem concluído o contrato? A este problema do antes/depois responde a doutrina dos direitos humanos, diferenciando os direitos humanos dos direitos estabelecidos convencionalmente. E isto não pelo modelo de estado da natureza/estado civil, mas sim na forma paradoxal da unidade dessa diferença. Direitos humanos são

7. Sobre este problema - acerca do qual ainda se tinha consciência pelo menos até o Romantismo- veja-se Regina Ogorek, Adam Müllers Gegensatzphilosophie und die Rechtsausschweifungen des Michael Kohlhaas, Kleist-Jahrbuch 1988/89, S.96-125.

8. Veja-se Peces-Barba (Nota 3), pp. 159 e ss.

os direitos que podem se passar do estado de natureza para o estado civil - justamente quando o contrato não pode ser denunciado.

Só esse aspecto traz um conceito não menos notável. Junte-se a isto o fato de que o contrato social, quando for conceituado como *pactum unionis* (e não como na idade média, como *pactum subiectionis*) contém um círculo vicioso de fundamentação. O contrato é vinculante graças somente a si próprio. Sem ele não haveria sequer a norma “*pacta sunt servanda*”. Também permanece sem solução o problema do “free rider”, ou seja, o problema da racionalidade do uso de chances que se torna possível quando os outros firmam um contrato desse tipo. O paradoxo que deveria ser eliminado, retorna portanto, em formas muito específicas. A questão passa a ser então: em que condições se pode ignorar dessa forma – e durante quanto tempo, depois que as relações sociais se tiverem modificado?

No mais tardar durante a segunda metade do século XVIII perdem os conceitos de contrato social em poder de convencimento. Em retrospectiva, essa construção de premissas normativas em notória circularidade aparece hoje como “ideologia” da burguesia ascendente.⁹ Mas o problema dos direitos humanos prossegue. Ele procura para si um novo paradoxo, não-confessável, e encontra a solução na textualização, e por fim na positivação desses direitos pré-positivos. Pensa-se, inicialmente, em puros textos declaratórios, que somente reconhecem que tais direitos existem, como nos Bills of Rights americanos ou na Déclaration Française.¹⁰ Logo se tornará, porém, usual incluir tais textos na Constituição, contra considerações de cunho sistemático, para dar-lhes a estabilidade do Direito Constitucional e normalizá-los juridicamente. Agora se manifesta nosso paradoxo como necessidade de positivação do direito pré-positivo. Por algum tempo, poder-se-á orientar na medida em que se refere ao que os textos querem indicar como sendo “Direito Natural” e tal menção à Natureza ressoa nos textos, a abriga e depois expurga, como se dá com formulações afirmativas de “ser”, como por exemplo no artigo 1. da Lei Fundamental alemã (N.T.: “A dignidade humana é intocável.”) . Também se pode dizer que as formulações textuais são só

9. Veja-se David Gauthier, *The Social Contract as Ideology*, in: *Philosophy and Public Affairs* 6 (1977), pp.164. De observar-se seria ainda que somente a designação como ideológico deixa alguns satisfeitos e priva de mais perguntas. No entanto seria de se questionar como a designação de uma suposta verdade pode ser verdadeira como ideologia - ou como ela poderia estar segura de não ser também uma ideologia.

10. Sobre os conflitos *imediatos* acerca de formulações e de reforma ver Marcel Gauchet, *Droits de l'homme*, in: François Furet/Mona Ozouf (Hg.), *Dictionnaire de la Révolution Française*, Paris 1988, pp. 685-695. Tão logo textos estejam produzidos, dá-se a necessidade de comentários e modificações.

auxílio de uso, só equipamentos acidentais de direitos já existentes. Mas pode-se ver que não faz diferença alguma se afirmações desse tipo são verdadeiras ou não. E acima de tudo essa necessidade de positivação torna o gerenciamento do paradoxo dependente da instituição do Estado Territorial. Isto deixa a base de validade dos direitos humanos obscura para a sociedade global – um problema crescentemente urgente nos dias de hoje, que ninguém poderá resolver simplesmente mediante a negação do direito da sociedade global. Também as convenções internacionais permanecem ligadas aos países individuais - e isto, mesmo quando se referem especificamente ao respeito aos direitos humanos. Como se pode ver no destino da America Convention Human Rights de 1988: elas são assinadas ou não; ratificadas ou não; submetidas ou não a uma jurisdição prévia e, naturalmente, tudo isso com a soberana ressalva da possibilidade de sua denúncia.¹¹

Será que esta forma de administração de paradoxo, de nomenclaturar os direitos humanos, ainda é apropriada aos tempos atuais? Não se querará certamente renunciar a isto mas, se não se perder de vista a referência paradoxal da figura, poderá talvez ser observada uma nova incorporação da imagem do paradoxo. Ele oculta-se agora de outra forma – correspondendo à impressão geral de que os produtos da civilização passam a ser reconhecidos dentro de seus próprios limites.

A forma mais atual de afirmação dos direitos humanos poderia ser assim, simultaneamente, a mais original (mais natural). Normas são reconhecidas por meio de suas violações; e os direitos humanos na medida em que são descumpridos. Assim como freqüentemente as expectativas tornam-se conscientes por via de sua frustração, assim também as normas freqüentemente pela ofensa a elas. A situação de frustração conduz nos sistemas que processam informações à reconstrução de seu próprio passado, ao processamento recorrente, com resgate e apreensão do que no momento for relevante. Parece que a atualização dos direitos humanos, hoje, utiliza-se em nível mundial primariamente deste mecanismo.

Não faltam ocasiões. A extensão da medida de ofensas aos direitos humanos em quase todos os Estados é assustadora, assim como a drasticidade dos precedentes

11. No caso da Convenção Americana a reserva dos EUA é notável, já que, tanto quanto seja do meu conhecimento, até hoje não foi ratificada nem em todo o caso submetida à jurisdição da Corte Inter-Americana, embora em outras circunstâncias o país aproprie-se dos Direitos Humanos com especial denodo de polícia mundial. Acerca de resultados notavelmente semelhantes ver o Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 1989. Agradeço a informação suplementar do Prof. Héctor Fix-Zamudio por ocasião de uma conversa na cidade do México em Agosto de 1990.

– a tortura e o assassinato de pessoas ou a convivência com tais práticas; a cada vez menor garantia de segurança pública, com grande tolerância do uso da força psíquica – apenas para citar casos claros e incontestáveis. Seria de “mau gosto”¹², diante de tais atrocidades, recorrer a textos ou investigar a ordem legal válida local, para saber o que é ou não permitido. O problema reside antes na comunicação de tais lesões e na vigilância pública considerando a dimensão massificada e reprodução corrente do fenômeno.

Como quer que esteja o estado da questão e qualquer que seja o modo em que venha a alterar-se, implícito está de qualquer modo um paradoxo. A validade da Norma mostra-se em seu descumprimento. Pode-se lamentar isto a partir do ponto de vista de uma cultura jurídica altamente desenvolvida, que determina nossas expectativas, e considerá-la como resposta insuficiente. Já se observou, porém, que a ordem jurídica do direito mundial parece-se antes com formas organizatórias de sociedades tribais, ou seja, que precisa abdicar de força sancionatória organizada e da possibilidade de definir delitos jurídicos à luz de regras conhecidas. De qualquer modo a atenção para problemas do tipo descrito parece sempre aumentar juntamente com a observância sobre o assoberbamento e inadequabilidade de garantias estatais de tutela. Justamente isto leva à pergunta se não, serão necessárias formas novas de “desdobramento” desse paradoxo mediante distinções que a elas se refiram.

III.

Como ensina a mitologia clássica, um observador que tenta observar um paradoxo fica preso a ele. Ele ficará paralisado, se não conseguir matar a Medusa com a famosa técnica do espelho de Perseu. Pois, segundo a lenda, há que se entregar a cabeça a Atena, e o mundo está lógica e ontologicamente em ordem para a deusa da cognição - um tanto precipitadamente, comentaria o sociólogo, pois ele privilegia, por sua vez, um observar do observador do paradoxo: um observar de segunda ordem.

Ele deseja saber, como e de que formas o olhar direto sobre os paradoxos é evitado, de que modo é visto e como tem que ser evitado, pelo que ele mesmo esquece

12. Utilizo este conceito aqui no sentido da Crítica do Juízo de Kant, ou seja, no sentido de um apelo a critérios que não precisam se referir a bases racionais de cunho cognitivo ou prático. O apelo ao bom gosto pode parecer cínico, mas não seria implausível ver aqui um problema de critérios em aberto, já que dificilmente estaremos dispostos a renunciar à diferenciação entre idéias da razão e idéias estéticas (Crítica do Juízo § 49) – o que traria além disto o problema das idéias estéticas não terem a pretensão de serem capazes de produzir consenso.

que isto precisa ser evitado.¹³ No programa de crítica metafísica de um Jacques Derrida isto significaria: estudar as “omissões” da filosofia e apurar o olhar acerca de como o ausente na presença se faz notável.¹⁴

“Deconstrução” é uma expressão tão famosa quanto enganadora para tal procedimento. Poder-se-ia também vê-lo de forma positiva. A seguir-se o esquema teórico geral de que os paradoxos aparecem em *toda* distinção operacional, tão logo se questione sua unidade, ou seja, a unidade que só como diferença pode ser utilizada, torna-se presente a questão de como os paradoxos são “desdobrados”, ou seja, de como serão substituídos e recalcados por identidades indistinguíveis. A hierarquia tipológica ou a diferenciação por níveis da linguística podem servir aqui de modelo. Em todo caso, não se pode realizar o desdobramento dos paradoxos de forma lógico-dedutiva. Seus critérios apresentam-se antes na questão de quais distinções, para quais sistemas, em que período histórico demonstram tal plausibilidade, de modo que a questão sobre a unidade da distinção, ou também a questão de por que essa distinção e não alguma outra é utilizada não é mais lançada. “Anything may go”, mas não tudo a qualquer tempo.

Chega-se assim - isto devem demonstrar as futuras análises – a uma semântica histórico-empírica das formas de desdobramento de paradoxos. Pode-se correlacioná-las – se a sociologia participar nisto – a mudanças sociais. Pode-se, desta forma, também provocar uma crítica de hábitos de distinção, mediante a questão de que paradoxos elas deveriam ocultar e se as formas usadas para isso ainda convencem. Disto pode resultar um grande descompromisso na percepção de processos novos, o que representaria um ganho nada pequeno em uma sociedade atormentada pela própria insegurança.

Que nossa percepção de lesões de hábitos humanos seja manipulada pelos meios de comunicação (o que abrange os modos de seleção dos meios de comunicação) parece ser afirmação razoável. O mesmo vale para a percepção de catástrofes técnico-naturais.¹⁵ Em ambos os casos, os resultados não satisfazem, porém. A razão para

13. Veja-se também Niklas Luhmann, *Sthenographie und Euryalistik*, in: Hans Ulkrich Gumbrecht/K.Ludwig Pfeiffer (Hg.), *Paradoxien, Dissonanzen, Zusammenbrüche: Situationen offener Epistemologie*, Frankfurt 1991, S. 58-92.

14. Porém esta visualização de si representa ao mesmo tempo a dissolução da visualização de si e uma visualização da dissolução da visualização de si – um “trace de l’effacement de la trace”, como aparece em Jacques Derrida, *Marges de la philosophie*, Paris 1972, p.77.

15. Sobre o tema há também pesquisas. Ver por exemplo Rolf Linder, *Medien und Katastrophen. Fünf Thesen*, in: Hans Peter Dreitzel/Horst Stenger (Hg.), *Ungewollte Selbsterstörung: Reflexionen über den Umgang mit Katastrophalen Entwicklungen*, Frankfurt 1990, S. 124-134.

tanto consiste em que falta um ponto de apoio, e no caso dos meios de massa, falta um nível diferenciado de reflexão. Com alguns esforços teóricos essa deficiência poderia ser trabalhada hoje. Uma linguagem teórica adequada para tanto pode ser desenvolvida se for combinada a teoria matemática de processamento de formas (= distinções) com uma teoria neocibernética do observador de segundo grau e Teorias Sistêmicas baseadas em operações. Tanto para a Teoria do Direito como para a Sociologia isto exige pisar em terreno desconhecido. Mas, em um tema tão envolvente como o dos direitos humanos, fica patente que tal tipo de iniciativa não é, de modo algum, empreendimento carecedor de perspectiva.

OPERADORES DO DIREITO E MUDANÇA SOCIAL

LEONARDO RESENDE MARTINS

Mestrando em Direito

Sumário: 1. Introdução. 2. Direito, controle e mudança social. 3. Ensino jurídico: uma questão que precede. 4. Operadores do direito e transformação social. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Neste estudo, valendo-se de um enfoque crítico, predominantemente sociológico, pretende-se pesquisar as relações entre mudança social e direito. Com efeito, a partir da compreensão deste como instrumento de transformação social, busca-se desenvolver algumas linhas de atuação alternativa do operador jurídico, na condição de sujeito histórico com responsabilidade social. Para tal, analisa-se o modelo de ensino jurídico desenvolvido no país, apontando-lhe as inescusáveis falhas, para, em seguida, investigar criticamente a formação e o papel que devem exercer os profissionais do direito.

Tal necessidade decorre do aparecimento de movimentos sociais cada vez mais organizados, desafiando a rígida fórmula lógico-formal do sistema jurídico tradicional. Questões, antes aparentemente técnicas, politizam-se, fazendo emergir novos direitos, a partir de fatos sociais e políticos, para os quais se mostra despreparado o Poder Judiciário, acostumado a lidar com conflitos meramente individuais.

Em frente desse quadro, cumpre discutir a função social do operador jurídico, a partir de uma concepção emancipatória do direito, visando a sua atuação como

agente sensível à realidade, marcada por contradições e capaz de assimilar e proceder a mudanças sociais.

2. DIREITO, CONTROLE E MUDANÇA SOCIAL

O direito, entendido como uma das realidades observáveis na sociedade, caracteriza-se como fato social e, como tal, ao lado de instituições como a família e a religião, constitui relevante instrumento de controle social. Neste aspecto, percebe-se-lhe a função conservadora, visando à manutenção das estruturas sócio-jurídicas e à preservação da segurança e harmonia no seio coletivo.

Uma análise mais apurada, entretanto, da interação entre realidade normativa e o meio social, revela que o direito assume ainda função transformadora da sociedade e por ela também é modificado. Cuida-se de processo de “mão dupla”, em que se condicionam constante, interativa e mutuamente. Com isto, verifica-se que o sistema jurídico influencia a realidade social assim como por ela é influenciado.

No primeiro momento, o direito surge como mudança social institucionalizada e planejada, verdadeiro instrumento de desenvolvimento social, posto em prática por um ato normativo formal. No segundo momento, resulta a necessidade de a ordem jurídica ser flexível ao clamor dos fatos, absorvendo-os, sob pena de conduzir à falta de controle social e à desarmonia. Neste sentido, ensina MIRANDA ROSA “que os estímulos sociais à modificação da ordem jurídica assumem formas variadas, seja pelo crescimento lento da pressão dos padrões e normas alterados da vida social, criando uma distância cada vez maior entre os fatos da vida e o Direito, seja pela súbita e imperiosa exigência de certas emergências nacionais, visando a uma redistribuição dos recursos naturais ou novos paradigmas de justiça social, ou seja ainda pelos novos desenvolvimentos científicos”¹. Constata-se, pois, que as noções de controle e mudança social não são contrárias, mas complementares e interdependentes.

O conceito de mudança social, entretanto, carrega forte carga de confusão, segundo MIRANDA ROSA, em parte devido à pressão de posições dogmáticas e doutrinárias, que o têm obscurecido. Para este autor, “mudança há, sempre que elementos sócio-culturais importantes se transformam de modo perceptível e relativamente durável”². Incorreto, portanto, falar em “imobilismo social”, pois todo

1. *Sociologia do Direito*, 7a. ed., Rio de Janeiro: Zahar, 1989, pp. 58-59.

2. *Ob. cit.*, p. 92.

grupo social está em contínuo processo de mudança, alguns mais rápidos, outros mais lentos, devido a fatores culturais ou tecnológicos.

Ao direito, pois, não cabe a tarefa de repelir o processo de transformação, mas de interpretá-lo, oferecendo-lhe a adequada estrutura. O conflito, conforme explicam CLÁUDIO SOUTO e SOLANGE SOUTO, “existirá no não permitir-se que a mudança social nítida se afirme e firme – como um controle mais efetivo e aceito socialmente – no momento mesmo em que o controle social, até então aceito de maneira geral, comece a cair em desuso”³, pelo que se conclui que “na medida em que haja inadequação das leis à realidade social, haverá resistência a elas”⁴.

Como consequência, deve o jurista estar atento e sensível às pressões resultantes da insatisfação social, especialmente a exercida pelos movimentos populares, objetivando a própria conservação da vida em sociedade (função conservadora do direito).

3. ENSINO JURÍDICO: UMA QUESTÃO QUE PRECEDE

A análise do perfil dos operadores do direito, mesmo que breve, exige uma investigação sobre o ensino jurídico no Brasil, que vive situação de crise, agravada durante o período de ditadura militar. Nessa época, sob o falacioso argumento da “disseminação da cultura” e visando a atender aos anseios da classe média insatisfeita, ocorreu a abertura indiscriminada de cursos jurídicos, com a priorização do lucro em detrimento da qualidade do ensino, gerando um exército de reserva de bacharéis desqualificados.

Tal efeito foi identificado pelo Conselho Nacional de Pesquisas Científicas e Tecnológicas (CNPq) um dos mais importantes órgãos responsáveis pela avaliação da qualidade do conhecimento produzido no Brasil, que realizou o diagnóstico do ensino jurídico, em que relata:

“As faculdades de direito funcionam como meros centros de transmissão de conhecimento jurídico oficial e não, propriamente, como centros de produção de conhecimento jurídico. Neste sentido, a pesquisa das faculdades de direito está condicionada a reproduzir a

3. *Sociologia do Direito: uma visão substantiva*. 2a ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 328.

4. *Ob. cit.*, p. 333.

‘sabedoria’ codificada e a conviver ‘respeitosamente’ com as instituições que aplicam (e interpretam) o direito positivo. O professor fala de códigos e o aluno aprende (quando aprende) em códigos. Esta razão, somada ao despreparo metodológico dos docentes (o conhecimento jurídico tradicional é um conhecimento dogmático e as suas referências de verdade são ideológicas e não metodológicas) explica porque a pesquisa jurídica nas faculdades de Direito, na graduação (o que se poderia, inclusive, justificar pelo nível preliminar do aprendizado) e, na pós-graduação, é exclusivamente bibliográfica, como exclusivamente bibliográfica e legalista é a jurisprudência de nossos próprios tribunais”⁵.

A descrição de tal quadro revela o anacronismo da requintada formação de caráter dogmático disseminada nas Faculdades de Direito, haja vista que a eficiência do operador jurídico vem exigindo crescentemente uma intrincada combinação do conhecimento técnico da legislação com a sensibilidade político-social.

Neste sentido, advertem JOSÉ EDUARDO FARIA e CELSO FERNANDES CAMPILONGO que, “se é certo que a Universidade não deve ser reduzida a um mero campo de batalhas políticas e ideológicas, também é certo que não se deve incorrer no erro oposto – o de se aceitar acriticamente a pretensa objetividade do conhecimento e da aplicação do direito, recusando-se a reconhecer que os sistemas jurídicos são ambíguos, encerrando inúmeras contradições as quais, muitas vezes, propiciam soluções normativas paradoxais e mesmo injustas”⁶.

Responsáveis pela formação dos profissionais de direito, às faculdades cabe reconhecer o esgotamento da cultura jurídica dominante, notadamente do paradigma liberal legal, ampliando a discussão para além dos muros acadêmicos, para assim englobar o maior número de pessoas envolvidas na construção interdisciplinar do conhecimento, interagindo principalmente com os movimentos sociais⁷. A partir daí,

5. *Apud* José Eduardo Faria e Celso Fernandes Campilongo, *A Sociologia Jurídica no Brasil*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 28.

6. *Ob. cit.*, p. 26.

7. Cf. Edmundo Lima de Arruda Jr., *Introdução à Sociologia Jurídica alternativa*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 39.

inaugura-se o terreno adequado à disseminação de um saber plural e da consciência de que o operador jurídico possui uma função social⁸.

4. OPERADORES DO DIREITO E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

Fundado nos paradigmas de uma ciência pretensamente pura e neutra, o operador do direito mostra-se incapaz de oferecer soluções satisfatórias e eficientes aos cidadãos em busca de acesso à Justiça, dando ensejo a um contexto social explosivo. Principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988, os postulados tradicionais têm sido erodidos pela crescente explosão de litigiosidade e coletivização dos conflitos sociais, conseqüências de uma sociedade dinâmica e cada vez mais complexa.

JOSÉ EDUARDO FARIA e CELSO FERNANDES CAMPILONGO retratam tal dilema da seguinte forma:

“O que as invasões de terra, as ocupações de edifícios públicos e privados, os acampamentos de protesto e os diferentes movimentos em favor dos direitos humanos passaram a revelar, ao longo dos últimos anos da década de 80, é, neste sentido, uma infinidade de relações desprezadas pelas instituições políticas e jurídicas. Preparado para resolver questões interindividuais, mas nunca as coletivas, o direito oficial não alcança os setores mais desfavorecidos – e a marginalização jurídica a que foram condenados esses setores nada mais é do que subproduto da marginalização social e econômica⁹.”

Simultaneamente, em função da complexidade sócio-econômica, as atividades práticas dos operadores jurídicos têm requerido novos graus de especialização

8. Dois projetos merecem destaque por realizarem a tarefa de romper com o atual modelo dogmático-legalista de se fazer ciência jurídica. O primeiro, concebido pela Universidade de Brasília, é o “O Direito Achado na Rua”, programa de educação jurídica à distância, dirigido a organizações sindicais, comunidades religiosas e associações de bairros. O segundo é o CAJU – Centro de Assessoria Jurídica Universitária, projeto de extensão da Universidade Federal do Ceará, iniciativa dos estudantes de direito, sob a orientação dos professores José de Albuquerque Rocha e Marcos Colares, que há dois anos desenvolve atividades de capacitação em direitos humanos e de educação popular.

9. *Ob. cit.*, p. 21.

funcional e técnica em sua formação profissional, a exigirem saberes não apenas extradogmáticos, como também, extrajurídicos.

Não se pode mais admitir a perpetuação do afastamento histórico do Judiciário e sociedade, que conduz inexoravelmente à crise de legitimidade do direito oficial. Igualmente injustificável é o juiz ou promotor distante, em seu gabinete, desvinculado da comunidade e dos novos conflitos emergentes.

Os agentes do direito, especialmente os que exercem funções em cidades do interior¹⁰, devem buscar a aproximação com o povo, compartilhando as dificuldades que assolam as comunidades economicamente desfavorecidas e as impedem de viver dignamente¹¹. Situando-se na condição de oprimido, poderá agir em sintonia com os anseios da coletividade, também oprimida no atual contexto de injustiça social¹². Antes de tudo, deve o operador do direito ser um cidadão, comprometido com a realização da Justiça, que usualmente entra em confronto com os textos legais.

Conforme ensinam JOSÉ EDUARDO FARIA e CELSO FERNANDES CAMPILONGO, “o Poder Judiciário não pode funcionar apenas como um agente de aplicação da lei (e interpretação) mas como órgão competente e com condições para provocar mudanças sociais, senão antecedendo aos fatos sociais, pelo menos consolidando a sua experiência no trato com o cotidiano do drama e do desespero do homem em sociedade, em repositórios de informações para a transformação social”¹³.

Imerso nesse contexto, o jurista (aqui incluído o juiz, o promotor, o advogado, o delegado e outros profissionais do direito) deve buscar uma formação humanística e interdisciplinar, valendo-se da Sociologia, da Economia, da Antropologia, da História, da Pedagogia e da Comunicação Social, para melhor interagir com os verdadeiros

10. Interessante estudo sobre o papel do juiz no interior foi desenvolvido por João Baptista Herkenhoff em *O direito dos códigos e o direito da vida* (Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993).

11. Hugo Nigro Mazzilli revela, como relevante encargo extrajudicial do Ministério Público, extensível aos outros operadores do direito, o atendimento anônimo de pessoas nos fóruns, oportunidade em que “os promotores de Justiça conciliam, orientam, intercedem, resolvem questões que, muitas vezes, antes de ser jurídicas, são mais problemas humanos e sociais” (Visão crítica da formação profissional e das funções do promotor, in *Formação jurídica*, 2a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 92).

12. Nesse sentido, inesquecível o ensinamento de Frei Betto, em artigo intitulado “Educação em direitos humanos” (in *Direitos mais humanos*. Rio de Janeiro: Garamond, 1998, p. 51): “Quando nos situamos no lugar do outro, isto representa uma mudança em nosso lugar social e se reflete na mudança de nosso lugar epistêmico. Do lugar do outro ninguém retorna o mesmo. O difícil é estender pontes a essa ilha egocêntrica que nos faz ver o mundo e as pessoas pela ótica de nossa geografia individual ou grupal – e este é exatamente o papel de uma pedagogia centrada nos direitos humanos”.

13. *Ob. cit.*, p. 29.

atores jurídicos – os cidadãos – e somente assim interpretar eficazmente o fenômeno humano e a realidade que o circunda¹⁴.

5. CONCLUSÃO

É evidente ser impossível uma verdadeira mudança social apenas por intermédio de fatores jurídicos; estes, no entanto, são indispensáveis, pois quer as relações de produção, quer as ideologias só são aplicadas em concreto, em uma sociedade, após transformadas em direito, mesmo que consuetudinário.

O acesso à Justiça, inscrito no rol dos direitos fundamentais, ainda clama por efetividade, que só será alcançada quando os cidadãos tiverem consciência de seus direitos e puderem contar com um Poder Judiciário aberto a demandas populares emergentes, cada vez mais complexas, reflexo das contradições que permeiam a sociedade.

Para isto, é necessário que o operador jurídico, consciente de seu papel como agente de transformação social, abandone a feição retórico-legalista e o excessivo formalismo, que caracterizam a visão tradicional do direito, para, mediante uma hermenêutica flexível e criativa, construir uma “práxis emancipatória”, comprometida com a satisfação dos anseios da sociedade e com a concretização dos direitos fundamentais, sustentáculo da fórmula política do Estado Democrático de Direito.

14 Entretanto, os próprios concursos públicos de acesso a carreiras públicas, usualmente elaborados pelos integrantes das cúpulas de tais órgãos, apenas perpetuam os postulados da dogmática jurídica tradicional, em prejuízo de juristas de formação crítica e interdisciplinar. Nesse sentido, alerta LÉDIO ROSA DE ANDRADE que “declarar-se um jurista crítico em frente de uma banca examinadora de concurso não expressaria qualquer sentido, podendo, inclusive, criar dificuldades ao pretendente à função de julgar” (*Juiz alternativo e Poder Judiciário*, São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 92).

OS PRINCÍPIOS DE RELAÇÕES EXTERIORES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 COMO LIMITAÇÃO AO PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO

JOÃO LUÍS NOGUEIRA MATIAS

Juiz Federal / Professor da UFC

Sumário: 1. Colocação do Problema. 2. Delimitação de Discricionariedade. 2.1 Conceito e Formas de Ocorrência. 2.2 Fundamento. 2.3 Limites. 2.4 Discricionariedade na Política Exterior. 2.5 Mecanismos de Proteção dos Indivíduos. 3. Relações Exteriores. 3.1 Conceito e Competência. 3.2 Superação da Teoria das Razões de Estado. 4. Princípios de Relações Exteriores. 4.1 Importância dos Princípios. 4.2 Princípios das Relações Exteriores nas Constituições Brasileiras. 4.3 Artigo 4º da Constituição Vigente. 4.4 As Hipóteses de Extradicação e Expulsão. 5. Conclusão.

1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Ao longo de nosso trabalho, abordaremos os princípios de relações exteriores na Constituição de 1988, elencados no artigo 4º, do texto da Carta Maior, enfocando-os como limites ao exercício do Poder Discricionário do Estado.

É sabido que as inúmeras transformações, operadas no âmbito do direito internacional, em face do fenômeno da integração econômica com o conseqüente surgimento do direito comunitário, têm produzido verdadeiras revoluções na Teoria Geral do Direito, modificando noções clássicas como, por exemplo, as noções de soberania, estado, ordenamento jurídico e direito positivo.

O atual estágio do direito internacional, em que as normas de direito comunitário se sobrepõem ao direito interno, já não comporta a prevalência da Teoria das Razões de Estado, decorrente da tradicional idéia de soberania.

Em primeiro lugar, delimitaremos a noção de discricionariedade, estudando seu conceito, fundamento e formas de ocorrência, dando ênfase aos limites do exercício discricionário do Poder na seara das relações exteriores

Em seguida, abordaremos as relações internacionais. A par do estudo do conceito de relações internacionais, abordaremos os paradigmas da Paz de Westfália, que serviram de estrutura para o direito internacional clássico, em que predomina a Teoria das Razões de Estado e a nova ordem jurídica internacional, constituída sob novos padrões.

No próximo passo, chegando ao núcleo de nosso trabalho, cuidaremos das regras sobre relações internacionais no ordenamento jurídico nacional, nas Constituições anteriores e na vigente constituição, especialmente no artigo 4°.

Analisaremos a evolução do trato das relações exteriores em cada período histórico, demonstrando que a antiga concepção de livre atuação do Estado foi sendo gradativamente substituída pelo estabelecimento de princípios e normas que regulam a política internacional. Abordaremos a competência interna para elaborar a política de relações exteriores e as situações especiais de extradição e expulsão.

Discutiremos quais os mecanismos que podem ser utilizados pelos indivíduos a fim de, efetivamente, exigir o cumprimento da vontade manifestada pelo Constituinte.

Nas conclusões, apontaremos o nosso entendimento sobre os exatos contornos da limitação de exercício do Poder Discricionário em matéria de relações externas.

2. DELIMITAÇÃO DE DISCRICIONARIEDADE

2.1. Conceito e Formas de Ocorrência

A velha lição de SEABRA FAGUNDES ainda é válida : *administrar é aplicar a lei de ofício*, visto que resiste, em matéria de direito administrativo, à redução dos campos da juridicidade ao campo da legalidade.

Entretanto é possível estabelecer diversificadas formas de adesão ao conteúdo da lei, pelo que é lícito falar em atividade administrativa vinculada, atividade administrativa discricionária e atividade administrativa arbitrária.

Na hipótese de atividade administrativa arbitrária, a adesão do administrador ao contido em regras jurídicas é nula, situação condenada pelo ordenamento jurídico, ensejadora de correção pelas vias próprias.

Quando cuidarmos de atividade administrativa vinculada, inexistirá margem de liberdade para que o agente estatal direcione a sua conduta; tal opção é previamente estabelecida por lei, competindo ao administrador simplesmente cumpri-la, sob pena de transformar a sua conduta em arbitrária.

Na atividade discricionária, é atribuída ao administrador margem de liberdade diante do caso concreto. Entre várias opções estabelecidas por lei, pode o administrador optar por uma delas, segundo critérios próprios de oportunidade, conveniência, justiça e equidade. As limitações que se produzem referem-se à forma, competência e finalidade.

Observe-se que não é correto apontar que a discricionariedade se faz presente quando da ausência de regulamentação legal, mas de uma forma possível de regulamentação, consistente em permitir maior liberdade ao administrador, que não é manietado.

CELSO ANTÔNIO, em seu “Curso de Direito Administrativo “, citando ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, alerta que “ **... a lei pretende que , em cada caso, seja adotada a providência capaz de atender com precisão a finalidade que a inspirou... “**.

Em tal contexto, o Mestre paulista continua a sua lição, apontado a conceituação de discricionariedade, na obra já citada, às folhas 558 :

“Margem de liberdade do administrador para eleger, com critérios de razoabilidade, um, entre pelo menos dois, comportamento cabível perante um caso concreto, devendo buscar a satisfação da finalidade legal.”

Com maestria, GERMANA MORAIS, em tese de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Ceará, também aponta definição de discricionariedade :

“é a margem de liberdade de decisão, conferida ao administrador pela norma de textura aberta, com o fim de que possa proceder, mediante a ponderação comparativa dos interesses envolvidos no caso específico, à concretização do interesse público alí

indicado, para, à luz dos parâmetros traçados pelos princípios constitucionais da administração pública e pelos princípios gerais de direito e dos critérios extrajurídicos de conveniência e de oportunidade: 1) complementar, mediante valoração e aditamento, os pressupostos de fato necessários à edição do ato administrativo; 2) decidir se e quando ele deve ser praticado; 3) escolher o conteúdo do ato administrativo dentre mais de uma opção igualmente prefixada pelo direito 4) colmatar o conteúdo do ato, mediante a configuração de uma conduta não prefixada, porém aceita pelo direito .”

A forma como é atribuída liberdade aos agentes do Estado, é diversificada. Pode a discricionariedade, por isso, decorrer da própria hipótese da norma, de seu mandamento ou de sua finalidade.

Decorrerá a discricionariedade da hipótese da norma quando da existência de conceitos indeterminados.

É possível apontar normas jurídicas em que é necessário uma densificação de seu conteúdo, ou seja, impõe-se um processo de complementação do significado dos conceitos que a norma expressa. Em tais situações, estamos diante de conceitos indeterminados, cujo conteúdo há de ser exato, na oportunidade da aplicação ao caso concreto.

Ressai, evidente, a margem de discricionariedade que é atribuída ao administrador mediante a utilização de tais conceitos.

Pode a discricionariedade ocorrer em face do mandamento da norma, quando um comportamento não for imposto, mas, somente facultado.

A discricionariedade pode decorrer ainda da finalidade da norma como, por exemplo, a proteção da moralidade pública. Resta margem de apreciação ao administrador para analisar o atendimento ou não da finalidade da norma, tanto no que se refere à oportunidade de aplicação quanto ao eventual desvio da finalidade da norma.

2.2. Fundamento

As justificativas para a existência de atuação estatal com discricionariedade são, na concepção dos doutrinadores, variadas:

- a) **deve-se permitir à administração liberdade para decidir no caso concreto, em face de sua posição mais favorável para satisfazer a finalidade da lei;**
- b) **Existe impossibilidade material de o legislador prever todas as situações ocorrentes, o que afasta a prévia previsão normativa;**
- c) **O afastamento da discricionariedade administrativa poderia acarretar afronta ao regime tripartido de poder, já que o legislador fatalmente abandonaria a abstração própria das leis, a fim de elaborar normas individuais;**
- d) **Existe impossibilidade lógica de obstar a discricionariedade. As técnicas legislativas impõem a expressão de conceitos com conotação e delimitação precisas e conceitos que, de certa forma, apresentam-se como imprecisos, fluidos ou plurissignificativos.**

Percebe-se, desta forma que, para permitir o eficiente funcionamento da administração, é necessário facultar certa margem de atuação ao seu agente

2.3 Limites

O que não pode ser esquecido, contudo, é que o poder discricionário é um poder demarcado, delimitado, sem o que perderia a própria conotação de poder jurídico. Convém lembrar que a atuação da administração sem respaldo na legislação constitui atividade arbitrária.

Desponta com enorme importância, assim, o princípio da legalidade, princípio basilar do regime jurídico administrativo.

Tal princípio é específico do chamado Estado de Direito. Na verdade, é o princípio que o qualifica e dá identidade própria.

Na Constituição Federal, é previsto no artigo 5º, inciso II, artigo 37, caput e no 84, IV. Sua primeira inserção em diplomas normativos ocorreu com a Lei da Ação Popular (Lei 4717\65) que reputa nulos os atos que padeçam de ilegalidade do objeto, ou seja, quando acarretem violação à lei, regulamento ou outro ato normativo.

Importa, no atual estágio do direito administrativo brasileiro, que se compreendam as limitações ao poder discricionário, de forma mais ampla, a fim de permitir que o conceito de legalidade albergue em si os princípios jurídicos constantes da Carta Maior.

Os motivos e finalidades indicados na lei, como ainda a causa do ato, fornecem as limitações ao exercício da discricionariedade administrativa.

Obedecidos os limites da discricionariedade, na forma mais ampla como aqui defendidos, resta ao administrador campo de apreciação meramente subjetiva, sem controle pelo Poder Judiciário pois, do contrário, haveria a substituição de um poder por outro, em afronta ao princípio da separação de poderes previsto no artigo 2º, da Constituição Federal.

2.4. Discricionariedade na Política Exterior

Desde os doutrinadores mais clássicos, tais como LOCKE, ROUSSEAU, TOCQUEVILLE, e outros, os assuntos de relações exteriores são encarados como específicos do Poder Executivo, sem maior controle dos Poderes Legislativo e Judiciário.

Historicamente a diplomacia sempre foi considerada uma atividade sigilosa. Em alguns períodos, emanava do poder soberano absolutista, que não prestava conta de seus atos e de seus agentes. O segredo era instrumento normal do exercício do poder, visava à manutenção do poderio e à defesa contra os inimigos internos e externos.

A política exterior, área fundamental para a própria segurança do Estado, sempre foi considerada como área de atuação discricionária do administrador.

Apontam os autores internacionalistas que a concepção de política externa, como seara fora do controle dos demais poderes, deve-se a dois fatores preponderantes:

- a) elevado grau de imprevisibilidade que marca a realidade de um sistema internacional heterogêneo e que induz o governo de cada Estado a adotar uma postura hermética;
- b) a noção de relações internacionais como área especializada, dotada de padrões de continuidade.

A ordem jurídica internacional não é mais a mesma; entretanto são enquadrados, como sujeitos de direito internacional, não apenas os Estados Soberanos e as organizações internacionais, mas os próprios indivíduos. Ao lado disto, deve ser considerado que as relações exteriores são decorrência da política externa governamental e das influências que ela sofre de diferentes segmentos da sociedade.

Impõe-se, contudo, contemporaneamente, que as normas constitucionais exerçam a função de balizar as ações voltadas para as relações exteriores, tanto no

que se refere à condução do posicionamento do país externamente, quanto no que se refere à atuação que possa ofender os direitos dos cidadãos inclusive estrangeiros. Trata-se de avanço no que se refere ao constitucionalismo clássico, em que a abordagem das relações exteriores, em regra, cuidava apenas de estabelecer competências.

É evidente que sempre restará ao Poder Governamental área de livre atuação para conduzir os destinos da política externa da nação. Áreas em que as ações adotadas sejam puramente políticas, sem o controle dos demais poderes, como na hipótese de expulsão.

2.5 Mecanismos de Proteção dos Indivíduos

Aos indivíduos faculta-se o mais amplo uso das vias de defesa judiciais contra atos que ofendam os seus interesses, em conformidade com o disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Assim, é possível o uso da via mandamental, com a prova pré-constituída, para a defesa dos direitos líquidos e certos. O caminho das vias ordinárias impõe-se sempre que seja necessária a produção de provas. As cautelares deverão ser interpostas para assegurar a proteção de situações fáticas em perigo de deterioração. O uso do habeas corpus é viável, para evitar a extradição indevida. A ação popular pode ser interposta sempre que houver perigo de dano ao patrimônio público, etc.

Outra forma de controle dos atos governamentais de política externa é feita pelo próprio congresso Nacional, na análise dos Acordos e Contratos Internacionais, na forma do disposto no artigo 49, I, e 84, VIII, da Constituição Federal, que podem deixar de se realizar ou não serem referendados caso contrariem os princípios previstos na Constituição Federal.

Já o controle direto de constitucionalidade de Tratado pode ser feito perante o Supremo Tribunal Federal, na forma do artigo 102, III, letra b, da Constituição Federal, respeitada a competência de propositura da ação, estabelecida no artigo 103 da Carta Maior.

Somente no caso concreto, será possível apontar qual o caminho mais correto ou conveniente para combater posturas estatais na seara das relações externas. Deve apenas ser destacado que o estabelecimento de regramentos e paradigmas possibilitam o acompanhamento e controle pela sociedade de determinadas práticas vinculadas à política externa.

3. RELAÇÕES INTERNACIONAIS

3.1. Conceito e Competência

Desde os tempos mais remotos, é possível apontar a existência de intercâmbio entre os povos. Nos períodos históricos mais distantes, tais intercâmbios tinham por finalidade, exclusivamente, interesses específicos, como por exemplo, a viabilização de alianças contra inimigos comuns.

Com o passar dos anos, em decorrência de inúmeros fatores, entre os quais, o forte desenvolvimento do comércio e a necessidade de realização de trocas, é que os países passaram a manter relações mais frequentes, o que acarretou, inclusive, em estágio posterior, o estabelecimento de embaixadas definitivas.

É preciso ter em mente, contudo, que, apesar de o Estado desempenhar papel fundamental no contexto das relações internacionais, não possui a exclusividade das mesmas, visto que outros operadores também se fazem presentes, como os indivíduos e as empresas.

O Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, CELSO LAFER, Ex-Ministro das Relações Exteriores do Brasil, leciona que relações exteriores são o conjunto de atos de política externa. Já no que se refere aos atos de política externa, o autor em referência os compreende como todos os atos de política interna que definem as modalidades de participação de um país no sistema de transferência internacional de recursos, ou seja, bens, capital e tecnologia.

Assim, as relações externas são o conjunto de intercâmbios realizados entre os Estados, mediante sua política oficial ou mediante outros agentes como as empresas ou os próprios indivíduos.

Sempre existiu a preocupação em regular juridicamente as relações internacionais. Tradicionalmente, as relações exteriores travadas entre Estados foram reguladas pelo Direito das Gentes, o clássico Direito Internacional Público, permanecendo a idéia de um direito supranacional como mera utopia.

Aos particulares faculta-se, na seara dos direitos privados, ampla liberdade de atuação, o que levou à criação da “lex mercatoria”, a antiga e a nova, regras consuetudinárias aplicadas aos contratos comerciais internacionais.

A realidade atual é diferenciada. As condições decorrentes da evolução da integração econômica permitem, com alcance limitado ao espaço geográfico da comunidade, a criação de regras comunitárias, autêntico direito supranacional.

À luz da Constituição atual, importa definir a competência para cuidar das relações exteriores no Estado Brasileiro.

Como dispõe o artigo 20 da Constituição Federal, compete à União, por razões mais do que óbvias, manter relações com Estados estrangeiros, participar de Organizações internacionais, etc.

O representante legal da República Federativa do Brasil é o chefe do Poder Executivo, o Presidente da República, ou alguém a quem ele delegue poderes para tanto, a quem compete praticar atos internacionais pelo nosso país; na forma do disposto no artigo 84 da Constituição Federal; compete ao Presidente da República manter relações com estados estrangeiros e acreditar representantes diplomáticos; celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a “referendum” do Congresso Nacional; decretar o Estado de defesa e o estado de sítio; declarar guerra no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou por ele referendado, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas e, nas mesmas condições, decretar total ou parcialmente, a mobilização nacional; celebrar a paz, autorizado ou com referendo do Congresso Nacional; permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente.

3.2. Superação da Teoria das Razões de Estado: Realidade Atual

A partir do Tratado de Westfália, de 1648, que formalizou o encerramento da Guerra dos Trinta anos, na Europa, consolidou-se uma nova ordem mundial, constituída exclusivamente de Estados Soberanos.

A soberania, como Poder originário e insubordinado, é o pressuposto da construção dessa nova ordem. Os Estados eram soberanos e iguais. O direito positivo é exclusivo, no sentido de que, em dado espaço geográfico, outra ordem jurídica não pode ser aplicada.

Em tal lógica é que foi concebido o direito internacional público clássico, afastando-se, até pelas condições históricas, a noção de supranacionalidade. Em tal contexto, é impossível a constituição de Cortes Supranacionais, já que os Estados soberanos somente se submetem à jurisdição das cortes atualmente existentes por suas livres vontades.

Na atualidade, os antigos paradigmas já não servem de balizamento para a definição das relações entre Estados. A doutrina aponta que são elementos importantes na corrosão dos padrões antigos a necessidade crescente de cooperação intergovernativa.

mental, diminuindo o campo de atuação doméstica exclusiva dos Estados, já que a ausência de recursos não permite o atendimento de necessidades em base exclusivamente individual e territorial, e o transnacionalismo, definido como conjunto de relações travadas por meio de canais alheios à diplomacia, principalmente pelos indivíduos e empresas, mas que influenciam na sociedade, revelando que nenhum Estado se basta.

É flagrante a superação dos antigos parâmetros, superação que decorre da nova realidade que vivemos, à qual não pode o direito ficar alheio, sob pena de caducidade. Importa, contudo, definir os novos padrões, a nova ordem jurídica que se desenha.

Tendo o clássico direito das gentes por pressuposto a soberania, apenas podem ser considerados como sujeitos de direito internacional os Estados e, mais recentemente, os Organismos Internacionais.

A partir do fenômeno econômico da integração entre Estados, sob regras de regulamentação elaboradas com base em novos critérios, tendo tribunais próprios para executá-las, os padrões de outrora perdem o seu significado.

O exemplo europeu demonstra que o indivíduo é sujeito de direito internacional, possuindo, inclusive, mecanismos de viabilização dos seus direitos subjetivos, dispensando a intermediação do Estado, que até então atuava internalizando a regra internacional.

Os novos paradigmas estão sendo impostos pelas necessidades da integração econômica, sendo fator preponderante para a constituição dos mesmos a modificação do conceito de soberania, já que, em sua concepção clássica, é incompatível com a idéia de integração.

4. PRINCÍPIOS DE RELAÇÕES EXTERIORES

Passaremos a analisar a existência de normas ou princípios de relações exteriores¹ na atual Constituição Federal. Antes, entretanto, cuidaremos de definir a importância dos princípios na Constituição de um sistema jurídico e abordaremos o histórico da princiologia constitucional sobre relações exteriores.

1. Pedro Dallari, em tese de Mestrado, publicada em 1994 pela Editora Saraiva, com o nome de *Constituição e Relações Exteriores*, refere-se ao tema, analisando a existência de princípios de Relações Exteriores nas Constituições brasileiras.

4.1 Importância dos Princípios

Os princípios são considerados os vetores do ordenamento jurídico, ou seja, os pilares do ordenamento, devendo influenciar a interpretação e aplicação das normas.

Não podem ser confundidos com as regras, pelo que os doutrinadores expõem diversas formas de os diferenciar. Seguindo a lição de DWORKIN e PIETRO BARCELONA, os princípios possuem dimensão própria que os afasta das regras; é a dimensão do peso ou da importância. Assim, a antinomia entre regras é solucionada com a invalidade de uma das normas conflitantes, que será expulsa do ordenamento jurídico. Já com os princípios a solução é diversa, podendo ser apontado o princípio que merece ser aplicado ao caso concreto, sem que com isso o outro princípio conflitante seja afastado do ordenamento jurídico.

Os princípios das relações exteriores podem ser classificados, na lição de CANOTILHO e de JOSÉ AFONSO DA SILVA, como princípios constitucionalmente conformadores ou princípios político-constitucionais, significando que explicitam as valorações fundamentais do legislador constituinte e manifestam-se como princípios constitucionais fundamentais, positivados em normas-princípios.

Passemos ao estudo dos mesmos.

4.2. Princípios da Relações Exteriores nas Constituições Brasileiras

Antes da análise dos atuais princípios constitucionais sobre relações exteriores, abordaremos o trato da matéria das constituições anteriores do Brasil.

a) Constituição Imperial

Outorgada por D. Pedro I, em 25 de março de 1824, a Constituição do Império visava à consolidação do Estado brasileiro como Estado livre e soberano. A estruturação das instituições políticas do país objetivavam viabilizar efetivamente a independência nacional. O princípio fundamental das relações exteriores que trazia era referente à garantia da independência nacional, constante do artigo 1º. Em busca de tal desiderato, vedava qualquer laço de União ou Federação que pudesse limitar a independência.

b) Constituição de 1891

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1891 modelava-se na Constituição Americana.

Firmou-se nesta Constituição a opção federalista como forma de organização do Estado, a que melhor atendia aos anseios das condições políticas, econômicas e sociais então em vigor, em que prevaleciam os interesses oligárquicos.

As principais discussões suscitadas decorriam da relação entre o Poder Central e os Estados, restando as regras sobre política externa relegadas a um segundo plano. Entretanto surge o primeiro dispositivo de balizamento das relações exteriores do país, o artigo 88, que dispunha sobre a proibição da guerra de conquista. Já o artigo 34, II, faz referência à possibilidade de submissão à arbitragem.

c) Constituição de 1934

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 emana das idéias que transformaram o país após a Revolução de 1930, baseando-se na Constituição Alemã de Weimar.

Mantém as regras da Constituição anterior, apenas sistematizando-as de melhor forma, no artigo 4º; que incentivava a arbitragem prévia e proibia a guerra de conquista.

d) Constituição de 1937

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 é a Lei Maior do Estado Novo, período ditatorial caracterizado pela dissolução do Congresso. Foi outorgada em 10 de novembro de 1937, baseada na Constituição Polonesa de 1935. O Brasil era administrado sob regime forte e centralizado.

Em relação à política exterior, são abandonados os princípios do recurso prévio ao arbitramento e da vedação de guerra de conquista.

Já no artigo 4º, consta regra pela qual se admite a ampliação do território nacional, deixando margem à especulação sobre a possibilidade de guerra de conquista.

e) Constituição de 1946

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 foi promulgada em 18 de setembro de 1946. Consolidava sistema político fundado na democracia representativa, autonomia dos Municípios e institucionalização da Federação. Previsão ampla de direitos e garantias fundamentais.

Retoma as regras da Constituição de 1934, estabelecendo a vedação da Guerra de Conquista e da obrigatoriedade do recurso prévio à arbitragem.

f) Constituição de 1967

Com o Ato Institucional número I, de 09 de abril de 1964, foram restringidas as liberdades públicas e outros direitos vigentes na Constituição de 1946, que somente vigorava naquilo que não contrariasse o aludido ato.

Posteriormente, em 24 de janeiro de 1967, foi promulgada a nova Carta, que se caracteriza pela preocupação com a Segurança Nacional, centralização de Poderes e permite a suspensão de direitos e garantias fundamentais.

O artigo 7º, da Constituição Federal, dispõe que é vedada a guerra de conquista, estabelecendo que os conflitos internacionais devem ser resolvidos por meios pacíficos.

Em 17 de outubro de 1967, promulgou-se Emenda à Constituição de 1967. Alguns doutrinadores consideram que se trata de nova Constituição, posto que não foram adotados os procedimentos previstos para alteração da Carta Maior. Passou a ser denominada Constituição da República Federativa do Brasil. Foi mantido o artigo 7º.

Durante todo o período do regime militar, a política externa foi marcada por uma tendência de negociações bilaterais e multilaterais, o que se convencionou chamar de Política Externa Independente.

Passamos, agora, à análise do parágrafo único, do artigo 4º, da Constituição vigente, regra expressa sobre integração.

4.3. Artigo 4º da Constituição Vigente

É possível apontar, pelo menos, três tipos diferentes de normas constitucionais que influenciam as relações externas de um país: normas que implicitamente fixam parâmetros para as relações externas do Estado; as que, regulando pessoas físicas e jurídicas, ou situações que tenham algum atributo de internacionalidade, interferem nas relações externas; e as que fixam os paradigmas fundamentais da organização social e estatal.

Já ANTÔNIO RAMIRO BROTONS, em seu *La Accion Exterior del Estado*, destaca três funções básicas das normas constitucionais de relações exteriores, quais sejam : a) fixação de marcos normativos da gestão de política externa ; b) estabelecimento de limites para a política externa, em razão de expressa proibição e c) formulação de estímulos.

No constitucionalismo clássico, o tratamento das relações exteriores se restringia à fixação de competências entre os diferentes órgãos do Estado. A realidade atual é bem diversa.

Na Constituição em vigor, encontramos regras dispersas que influenciam as relações externas, como, por exemplo, as regras de nacionalidade; e encontramos princípios gerais elencados no artigo 4º.

A constitucionalização de princípios de relações exteriores viabiliza o controle político da ação externa do Estado pelo Poder Legislativo e o controle jurídico pelo Poder Judiciário.

Os aludidos princípios são a independência nacional, a prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos, a não-intervenção, a igualdade entre os Estados, a defesa da paz, a solução pacífica dos conflitos, o repúdio ao terrorismo, a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, a concessão de asilo político e o incentivo à integração dos povos da América Latina.

A importância prática de tais princípios pode ser apontada em inúmeras situações, como por exemplo: o princípio da prevalência dos direitos humanos foi argumento importante para obter do Congresso Nacional a tramitação da Convenção Americana dos Direitos Humanos – Pacto de São José; o Princípio de defesa da paz, conjugado com o disposto no artigo 21, inciso XXII, da Constituição, foi fundamental para a recente assinatura do Tratado de não-proliferação de armas nucleares; o princípio da integração dos povos da América Latina foi importante para a constituição do MERCOSUL.

O princípio da independência é constante em nossas constituições, significando a superação da era colonial, que muito marcou o nosso país, tendo tido maior expressão, por razões óbvias, na Constituição de 1824 e na de 1891.

O princípio da prevalência dos direitos humanos é inédito nas demais Constituições, refletindo a atual preocupação com a proteção dos direitos humanos, que vem ganhando dimensões antes nunca alcançadas. Tem orientado a política externa nacional no sentido da preservação de tais direitos. Destaque-se o crescente nível de conscientização que a sociedade tem demonstrado na necessidade de preservação desses valores.

O princípio da autodeterminação dos povos torna clara a idéia de que cada nação é igual a um estado soberano, sendo um indicativo de que os tempos modernos não admitem a colonização, tão praticada em tempos mais antigos. Importa destacar que a verdadeira autodeterminação impõe a adoção de políticas de auxílio ao desenvolvimento dos países periféricos, muitos dos quais ex-colônias, sem o que manteremos este princípio como mero ideal a ser alcançado.

O princípio da não-intervenção obsta a interferência nos assuntos internos de cada Estado, sendo decorrência do reconhecimento da soberania dos países

independentes. Tem-se sido questionado se o princípio da não-interferência foi mitigado pela constituição de comunidades econômicas. Penso que, em tais Comunidades de países, existe certa limitação de soberania, a favor de entes comunitários, o que permite, por exemplo, a prevalência de regras de direito comunitário sobre as regras de direito interno. Deve-se, contudo, ter em mente que a transferência de soberania não é completa, sendo mantida a limitação à interferência em questões que fujam à alçada direta dos entes comunitários ou exclusivamente de interesse de cada um dos países que compõem a comunidade. Em tal situação, embora não admitida a interferência, tratando-se de matéria que comprometa a participação do país na Comunidade ou dificulte o funcionamento da mesma, não é excluída a possibilidade de sanções, como a suspensão de participação.

O princípio da igualdade entre Estados estabelece a igualdade soberana entre os mesmos.

O princípio da defesa da paz estabelece que o país deverá propugnar pela paz, seja mediando conflitos entre países amigos, o que vem ocorrendo com certa frequência e eficiência, seja posicionando-se em contrariedade a ações que ensejem conflitos. Em conjunto com o artigo 21, XXIII, letra a, da Constituição Federal, definem que as instalações nucleares somente deverão ser utilizadas para fins pacíficos.

Na eventual participação de nosso país em conflitos, determina a Constituição a busca de solução pacífica dos mesmos. Tal regra faz parte das versões da Constituição Brasileira desde a de 1946. São formas pacíficas de solução dos conflitos as soluções diplomáticas ou não-jurisdicionais, divididas em Negociações Diretas, Congressos, Conferências, Mediação, Consulta e Conciliação e as soluções não-jurisdicionais, como a arbitragem, as Cortes Internacionais, Comissões de Inquérito e de Conciliação e Comissões Mistas.

Em paralelo, são apontadas como soluções não-pacíficas as Guerras, Retorsão, Represália, Embargos, Bloqueio Pacífico e Ruptura de Relações Diplomáticas.

Estabelece a Constituição o repúdio ao terrorismo e ao Racismo. O terrorismo, em nenhum momento histórico a não ser durante o período militar, fez-se presente em nosso país. Entretanto o terrorismo internacional é fonte de grandes preocupações na atualidade, não poupando nenhum dos países, demandando o repúdio internacional e a cooperação para o seu combate.

O racismo, por sua vez, merece repúdio, não apenas, como forma de reparação em face de sua chancela pelo Estado, durante tantos anos. Cumpre evitar-se

o tratamento diferenciado por razões de cor, nacionalidade ou religião. Muitas já foram as lições históricas sobre os malefícios que a intolerância pode acarretar.

Predica a Constituição a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, visando a estabelecer a inserção do país em sistema de colaboração que permita o progresso de todas as nações.

É prevista a concessão de asilo político na atual Carta. Tal regra é tradicional nas normas que regulam direitos e garantias individuais ao longo de nossa história constitucional. Esteve ausente nas cartas de 1824 e 1891, surgindo na Constituição de 1934, sendo dela retirada em 1937, retornando em 1946 e sendo mantida posteriormente. Protege a pessoa contra a violência e o arbítrio do Estado.

O parágrafo único, do artigo 4º, predica a integração entre os povos da América Latina. Dispõe o aludido dispositivo que a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Trata-se, flagrantemente, de estímulo, autorização, para a integração do Brasil na comunidade das nações. É norma sem precedentes no direito nacional. Entretanto, ao lado desse objetivo prefixado para a política externa do país, percebemos a inexistência de instrumentos capazes para a efetivação da realidade definida como modelo.

Apesar da inexistência de mecanismos que facilitem o alcance da meta traçada pelo legislador constituinte, o Brasil tem imprimido esforços no sentido de concretizar o MERCOSUL – Mercado Comum do Sul, em parceria com Uruguai, Paraguai e Argentina, o que pode ser um embrião para Comunidade mais ampla.

Vislumbra-se, ainda, no dispositivo em exame, autorização para a limitação da soberania nacional, ou seja, para a admissão de órgãos comunitários supranacionais, no modelo dos existentes na União Européia. A experiência tem demonstrado que, em certo nível de integração, a existência de órgãos supranacionais é uma necessidade, sob pena de estagnação. Ante o estímulo à integração, não é absurdo o entendimento de que é permitida a limitação da soberania.

Por outro lado, o mesmo parágrafo foi recentemente invocado para justificar o privilégio do MERCOSUL em detrimento da ALCA – ÁREA DE LIVRE COMÉRCIO DAS AMÉRICAS - o que seria motivado por razões históricas e de identidade cultural. Ante tal tese, pode ser contraposto o argumento de que a integração das Américas é fase complementar, mais ampla, do que a mera integração da América Latina.

Na verdade, ambas as interpretações são verdadeiras, considerando-se que as razões preponderantes para a efetivação de uma integração são econômicas, sendo interessante aos países que compõem o MERCOSUL o seu fortalecimento, para posterior ingresso na ALCA.

Para a melhor compreensão da integração de países, faz-se mister o entendimento da noção de supranacionalidade. Tal idéia é definida em doutrina, especialmente por PIERRE PESCATORE, como a estrutura institucional caracterizada pelo exercício de poderes autônomos colocados ao serviço de interesses comuns de outros Estados.

Assim, são características da supranacionalidade a existência de interesses comuns entre os Estados que criam a instituição comunitária, a colocação de poderes reais ao alcance dessa instituição e a autonomia dos referidos poderes.

O conceito em referência conflita, substancialmente, com o conceito clássico de soberania. Para a admissão da supranacionalidade mister é compreender a soberania já não pode ser compreendida na feição de sua formulação original. O alerta é de PAULO BONAVIDES² :

“Já vimos, em parte, as dificuldades que concorrem para fazer obscuro e controverso o conceito de soberania, desde que o aceitemos como categoria absoluta nos termos da velha concepção de Bodin. Essas dificuldades são resumidamente a impraticabilidade que daí decorreria para explicar a existência do direito internacional e a impossibilidade ademais de atribuir caráter de Estado a certos ordenamentos políticos como os que fazem parte de uma Federação. Mas não param aqui os embaraços levantados a esse conceito, aos quais se vêm somar e modo não menos tormentoso os que dizem respeito à sede do poder soberano, a saber, se a soberania é do rei, da nação, do povo ou de uma classe na sociedade. “

A revisão do conceito de soberania faz-se premente para o melhor desenvolvimento da integração entre países. PIERRE PESCATORE advertia que a idéia de indivisibilidade atribuída tradicionalmente à soberania cega a mente dos homens para o fenômeno da integração.

2. O autor cearense analisa o conceito de soberania em seu *Ciência Política*, publicado pela Malheiros, atualmente na 10ª edição.

Na verdade, as modificações produzidas pelo fenômeno da integração econômica têm afetado inúmeros outros conceitos da Teoria Geral do Direito, e não apenas o conceito de soberania, tais com os conceitos de Estado e Constituição.

Na experiência européia de integração, alguns países produziram alteração das normas constitucionais com a finalidade de tornar expressa a submissão do direito interno às regras comunitárias. Outros, mesmo sem a produção de alteração constitucional, admitem a limitação do poder soberano a favor de organismos supranacionais da União, sob a argumentação de que a admissão de participação na União enseja a submissão às suas regras, sob pena de inviabilizá-la.

A opção dos países do Mercosul foi pela cooperação, ao invés de integração, em que os Estados se organizam de forma horizontal, sem poder que os submeta, sem a existência de mecanismos supranacionais.

Ocorre que o aprofundamento da integração implica necessário estabelecimento de órgãos supranacionais, criando, desta forma, novo centro de poder delimitador da discricionariedade em matéria de política externa.

4.4. As Hipóteses de Extradicação e Expulsão

A extradicação, na lição de CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO, pode ser definida como o ato por meio do qual um indivíduo é entregue por um Estado a outro, que seja competente para processá-lo e puní-lo³.

A extradicação pode ocorrer por tratado ou em face de reciprocidade, pressupondo sempre uma manifestação da Justiça local, pautando-se pelos princípios da especialidade, pelo qual o indivíduo não pode ser julgado por delito diferente do que fundamenta o pedido de extradicação, e da identidade, em decorrência do qual não se concederá a extradicação quando no Estado de refúgio não se considerar crime o que fundamenta o pedido de extradicação, afastando-se também a punição por pena que não exista no Estado de refúgio.

Apoiado em Tratado, o pedido não comporta recusa sumária, visto que existe um compromisso que incumbe ao Governo brasileiro honrar, sob pena de ser colocada em causa a sua responsabilidade internacional. O compromisso priva o Governo de possibilidade de atuar arbitrariamente, restando afastada a discricionariedade, sendo obrigatória a submissão da demanda ao Supremo Tribunal Federal. Caso a Corte

3. A definição em referência é exposta em seu livro *CURSO DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO*, Editora Freitas Bastos, 8ª edição, às páginas 647.

Maior entenda legítima a extradição, deve a mesma ser realizada, quando somente poderá ser exigido do Estado requerente o atendimento dos requisitos de entrega.

A Lei 6815\80 faz a proibição da extradição dissimulada, vedando a deportação e a expulsão sempre que tais medidas impliquem extradição não admitida pela lei nacional.

Já a expulsão é o ato político administrativo que obriga o estrangeiro a sair do território nacional, ao qual, a princípio, não pode mais voltar.

Vigora o entendimento de que nenhum Estado é obrigado a admitir estrangeiros em seu território, por princípio do direito das gentes, seja a título definitivo seja a título provisório. A admissão é discricionária.

A deportação não se confunde com a expulsão; ambas são espécies de exclusão do território nacional; entretanto a deportação se caracteriza por ser exclusão do estrangeiro que se encontra de forma irregular, ou em face do irregular ingresso no Estado ou pelo exercício irregular de atividade laboral, no caso de turista estrangeiro. Não se trata de medida punitiva, não produzindo sequelas, podendo o deportado retornar ao país quando estiver com a sua situação regularizada.

Já a expulsão tem pressupostos mais graves, o que enseja a aplicação da medida como punição. Em regra pode ser expulso o estrangeiro que sofra condenação criminal de variada ordem ou aquele cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais.

É patente que existe ampla margem de discricionariedade, tanto na apreciação da conduta do estrangeiro, a fim de constatar se estão presentes os motivos da expulsão, como na possibilidade de, mesmo sendo constatados os motivos, deixar de aplicá-la.

5. CONCLUSÃO

Inicialmente, estudamos o conceito de discricionariedade, diferenciando tal forma de atuar do Estado das demais possíveis formas. Percebemos que o Estado atua discricionariamente quando possui determinada margem de liberdade para praticar condutas. Apontamos que a concessão de discricionariedade ao Poder Público, necessária para a realização dos fins do Estado, não implica atuação sem controle jurídico, sob pena de chancelarmos condutas arbitrárias. Assim, o Poder Discricionário precisa ser limitado.

Em fase seguinte, cuidamos de definir a noção de relações externas, apontando a necessidade de superação dos paradigmas da velha ordem jurídica internacional, constatando que o indivíduo também é sujeito de direito internacional público. Superamos a velha concepção da Teoria das Razões de Estado, que permitia o entendimento das relações exteriores como matéria de exclusiva interferência do Poder Executivo. A política externa, no mundo contemporâneo, não mais pode ser utilizada pelos governantes como instrumento de luta pela manutenção do poder, nos planos interno e externo, devendo ser balizada por princípios e normas que definam a sua direção.

Posteriormente, discutimos a existência de regras jurídicas que balizem as relações externas do Brasil, impondo-se como restrição à atuação discricionária, podendo os indivíduos ou pessoas jurídicas interessadas utilizarem-se dos meios processuais cabíveis para a exigência da preservação dos valores ali definidos.

Foi realizado o estudo histórico das regras que delimitam as relações internacionais em nossas Constituições, apontado que as regras atuais não possuem precedentes, especialmente a regra do parágrafo único, do artigo 4º, que expressamente incentiva a criação de comunidade dos países da América Latina.

Por fim, abordamos a atuação discricionária do Estado nas hipóteses de extradição e de exclusão do território nacional, destacando que a extradição, vinculada a Tratado, exclui a discricionariedade do Estado, ao passo que, nas hipóteses de exclusão de território, reside, ainda, amplo espaço para a atuação discricionária.

Concluimos que os princípios que versam sobre relações exteriores previstos na Constituição Federal constituem limites à atuação do Estado. Impõe-se a ampliação do conceito de legalidade, a fim de albergá-los.

A ÉTICA NA FORMAÇÃO DO MAGISTRADO

FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES
Juiz de Direito da 15ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza; Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; Coordenador da ESMEC.

(Texto elaborado para intervenção oral, no III Congresso Internacional da Justiça – Preparando a Justiça para o 3º milênio – Fortaleza-Ce, de 8 a 11 de dezembro de 1999, promoção da Associação Cearense de Magistrados)

*É difícil defender só com palavras a vida
 Ainda mais, quando ela é esta que se vê,
 Severina*

(“Auto da Vida e Morte Severina” –
 João Cabral de Melo Neto)

Um quarto de século dedicado a uma missão árdua e, a cada passo, questionada ou incompreendida. Basto-me, na capacidade de dormir tranqüilo; avalio-me, toda vez que encaro – sem pestanejar nem desviar o olhar – colegas, amigos, parentes e, sobretudo, pessoas comuns; e, sem abdicar da humildade e do senso de limitação, não posso deixar de sentir-me extremamente honrado e compensado, em face do convite para falar sobre Ética na Magistratura, neste evento de dimensão internacional.

Longe de pretender assumir, individualmente, a importância e a dimensão de tão nobre encargo, prefiro entender que, mediante o simbolismo sábio da representação, devo encarnar – nos minutos seguintes – todos os juízes que fazem do

seu ministério um meio permanente de servir à comunidade, outorgando aos seus semelhantes a Justiça possível.

Embora um cenário e uma época de tantas aberrações humanas possam induzir – qualquer um de nós – a pensar em descrença e intolerância, prefiro apostar no lado bom e positivo dos seres humanos, única saída que me permite incursionar pelo terreno convidativo, às vezes utópico, da Ética.

Como único e possível destinatário da norma jurídica, o homem, indivíduo ontológico, atrai o que há de integral, de essencial de suas virtualidades, na constante e sôfrega luta pelo autoconhecimento reflexivo.

Na filosófica definição de Régis Bonvicino:

O homem é (direito das futuras gerações).

O homem de dentro

(Larva ainda ninfa)

Sob a forma de crisálida do tempo

.....

O homem é o centro

O homem é

Não o homem de fora,

Mas o homem de dentro.

E, na poética viniciana, o que de belo, tocante e comovente espargiu sobre a temática humana, eterna e infinita indagação dos séculos, suprema aventureira dos milênios:

Eu sou um homem.

A medida de todas as coisas, uma coisa de grandeza e solidão, um ser múltiplo e indivisível, a se agigantar no espaço como uma árvore sem termo. Eu sou o passado, sou o presente e sou o futuro: a sombra de meu pai e o amanhã de meu filho. Eu sou o amanhã universal, porque vivo e me mato a cada instante, num silêncio que fecunda o amor, num amor onde floresce o sonho, num sonho que recria a vida, numa vida de onde nasce a morte, numa morte que se nutre do amanhã.

Estou limitado pelo meu nascimento, ao sul; pela minha morte, ao norte. A oeste, tenho compromissos, dilemas e retaliações. A leste, tenho o povo, que me oprime e a quem amo. Quisera ser coração, nuvem, primeira namorada, quando penso no povo. Tomara tanto simplificar-me e não ter mais desejos, senão o meu amor ao povo.

Mas, ai. Nasci tal um relógio, com um pêndulo que marca o tempo de minha paixão. Sou um homem. Um ser sempre a crescer. Um homem no seu mais dramático sentido. Dotado de toda a inteligência, toda a chama, toda a sinceridade, toda a astúcia que pode ter um homem, e toda a solidão.

O homem transcende, em suas características de superioridade junto aos escalões zoológicos, ao caráter de simples e pura racionalidade; o homem é essencialmente um animal sonhador, e é dessa faculdade onírica, desse poder-magia de sobrepassar ao que é terreno, mundano, material, que o homem se excede e alça nas dimensões da espiritualidade o momento de alcance da insustentável leveza do ser, o sonho como matéria-prima da construção de um ideal.

Nas palavras de Warat, *Os sonhos e a magia como antídotos da ideologia. O sonho para superar a mentalidade cartesiana, essa lucidez vizinha do poder.*

A sobrevivência do ser humano é mensurável por sua capacidade e suas condições de sonhar, de idealizar. Ninguém escapa do anátema fulminante: *Sem sonhos não há salvação.*

A mensuração democrática de qualquer instituição passa e repassa pelo poder de estimular o sonhar do cidadão. A repressão ao sonho equivale ao sufocamento de ideais, até que toda a massa humana reste estéril de fantasias e se transforme em ordeiro rebanho de racionais animalizados.

O surrealismo de Buñuel bem pontifica o dilema: *sonhar é preciso, viver não é.*

Se me dissessem: restam-lhe vinte anos de vida, que deveria fazer das vinte e quatro horas de cada um dos dias que iria viver?

A partir destas considerações sobre a grandeza da racionalidade humana, realçada pela capacidade e pela necessidade de dar trela aos sonhos, e sempre desafiada pela dialética insatisfação, ditada pelo viver social, é que me permito debruçar-me sobre a questão da justiça humana, vendo que esta reflete um real estado de caos.

Nossa Justiça serve a uma faixa cada vez mais reduzida de brasileiros. Vastos setores são excluídos do acesso à Justiça convencional e a elite econômica subtrai-se à sua lentidão. Perde-se na contemplação do litígio interindividual, ausente o enfrentamento das macro-controvérsias. Não planeja. Não prepara os quadros do futuro e não motiva os atuais.

A indignação ética deve atormentar o juiz sensível, de maneira a inpregnar o seu universo pessoal, convertendo-o em artífice da transformação possível; animando-o da coragem cívica de reclamar mudanças institucionais; estimulando-o a ser **condutor** do processo de reformar, não seu objeto.

Não há receitas infalíveis, nem remédios miraculosos. O caminho há de ser encontrado de acordo com a história pessoal de cada um e trilhado na conformidade de seu talento. O passo inicial é a entrega, espontânea e sem preconceitos, ao esquecido **exame de consciência**. Indagar-se sobre o óbvio e com simplicidade. As coisas singelas também podem ser eficazes.

Qual o meu conceito de justiça?

Tenho atuado coerentemente com ele?

Posso aperfeiçoar a realização humana do justo?

Sou instrumento ou produtor de justiça?

São temas postos ao juiz imerso na ética e a caminho da insurreição. Ao responder a tais questões – e a tantas outras, surgidas na angústia da missão jurisdicional, signo distintivo de todo juiz lúcido – surgirá o **propósito** de atuar decisivamente na transformação da justiça.

Só assim estará o juiz brasileiro a cumprir com o seu dever de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de erradicar a pobreza e de promover o bem de todos os semelhantes. Dever jurídico, positivado na Constituição da República. Mas, antes disso, o compromisso ético, inafastável de quem assumiu a missão de dizer o direito e de realizar a humana justiça.

Abordando a insurreição ética, o juiz José Renato Nalini afirma ser esta um verdadeiro brado salvador, um resgate histórico e um feliz reencontro entre a Justiça e o povo.

A velha toga não protege o juiz moderno. Ele tem sido acusado de corporativista e ineficiente, sem condições de reagir. Impõe-se-lhe o abandono da **cultura da passividade**, para apegar-se ao menos a uma **cultura crítica**. Diz-se ao menos, pois há quem propugne a adoção de uma **cultura de revolta**, única reação ao conformismo presente.

A **cultura crítica** favorece o repensar do direito como saída única para a solução dos conflitos humanos. E o repensar da função judicial como seu principal instrumento.

Atinge-se a **cultura crítica** mediante a **imersão ética**, exercício individual e isolado de consciência da realidade e de compromisso com a missão de aperfeiçoá-la. Resultado dessa postura solidária, na contaminação de todas as mentes sensíveis, será a verdadeira **insurreição ética** do juiz brasileiro; a coesão de toda a Magistratura, tocada por saudável sentimento de não-resignação, diante da melancólica realidade do povo, da sociedade e de sua Justiça.

O povo tem fome e sede de Justiça, mas também se vê atormentado com sede e fome literais. O celeiro do mundo não impede a desnutrição de seus filhos. Liga-se à *Intranet*, mergulha na fantasia da realidade virtual e condena a sua infância a lindes escassos de qualidade e de duração da vida.

É o fruto de erigir-se a sociedade sobre valores inconsistentes. Pregar o acúmulo de bens materiais e a consecução de vantagens a qualquer custo. Perseguir o objetivo da obtenção de bens da vida cada vez mais requintados e cada vez mais supérfluos. Debochar da virtude. Premiar a esperteza.

Agrida-se a Natureza e ela virá a galope, dizia BUFFON. Vulnere-se a natureza humana e a vingança virá a jato. O morticínio e a prostituição infantil, a banalização da violência até em nível doméstico, a batalha perdida contra a droga. O desamor, o egoísmo, a efemeridade das relações entre as pessoas. A nossa sociedade precisa de Unidade de Terapia Intensiva.

Atendendo, nessa *Unidade de Terapia Intensiva*, no lugar de médicos e enfermeiros, em suas batas brancas ou esverdeadas, estarão juízes, promotores, defensores públicos e advogados, envergando roupagem de cores mais escuras e incumbidos todos da *salvação* ou da *recuperação* de cidadãos combalidos pela sanha da própria comunidade, sob a égide de um regime jurídico formal que, a cada passo, mostra-se impotente – por si só – para prevenir, controlar, reprimir e punir.

Considerando que a configuração ou ocorrência de ética na missão jurisdicional interessa, principalmente, ao povo, faturador e destinatário do próprio Estado, prefiro não circular pelo terreno elaborado da deontologia, indo buscar nos dicionários a significação mais usual; o Novo Dicionário Aurélio diz que a ética é o “estudo dos juízos de apreciação referentes à conduta humana suscetível de qualificação do ponto de vista do bem e do mal”. O Dicionário Enciclopédico de Tecnologia Jurídica e de Brocardos Latinos, de Iêdo Batista Neves, define a ética profissional como a “soma de deveres que estabelecem a norma de conduta do profissional no desempenho de suas atividades e em suas relações com o cliente e todas as demais pessoas”.

A junção dos dois conceitos, adequada à vida profissional dos juízes, fornecerá, pois, uma noção do que deve ser considerado Ética na Magistratura.

Antes de abordar, mais diretamente, alternativas e condições que permitam a um magistrado caminhar por uma trilha ética, vale lembrar a mensagem de Aftalión, em sua “*Introducción al Derecho*”, que, ao comparar ética e técnica, afirma ser a primeira *a realização do desejado, enquanto desejado*, ao passo que a técnica é *a realização do desejado, enquanto realização*. O destaque feito por um dos mais conhecidos introdutores da ciência jurídica em nossas salamancas cresce em

significação nos dias atuais, quando a comunidade está a exigir, pena de ineficácia, juízes éticos e técnicos, simultaneamente.

Ação plena e satisfatória de um magistrado, na visão das partes usuárias, é aquela que consegue propiciar a melhor Justiça, em tempo que possa revelar eficácia. Usa de boa ética, porém de má técnica, por exemplo, o juiz que é irretocável em seu zelo pela Justiça, mas falecem-lhe condições técnicas e gerenciais para eximir-se da proverbial morosidade do sistema; em posição inversa, um magistrado pode utilizar sofisticados recursos técnicos para prover uma justiça discutível ou inaceitável. Em ambas as situações, a prestação jurisdicional deixa de atingir seus objetivos.

Caracterizada, então, a ética profissional como algo especificamente vinculado a cada agente – no caso em espécie, o magistrado – a **competência técnico-instrumental** surge como primeira e indispensável condição. Em livro escrito em 1955 – *The challenge to the law reform* (O desafio à reforma do direito) – o Juiz Arthur T. Valderbilt, Presidente da Suprema Corte de Nova Jersey, já destacava a qualidade do pessoal como o problema básico em qualquer organização judiciária:

Necessitamos de juízes doutos em direito, não só no direito dos livros, mas também em outro bem mais difícil de alcançar, aquele que se aplica vividamente nas salas dos tribunais; juízes de profunda aptidão nos mistérios da natureza humana e peritos em descobrir a verdade nos testemunhos contraditórios da falibilidade humana; juízes sem contemplação com ninguém, independentes e honestos, e – coisa não menos importante – que sejam considerados como tais por todo mundo; juízes que, acima de tudo, estejam inflamados com o ânimo devorador de administrar justiça com acesso a direito a todo homem, mulher ou crianças que compareçam ante eles, e de preservar a liberdade individual contra a agressão do governo; juízes com a humildade que nasce da sabedoria, pacientes e incansáveis na busca da verdade e claramente conscientes dos prejuízos que, em um mundo febril, causam as demoras injustificadas.

Ciente da necessidade de uma prontidão quase cósmica dos magistrados, fruto de uma capacitação interdisciplinar jamais provida pelos cursos jurídicos, as organizações judiciárias devem aviar, sistemática e urgentemente, mecanismos preparatórios ou vestibulares, destinados à formação de novos juízes, bem como acionar programas e instrumentos que viabilizem atualização e aperfeiçoamento à magistratura, ao longo de sua vida ativa. Para tanto, aí estão, disponíveis, as escolas de magistratura, criadas, não para enriquecer currículos, mas para aprimorar substancialmente todo o corpo de juízes, adestrando-os para os desafios do novo milênio.

Uma das conclusões do “Primeiro Colóquio Internacional da Magistratura” (realizado em 1996) apontava: *Não é proibido sonhar com o juiz do futuro: cavalheiresco, hábil pra sondar o coração humano, enamorado da Ciência e da Justiça, ao mesmo tempo que insensível às vaidades do cargo; arguto para descobrir as espertezas dos poderosos do dinheiro; informado das técnicas do mundo moderno, no ritmo desta era nuclear, quando as distâncias se apagam e as fronteiras se destroem, quando, enfim, as diferenças entre os homens logo serão simples e amargas lembranças do passado.*

Uma vez apoiado em suas necessidades técnico-instrumentais, o juiz não pode prescindir de independência. O desembargador Raimundo Bastos de Oliveira, Diretor Geral da Escola da Magistratura do Estado do Ceará, do alto de uma longa vida de magistrado, resume tudo num desabafo simples: – *Deixem o Juiz julgar!*

Em seu livro “Poder Judiciário – Crises, acertos e desacertos”, **Eugênio Raul Zaffaroni** verbera:

A independência do juiz, ao revés, é a que importa a garantia de que o magistrado não estará submetido às pressões de poderes externos à própria magistratura, mas também implica a segurança de que o juiz não sofrerá as pressões dos órgãos colegiados da própria judicatura.

Um juiz independente, ou melhor, um juiz, simplesmente, não pode ser concebido em uma democracia moderna como um empregado do executivo ou do legislativo, mas nem pode ser um empregado da corte ou do supremo tribunal. Um poder judiciário não é hoje concebível como mais um ramo da administração e, portanto, não se pode conceber sua estrutura na forma hierarquizada de um exército. Um judiciário verticalmente militarizado é tão aberrante e perigoso quanto um exército horizontalizado.

E continua:

A pressão sofrida pelos juízes em face de lesão à sua independência externa, em um país democrático, é relativamente neutralizável, por via da liberdade de informação, de expressão e de crítica, mas a lesão de sua independência interna é muito mais contínua, sutil, humanamente deteriorante e eticamente degradante. Quanto menor seja o espaço de poder de uma magistratura, quer dizer, quanto menor independência externa possua, maior parece ser a compensação buscada pelos seus corpos colegiados no exercício tirânico de seu poder interno. Em uma magistratura com estes vícios, é quase impossível que seus atos sejam racionais.

O Desembargador Benício de Paiva, magistrado mineiro, elaborou um Código de Ética para a Magistratura, distribuído em dez itens e citado no livro “Curso de Deontologia da Magistratura”, de Antonio Carlos Alves. Vale sua citação, como mais um instrumento de reflexão:

“Ao juiz, órgão do Poder Judiciário, cumpre observar, no exercício de sua atividade jurisdicional, os preceitos e normas seguintes decorrentes da dignidade inerente ao seu cargo:

I. Considere a judicatura como verdadeiro sacerdócio, algo acima das forças humanas e que se nutre de trabalho diuturno, de sacrifícios e renúncias.

II. Zele ciosamente pela sua reputação, assim na esfera da vida particular como na vida pública, evitando tudo que a comprometa e ponha em xeque o prestígio da Justiça.

III. Conduza-se na vida, modesta, austera e ordenadamente; fora do estrépito da publicidade e da evidência social, que consome o tempo em recreios improdutivos.

IV. Não deva nada a ninguém. Não compre nada com o dinheiro que não ganhou. Na ordem econômico-financeira está a base da tranquilidade do lar e da segurança do crédito.

V. Recuse dádivas e presentes valiosos, convites para visitas e excursões dispendiosas, à custa de outrem, quase sempre dono de negócios, empresas com interesses em repercussão na Justiça.

VI. Nunca levante a voz, não grite. Não ande armado nem alardeie assomos de valentia.

VII. Não adiante nunca o pensamento sobre causas ou espécies que dependam do seu conhecimento ou que possam vir a depender.

VIII. Não se aproxime da política partidária, senão por dever de ofício, sempre com a devida reserva.

IX. Se, em despacho ou sentença, incidiu em erro ou engano, confesse-o lisamente, emendando-o como for de verdade e de direito. Isto, porém, como é de ver, somente será possível se sobrevier, no curso dos autos, oportunidade processual, pois é falta gravíssima emendar, corrigir, substituir despachos publicados ou substituí-los por nova decisão com arrancamento ou não de folhas dos autos. Esta medida revela falta de senso de responsabilidade e, pois, de incapacidade para a função.

X. A emolção entre os juízes somente é tolerável quando visa impessoalmente ao maior aperfeiçoamento da Justiça. O mais são ridículas rivalidades pessoais, reveladores da falta de equilíbrio do julgador. O equilíbrio, que supõe integridade mental

e moral, serenidade, senso de medida, é a pedra de toque para a seleção do elemento humano, que deve compor o quadro da magistratura.”

Sobre a condição humana de independência, que advém da liberdade, lembro a dedicatória em forma de poema, lavrada por MAIAKOVSKY:

Homens!
Amados e não amados,
Conhecidos e desconhecidos,
Desfilai por este pórtico num vasto cortejo!
O homem livre
 – *De que vos falo* –
 – *Virá,*
 – *Acreditai,*
 – *Acredita-me!*

Neste ponto, não me peçam os senhores, especialmente os companheiros de profissão, uma fórmula genérica, definitiva e eficaz, para assunção e manutenção de um comportamento sempre ético, no exercício do múnus público de julgar.

Como se pode notar, a ética profissional deve ser entregue – ou devolvida – a cada um, que a utilizará segundo suas próprias condições, limitações e peculiaridades, ajustando-se, ainda, às mutações dialéticas da própria vida social, que transforma as verdades de ontem, na insignificância de hoje e na mentira de amanhã.

De todo modo, para perseguir esse ideal ético-profissional, estou convicto de que cada ser-juiz precisa:

- abjurar a presunção de *divindade*, assumindo, mais e mais, sua condição humana falível e limitada, mas capaz de plenificar-se e ultrapassar-se;
- assumir, a cada passo, o direito de sonhar e de ousar, fugindo à rigidez cartesiana, a fim de poder acompanhar as mutações da vida;
- cultivar a virtude da humildade, ciente da sua função de agente de um Poder cuja soberania deve ser devolvida ao seu destinatário, o povo;
- preservar e defender, interna e externamente, sua independência operacional;
- não olvidar que, em qualquer processo, circulam vidas, sangue, lágrimas, necessidades existenciais próprias das carências humanas, e isso determina que as decisões não sejam proferidas com *cinzéis e martelos*, como se fossem gravadas em *pedras graníticas*.

Prefiro, assim, finalizar com uma admoção pesada e preocupante, criada pelo espírito inquieto e brilhante do escritor lusitano José Saramago:

O Cristo do Corcovado desapareceu, levou-o Deus quando se retirou para a Eternidade, porque não tinha servido de nada pô-lo ali. Agora, no lugar dele, fala-se colocar quatro enormes painéis virados às quatro direções do Brasil e do mundo, e todos, em grandes letras, dizendo o mesmo: UM DIREITO QUE RESPEITE, UMA JUSTIÇA QUE CUMPRA.

A PENSÃO POR MORTE E O DIREITO DOS DEPENDENTES INSCRITOS

VANY COELHO MOREIRA

Advogada

I – INTRODUÇÃO

1. ESCOLHA DO TEMA

O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) é a autarquia federal responsável pela concessão e manutenção de benefícios previdenciários do Regime Geral de Previdência Social.

Tais benefícios estão previstos na Lei 8213/91, denominada Plano de Benefícios da Previdência Social. São eles: as aposentadorias (por idade, tempo de serviço, invalidez); auxílios (por acidentário, reclusão e doença); salário maternidade e pensão por morte.

Dentre os serviços oferecidos pelo INSS existem o Serviço Social, a Reabilitação Profissional, a Inscrição de Dependentes etc.

Os dependentes, antes da Constituição Federal de 1988, se subdividiam em quatro classes:

- I- cônjuge, companheiro(a), filho menor ou inválido;
- II- pais;
- III- irmãos menores de 21 anos ou inválidos;
- IV- pessoa designada

As pessoas enquadrado nestes casos eram os possíveis futuros pensionistas do Regime Geral de Previdência Social.

No entanto, desde a promulgação da Carta Magna de 1988, o quadro dos dependentes vem passando por constantes alterações, oriundas de leis que, aos poucos, vêm suprimindo uma ou outra classe, ou ainda, certo tipo de dependente de uma classe. Por consequência, ao se verificar o óbito do designante, acontece ser negado o benefício para o designado, sob a alegativa da não-previsão deste na atual lei.

Atualmente, não mais existe a classe IV.

É justamente sobre essas mudanças, cujos reflexos atingem diretamente o direito ao benefício pensionário, que será desenvolvida a pesquisa.

2. JUSTIFICATIVA

A Previdência Social vem, ao longo dos últimos dez anos, passando por profundas mudanças, ocasionadas pelas reformas legislativas em nível ordinário e constitucional. Estas são notadas nos mais variados níveis, desde a forma das contribuições e suas respectivas alíquotas à extinção de alguns benefícios, bem como aumento de exigências para outros, até a supressão de alguns tipos de dependentes.

Praticamente, toda a população brasileira adulta, de forma direta ou indireta, contribui para a Previdência Social pública, sendo, essa contribuição, repassada ao INSS. Portanto a respectiva contraprestação em benefícios e serviços interessa a todos.

Inúmeros foram os segurados que se dirigiram aos postos de atendimento da autarquia para ali registrarem seus dependentes designados, de acordo com a legislação de então, com o fito único de assegurar-lhes a pensão por morte.

Quando, atualmente, comparece o dependente ou seu representante para requerer a pensão, obtém como resposta o indeferimento à sua pretensão, por não existir mais previsão legal para aquele tipo de dependente.

Esse fato gera uma comoção familiar muito grande. O dependente pobre, às vezes um neto designado, antes sustentado pelo falecido aposentado, de repente fica desamparado, sem direito à pensão.

A intenção do governo federal, a nosso ver, é a de restringir ao máximo o quadro de possíveis beneficiários à pensão como medida de economia. Não se trata de sermos contra ou a favor da extinção do dependente designado que continuassem sendo permitidas as inscrições, oneraria, talvez em nível insuportável, os cofres do INSS num futuro próximo. Essa busca pela economia porém, não pode ser tal, a ponto

de suprimir direitos já conquistados pelos dependentes que chegaram a ter sua inscrição efetuada pelo contribuinte mantenedor daquele.

É inaceitável, tanto para o leigo, quanto para o jurista, que a superveniência de lei nova extinga direito tido como certo.

Intérpretes tendenciosos em alijar esse grande contingente de futuros beneficiários em potencial, expõem suas alegações, fundamentando-se, basicamente, em dois pontos: o de que não havia direito adquirido e o de que a legislação da data do óbito seria aquela que embasaria o direito à pensão. Se, na data do óbito, não mais existia dado tipo de dependente, não havia que se falar em direito à pensão.

Contrapomo-nos à essa explicação; e, no presente trabalho, nos empenharemos em demonstrar argumentos de suporte bem mais profundo, como, por exemplo, a tese do direito adquirido pendente de condição suspensiva. A condição necessária à exequibilidade do direito à pensão seria, justamente, a ocorrência do óbito do segurado. Poder-se-ia caracterizar a morte como termo, ou seja, evento futuro e certo que propiciaria o pleno exercício do direito – pensão.

Toda essa problemática afeta com muita severidade a classe menos favorecida da população, aquela que realmente necessita da pensão do provedor da família.

Por trabalharmos na multicitada autarquia e presenciarmos o estado de penúria e desamparo que subitamente acomete o designado; por testemunharmos verdadeiros dramas familiares ocasionados, não só pela perda do ente, mas ainda pela perda total dos proventos por ele antes assegurado; por entendermos injusta a cômoda interpretação imposta por segmentos administrativos superiores, é que nos propomos demonstrar que existe o direito ao benefício.

3. OBJETIVOS

3.1. Geral:

O presente trabalho tem por objetivo, a partir do estudo das mudanças observadas em torno das classes dos possíveis dependentes previdenciários, demonstrar que há direito adquirido à pensão para um dependente inscrito na vigência da lei anterior à que o excluiu.

3.2. Específicos:

a) levar ao conhecimento público as “mini-reformas” constantemente observadas na legislação previdenciária, no tocante ao tema citado na introdução;

b) evidenciar a diferença entre o momento do ato volitivo da inscrição do dependente e o momento da implementação do direito à pensão;

c) desenvolver a tese do direito adquirido ao benefício da pensão, uma vez que já houve a inscrição do designado, mesmo que o óbito do segurado tenha ocorrido na vigência de lei nova, a qual não mais prevê o citado dependente.

d) demonstrar que a designação representa ato jurídico perfeito.

A partir dos objetivos explicitados acima, este trabalho busca responder a seguinte questão norteadora:

O ato de já haver sido inscrito um dependente menor designado ensejaria a este, direito à futura pensão por morte do segurado, mesmo que a nova legislação não mais permita novas inscrições de dependentes nessa qualidade?

No tocante aos dependentes do Regime Geral, relativos aos segurados filiados ao INSS, havia quatro classes. A última destas teve duas supressões (a pessoa designada maior e menor) e a classe 1 teve uma (menor sob guarda, ainda pendente de transformação de Medida Provisória em lei).

Neste trabalho, enfocaremos somente uma parte dessas mudanças, qual seja a supressão da pessoa designada e o tumulto que esse fato vem ocasionando no momento do requerimento à pensão por morte.

4. METODOLOGIA

Para realização do presente trabalho faz-se necessária a execução dos seguintes passos metodológicos:

Será realizada com uma pesquisa bibliográfica e documental, em que será consultada a literatura acerca desta questão. Em relação à pesquisa documental será, ainda, feita uma exposição das modificações legislativas pertinentes à extinção dos direitos dos pensionistas à luz dessa literatura, sobretudo no que diz respeito ao designado.

A pesquisa será subdividida em três partes a fim de fazer um levantamento histórico do tema em questão:

I. Iniciaremos subdividindo o tema em duas partes: a) será enfocada a questão do antigo modelo familiar até o atual, cujas mudanças influíram nas atuais reformas, no tocante aos dependentes; b) será abordada a criação e evolução da Previdência Social, enfatizando a importância dos dependentes.

Portanto é imprescindível essa introdução até se chegar ao atual conceito de “núcleo familiar”, impregnado na ideologia reformadora, restringindo os possíveis beneficiários de benefícios pensionários.

II. Em segundo lugar, discorreremos sobre as principais mudanças, sempre no quadro dos dependentes, desde a Constituição Federal de 1988, até nossos dias. Nesta parte, aproveitaremos para citar o direito comparado.

III. Como terceiro ponto, o principal do trabalho, adentrar-nos-emos pela seara do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, para tentar provar que o direito à pensão resiste em relação àquele dependente já inscrito na vigência da legislação anterior, revogada quando do óbito do instituidor da pensão.

IV. No capítulo conclusivo deste trabalho, teceremos as considerações que se constituirão a resposta ao problema anteriormente formulado.

II - BREVE HISTÓRICO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

1. PROTEÇÃO SOCIAL— GÊNESE E EVOLUÇÃO

A dualidade entre os fatores “proteger” e “ser protegido” esteve sempre interiorizada na alma humana. Somados à solidariedade inerente à nossa raça, tais fatores foram os guias que acabariam por levar o Homem a elaborar fórmulas protecionistas, remotas precursoras do que hoje se pode chamar de Seguridade Social.

1.1. Pré-história

Desenhos pré-históricos de, aproximadamente, 30 mil anos, retratam o amparo aos mais fracos do bando. A postura tomada pelos mais fortes, ali retratada, obviamente não pode ser considerada embrião da Seguridade Social, considerando que os primitivos tinham uma subjetividade pouco elaborada. Não se quer dizer, com isto, que agiam por instinto. Porém, suas condutas não visavam a nenhum tipo de reciprocidade de cunho obrigacional. Não havia organização nesse nível, embora o ser humano se diferenciasse dos outros animais quando prestava socorro aos integrantes do seu grupo.

Uma certeza, porém, povoava o limitado raciocínio dos nossos ancestrais: o risco a que estavam permanentemente submetidos pelo simples fato de estarem vivos.

De solitários, passaram a conviver em bando. Entenderam que, protegendo-se, fortaleciam-se. Esse mutualismo necessário resultou na necessidade de união, veiculada pela solidariedade.

Wladimir Novaes Martinez, in *Princípios de direito previdenciário*, LTr, São Paulo –1983, dissecou o princípio da solidariedade social (Cap. II, p. 56–65), o qual chama de “princípio fundamental”.

Paul Hersey e Kenneth H. Blanchard in “*Hierarquia de Necessidades*”, dispõem o comportamento do indivíduo em determinados patamares. Essa disposição medida pela ordenada chamada *força da necessidade* (eixo vertical), é assim distribuída: a) fisiológica; b) segurança; c) social; d) estima; e) auto-realização.

Até que sejam supridas as necessidades básicas (fisiológicas) para a manutenção da vida, como alimento, abrigo, roupa etc, estas figurarão no nível mais elevado do gráfico. Quando satisfeitas, darão lugar na ordem de importância à segurança, que é uma necessidade de preservação, representando o afastamento do medo de perigo físico e privação das fisiológicas básicas.

A terceira aparecerá dominante quando satisfeitas as primeiras. Sendo um homem um ser social e político, tende a participar de vários grupos. É a doutrina aristotélica revelada pela observação comportamental humana. Assim por diante, busca o homem, chegar à auto-realização.

Vê-se que os elementos comportamentais acima demonstram a própria evolução humana desde as cavernas até, em apertada síntese, chegar ao despertar do seguro social.

1.2. Era antiga

Há relatos em Teofrasto (228 a.C.) sobre uma associação organizada na Hélade, por seus membros que contribuíam para um fundo de socorro que os amparasse nas adversidades. Idênticas associações existiram¹, também, em Roma, como por exemplo as “gerontocomium”.

Há estudiosos que afirmam encontrar as bases da proteção social nas entidades mutualistas conhecidas por meio da história chinesa.

Da ótica do associado, enquanto trabalhador, havia uma direção para onde suas preocupações apontavam: assegurar a cobertura pelos riscos de danos sempre

1. Cf. COIMBRA, Feijó (1990, p.18), in “Direito Previdenciário Brasileiro”.

presentes no exercício da atividade laboral. Atribuía-se responsabilidade patronal pelos acidentes, prevista na Lei Lombarda, baseada no Édito de Rotário, de lavra romana.

1.3. Época medieval

A *Idade Média* teve como marco inicial a derrocada do Império Romano do Ocidente, em 476. Teria seu fim marcado por mudanças profundas, oriundas da tomada de Constantinopla, em 1453.

O comércio, no século X, o aumento das populações urbanas, o surgimento de novas cidades, tudo, levou as pessoas a novas formas de associação de cunho cooperativista². Após alguns séculos da queda do Império Romano, o paradigma de inter-relacionamento do trabalho servil, foi modificado para o associativismo mutualista entre trabalhadores de certas categorias. Esse novo modelo teria sido o precursor das corporações profissionais, as mais diferenciadas, indo daquelas compostas por artesãos a armadores de navios, estas últimas criadas no século XVI.

Ainda na *Idade Média*, mormente nos séculos XI a XIV, surgiram as feiras periódicas, representando atividades econômicas inter-regionais (como a de Flandres, Champagne e outras cidades) – era o trabalho livre. Organizaram-se, também, as corporações de ofício com regras mais rígidas de hierarquia interna, de acordo com a experiência dos componentes, como os mestres, os companheiros e os aprendizes. Economicamente o comércio mediterrâneo ganhou novo impulso, sendo Gênova, Piza, Florença e Veneza os grandes centros comerciais da época. A Igreja trabalhou no sentido de ser reconhecida a dignidade do trabalho. A moral cristã passou a orientar o interesse pessoal, até a era metalista – base do mercantilismo (1450 – 1750).

Quanto à assistência pública, tinha esta um cunho mais caritativo, induzido pela Igreja, sobretudo do século XV, do que jurídico. Pelas idéias dominantes, disseminadas desde Justiniano, em Roma, o Estado não poderia figurar no pólo passivo obrigacional de relação assistencial. Não obstante, em 1601, na Inglaterra, seria criada a “Lei dos Pobres” (*Poor Law*). Foi a oficialização da caridade que o Estado se obrigava a prestar aos desassistidos, por meio de alguns auxílios e serviços. No entender do escritor Floriceno Paixão, esta lei desvinculou da caridade o auxílio aos necessitados,

2. Sobre cooperativas, MOREIRA, Maria Vilma Coelho in “The incorporation of women’s labor: the case of garment cooperatives in northeast Brazil”. Dissertação apresentada para o título de doutor em Sociologia na UT (University of Tennessee, Knoxville, 05/96).

reconhecendo o Estado a sua obrigação de amparar as pessoas de comprovada necessidade de meios, surgindo, daí, a assistência pública ou social.

Do direito privado o seguro é transferido para o direito público, assumindo a feição de seguro social.

Note-se que os primórdios do Direito do Trabalho sempre foram um índice à organização social por meio de grupos com interesses laborativos. Daí verificar-se a ligação intrínseca desses dois ramos do direito: Direito do Trabalho e, o mais moderno, Direito Previdenciário.

1.4. Liberalismo

Nesse período, predominava o individualismo. Havia grande insegurança na classe operária no tocante aos riscos de acidente, doença e velhice. Pequenos grupos organizavam sua previdência, facultativamente. Por vezes, o grupo não tinha condições de suportar os encargos ocasionados pelo infortúnio. As prestações eram pequenas e o sistema protetivo organizado de forma muito rudimentar.

Com a eclosão da Revolução Francesa quase no final do século XVIII começou a operar-se, muito lentamente, uma mudança na visão da sociedade com relação ao Estado. Passava este, de descomprometido a obrigado, uma vez que a Revolução trouxe consigo a “Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão”. Porém, em detrimento desta, o liberalismo pregava um Estado alheio em relação à área econômica.

O homem teria de ser, a partir dessa data, juridicamente protegido pelo Estado.

Porém, o dever social formalmente imposto ao Estado não foi, na prática, cobrado pelos titulares dos correspondentes direitos. Tal fato se deveu ao liberalismo clássico introduzido no modo de ser da sociedade, a qual acreditava que medidas de proteção estatal fariam aumentar as despesas públicas. Por essa política, o mundo se amoldaria aos tempos e encontraria, por si só, soluções econômicas, tendentes ao equilíbrio social. Era o *laissez faire*, o *laissez passer*.

De mais um século precisariam, ainda, os cidadãos para iniciarem uma mudança de postura e começarem a reivindicar o cumprimento das conquistas alcançadas pela Revolução Francesa. Apesar da grande mudança operada no sistema, novamente haviam se acomodado.

Como uma terceira reflexão, poder-se-ia admitir que o sistema escravocrata reinante em nosso planeta afastava do pensamento das “elites” a preocupação contra

os riscos sociais a que se expunham os trabalhadores. E quem eram os “trabalhadores” até o século XIX senão colonos e escravos, em sua maioria? Portanto, a quase ninguém interessava protegê-los.

Não se pode dizer, realmente, que a Revolução Francesa tenha contemplado a classe trabalhadora.

Apesar de se terem mantido latentes no início da época pós-revolucionária, pode-se dizer que os preceitos lançados em 1789 foram a pedra angular do que hoje denominamos “Seguridade Social”.

2. PREVIDÊNCIA SOCIAL – INTERVENCIONISMO ESTATAL

A tendência do homem em proteger a si e à sua família, dos riscos da própria existência humana, amadurecida pela evolução do direito, acabou por positivar a proteção social.

Em 1601 foi editada a primeira lei de amparo aos pobres, conhecida como “Poor Relief Act”, na Inglaterra³. Malgrado simples esboço de assistência social, anunciava, tal lei, o prenúncio do que hoje chamamos de seguridade social, que denota uma noção global de proteção ao contribuinte ou ao economicamente frágil.

Logo após, com a revolução francesa, em 1789, estaria lançada a semente da seguridade social. Essa denominação, de origem espanhola, fora usada, inicialmente, nos Estados Unidos, em 1935 – Security Act.

Adveio deste fenômeno revolucionário a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.

Basta ler o art. 21 da “Declaração”, que determina, *in verbis*:

“ Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistence aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d’existence à ceux qui sont hors d’état de travailler”.

A *novel* postura governamental assumia os seguros sociais como uma dívida do Estado. Era a influência da *segunda geração* dos direitos fundamentais⁴,

3. Cf. Francisco Ferreira MACIEL, in “Direito Previdenciário” (1993, p. 15).

4. Suscinta, mas, esclarecedora explanação sobre a evolução dos direitos fundamentais dividida em gerações encontra-se na dissertação de GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Fundamentos do Direito Processual Constitucional”, p. 38.

notadamente a característica intervencionista, em que o Estado, diferentemente da *primeira geração*, supria carências da coletividade. Na *primeira geração* observava-se a omissão da interferência estatal. Na *segunda*, o surgimento dos direitos sociais culminaria na conseqüente prestação pelo Estado.

A propósito deste tema, Jellinek já classificava os direitos fundamentais de acordo com as posições jurídicas perante o Estado. São elas: o *status libertatis*, *status civitatis* e *status activae civitatis*. O *status civitatis* tem por objeto a prestação positiva das instituições sociais no interesse do indivíduo. Configura-se quando o Estado concede ao indivíduo pretensões jurídicas.

A Previdência Social foi se aperfeiçoando, também, por forte influência da igreja católica e suas encíclicas papais⁵, tornando-se instrumento eficaz de melhor distribuição de renda. Assim, cumpriria o papel reclamado pela sociedade, de um relacionamento social mais justo.

A encíclica *Rerum Novarum* (“das coisas novas”) constituía a doutrina social da Igreja, a exigir providências capazes de solucionar a “questão social”. Rui Barbosa, a propósito, afirmou que este século (XX) seria o século da *questão social*, que é a denúncia de desequilíbrio social, gerando, por conseqüência, a insegurança entre as pessoas.

Com a revolução industrial homens despreparados passaram a lidar com máquinas perigosas, agravando os riscos e dando ensejo a inúmeros acidentes do trabalho. A intervenção estatal fez-se, então, naturalmente necessária. Urgia garantir aos trabalhadores a proteção contra o infortúnio. A máquina a vapor, substitutiva da força humana, não poderia prescindir de manuseio humano, fazendo surgir o que mais tarde se denominaria direito do trabalho.

Somente em 1883, foi criada uma série de seguros sociais, v.g., o seguro obrigatório contra acidentes, doença e velhice para os administrados e não para grupos isolados. Seu criador foi o “General de Ferro” Otto von Bismark, na Alemanha, menos por estar investido em espírito humanístico, mais para conter atritos entre operários e capitalistas. J. J. Gomes Canotilho, constitucionalista português, despe o véu do que se chama *democracia*, esclarecendo ser esta uma forma de domínio, com a característica de se verificar uma concorrência para o exercício do poder. No

5. “Em 15 de maio de 1891, o Papa Leão XIII, divulgava a Carta Encíclica “Rerum Novarum” (Condição dos Operários). Nesse documento, o papa abordaria os principais temas que começavam a preocupar o mundo: a questão social, o conflito entre o capital e o trabalho e, especialmente, a doutrina socialista”. MARTINS, Milton. In “Sindicalismo e Relações Trabalhistas”. (1989, p.13). 2ª edição. Ed. LTr. São Paulo.

fragmento *Teoria das Elites*, esclarece que, mediante o voto, se decide qual a elite concorrente que exercerá o poder. Então, “as elites profissionais, para conseguir a estabilidade do sistema, esforçam-se por defender também interesses das não-elites”.

Após o lançamento do manifesto comunista, em 1848, a Associação Geral dos Trabalhadores Alemães e o Socialismo de Estado, em 1860, e outros movimentos progressistas, o chanceler Bismark apressou-se em intervir, antes de se tornar insustentável o descontentamento de certos segmentos da sociedade. Dizia ele que “a melhor maneira de conter o avanço socialista era criar os seguros sociais. E assim o fez. Baixou uma lei anti-socialista e criou seguros sociais⁶.”

Adotou o criador do embrião da Previdência Social o esquema do velho contrato de seguro dos romanos, elegendo certos riscos dignos de ser tutelados pelo Estado.

Tais idéias foram propagadas pela Europa, copiadas por todos os países civilizados, inspirando o que se viria a chamar mais tarde “Previdência Social”.

No final da década de 20, a economia norte-americana submerge em uma profunda crise. Pessoas perdem empregos, bens, praticam o suicídio por se tornarem pobres subitamente. Até mesmo os fazendeiros foram atingidos.

Nessa época, o Presidente Roosevelt instituiu o *welfare state*, ou seja o Estado do bem-estar social. Era a solução encontrada pelo governo para minimizar a penúria em que se encontravam os cidadãos. As perturbações da vida humana seriam combatidas; sobretudo o desemprego.

A doutrina implantada por essa política de luta contra a miséria fez o Congresso dos Estados Unidos aprovar o *The Social Security Act*. Aspirava-se à segurança social.

Em 1942, na Inglaterra foi apresentado ao parlamento o Plano Beveridge. Era um relatório que abordava a problemática social das nações em guerra. Para estas a previdência social propiciaria a reconstrução nacional.

Onde se diagnostica a miséria conseqüentemente surgem planos de segurança social para amenizá-la.

Lord Beveridge na Inglaterra, há 60 anos, relatava que a seguridade social nada mais era do que o cume dos esquemas de proteção social.

Sully Alves de Souza, em seu livro *Direito previdenciário*, fez excelente abordagem, no capítulo I, sobre o risco, sua previsão e cobertura (p. 9-14).

6. Cf. LIMA, Francisco Meton Marques, in “Elementos de Direito do Trabalho e Processo Trabalhista”, 8ª Edição, p. 18.

3. A PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

A chamada Lei Eloy Chaves, que criava instrumentos para cumprir o Tratado de Versalhes, aprovada pelo Decreto-legislativo nº 4.682, de 24/01/23, é considerada o marco de criação da Previdência Social no Brasil.

Não obstante, desde a constituição do império, de 25 de março de 1824, os socorros públicos e de certos servidores públicos já haviam sido criados. Daí por diante, apenas se foram modernizando as normas constitucionais e infraconstitucionais sobre proteção social. O objetivo mantinha-se uniforme: garantir que o homem enfrentasse os riscos da vida com ajuda do Estado.

Saliente-se que o reconhecimento dos direitos sociais – instrumento de tutela dos menos favorecidos, no dizer de José Afonso da Silva – e as reivindicações sociais mal conseguem introduzir-se nas cartas constitucionais do final do século passado e início deste.

A importância da Lei Eloy Chaves tem seu destaque por ter sido a primeira lei de caráter geral, em detrimento de outras que, apesar de antecessoras, tinham um cunho privado como a Lei do Seguro Acidente de proteção aos trabalhadores o ano de 1919.

4. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 05 DE OUTUBRO DE 1988.

Representou o ápice do sistema protetivo nacional. A Lei Maior abre um capítulo⁷ dedicado ao tema, que vai do art. 193 ao 204. Seguridade social significa o seguro social integrado à saúde e a serviços sociais, conforme definido em seu art. 194. Noutras palavras, é a união da previdência social, da saúde e da assistência social. O nome técnico da modalidade de proteção da seguridade é “*prestação*”, que se subdivide em benefícios e serviços.

Os recursos provenientes da seguridade, são geridos e distribuídos pela União. Daí se falar em previdência social como um veículo de distribuição de renda.

O art. 201, caput, dispõe que “*a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a :*”. E complementa, no inciso V: “*pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes...*”.

7. Capítulo II (“Da Seguridade Social”), do título VIII (“Da Ordem Social”), da CF/88.

No capítulo “Dos Direitos Sociais”, iniciado pelo art. 6º, presente está a Previdência Social como um dos direitos sociais, ao lado da educação, da saúde, do trabalho, do lazer, da proteção à maternidade e à infância e da assistência aos desamparados.

No art. 7º, inciso XXV, vê-se, nitidamente, o escopo do constituinte em proteger não só a família nos moldes da lei civil, ao determinar que são direitos dos trabalhadores, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, “a assistência gratuita aos filhos e *aos dependentes* desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas.”

Por mais de uma vez o texto constitucional revela a proteção aos dependentes, que, mais adiante serão dissecados em tópico próprio.

III - DEPENDENTES

1. FAMÍLIA – TRANSFORMAÇÃO E DELIMITAÇÃO.

O vocábulo *família* significava, na Roma antiga, *o conjunto de pessoas colocadas sob o poder de um chefe – o “paterfamilias”, – a quem era confiado a domus*⁸. A família romana tinha uma base patriarcal, em que um complexo de pessoas era chefiada pela *patria potestas* (poder de um chefe). A *patria potestas* não se extinguiu pelo casamento dos descendentes. Estes poderiam ter qualquer idade ou estado civil mas continuavam a pertencer à família romana, tornando-a, assim, extremamente numerosa, envolvendo, também, os adotados e os escravos.

Vê-se que este modelo familiar encerrava um conceito muito mais abrangente que o da moderna família. Por esta, mais restrita ao casal e filhos, os netos não mais estariam subordinados ao avô, e sim ao pai. Cada filho constituiria nova família ao se casar, em detrimento das idéias romanísticas, não obstante a forte influência do direito romano no direito pátrio, sobretudo no direito civil.

Encontram-se, no direito comercial, expressões como “Casa Comercial”, a sugerir o envolvimento dos entes familiares no empreendimento lucrativo.

Dentre os vários tipos societários existentes no direito brasileiro, um que praticamente só consta nos livros é a *sociedade em nome coletivo*. Esta veio substituir

8. Domus, ou grupo doméstico, tem “tríplice aspecto: é grupo religioso (pater é o sacerdote), econômico (pater é o dirigente) e jurídico-político (pater é o magistrado)”. Do livro, Curso de Direito Romano, José Cretella Júnior (1987, p. 106).

as antigas sociedades familiares, como ensina Fran Martins em seu *Curso de Direito Comercial*. O desuso quanto à criação desta sociedade encontra arrimo na responsabilidade patrimonial ilimitada a que estão submetidos seus membros.

As *sociedades em nome coletivo* surgiram ainda na Idade Média. Em suas precursoras – as sociedades familiares – o patrimônio da família respondia pelas obrigações assumidas pelos seus membros. Nota-se que a família tinha uma importância enorme inclusive no que diz respeito ao comércio e, conseqüentemente, às finanças. Cada membro tinha sua função e contribuía para o desenvolvimento do clã.

Quanto ao direito previdenciário notava-se, talvez ainda por forte influência romana, um conceito mais extensivo de proteção familiar, uma vez que, além dos entes componente do chamado “núcleo familiar” – pai, mãe filhos menores ou inválidos – havia também a previsão protecionista da pessoa designada. Este dependente era alguém que, mesmo sem pertencer ao núcleo, dele era agregado e dependia do “*pater*”, entendendo-se este como o segurado da previdência social.

Ao longo dos últimos anos, pelo dinamismo das reformas previdenciárias que vêm surgindo paulatinamente sob forma de sucessivas leis ordinárias, mudanças têm se operado nessa esfera, sobretudo no tocante aos dependentes.

2. RÁPIDO PARALELO ENTRE A LEI CIVIL E A PREVIDENCIÁRIA.

Segurados e dependentes são os denominados *beneficiários* do sistema previdenciário. Estes últimos são ligados aos primeiros mediante relação de dependência econômica, por força de norma jurídica.

No Direito Civil, essa ligação se dá entre parentes mediante relação também jurídica, dando ensejo à prestação alimentícia. É o direito privado regulando relações familiares.

O Direito Previdenciário, ramo autônomo do direito público, revelou-se mais abrangente e evoluído. Proporcionava amparo a pessoas que, à margem da família *civil* (pessoas designadas) necessitavam de substituição da renda oriunda do trabalho do segurado, quando este lhe faltasse⁹. Mantinha-se, dessa forma, o nível de “íngressos

9. “A Previdência Social é uma forma de substituição do salário, quando o trabalhador pára de trabalhar por motivo de doença, velhice, ou morre deixando familiares que dependiam dele”. SOUZA, Eileen Holanda, in “Guia de Análise da Unidade Prática do Estágio Curricular (1988, p. 5), manuscrito não publicado.

familiares obtidos em vida” pelo instituidor da pensão, como ensina Wladimir Novaes Martinez, em seu livro *Noções de Direito Previdenciário, Tomo I* (1997, p. 310).

3. DEPENDENTES NA SEGURIDADE SOCIAL – MODIFICAÇÕES E NORMATIVIDADE.

3.1. Decreto 83.080/79

Antes da Constituição Federal vigorava o Dec. 83.080/79 regulando, com detalhes, praticamente toda a matéria previdenciária no concernente aos benefícios e serviços.

Por este instrumento legal, estavam previstas quatro classes de dependentes, a saber:

- Classe 1 – Cônjuge, filhos menores e equiparados (enteados, tutelados e menores sob guarda) ou inválidos, companheiro(a);
- Classe 2 – A pessoa designada que, se do sexo masculino, só teria de ser menor de 18, maior de 60 anos ou inválido e solteiro. Quanto à mulher, podia ser de qualquer idade ou estado civil;
- Classe 3 – O pai inválido e a mãe;
- Classe 4 – Irmãos, menores de 18 ou inválidos e irmãs, menores de 21 anos ou inválidas;

Dessa forma poderia, o pai, amparar filha maior, por exemplo, que teria passado a vida se dedicando às prendas do lar e cuidados aos pais até que lhes sobreviesse o falecimento. Não teria, ela, condições de se lançar ao mercado de trabalho depois de tantos anos de dedicação doméstica que a tornariam incapaz em termos de competitividade profissional. A idade avançada e a total falta de experiência no mercado laboral externo seriam, certamente, fatores impeditivos à consecução de emprego.

A pessoa designada só concorreria à pensão, inexistindo dependentes que compusessem a família em sentido restrito, isto é, cônjuges, companheiros e demais da classe 1.

Pela disposição topográfica dos dependentes, nota-se a importância que era dispensada àquele ente agregado ao núcleo familiar. A pessoa designada ocupava a classe 2, em grau superior aos próprios pais e irmãos do segurado, por pertencerem estes, talvez, a grupos próprios.

Com o advento da nova ordem constitucional de 05 de outubro de 1988, inovando oficialmente o vocabulário nacional com a palavra “seguridade”, o decreto acima não mais poderia sustentar-se em sua existência uma vez que a Magna Carta trouxe consigo previsão constitucional de lei que reformularia antigos conceitos sobre o direito previdenciário.

3.2. Lei 8213/91

De fato, com algum atraso, em 24 de julho de 1991 foi promulgada a Lei 8.213, disciplinadora dos dispositivos constitucionais sobre previdência social. Tal diploma redimensionou os dependentes, assim dispendo:

Classe 1 – Cônjuge, filhos menores e equiparados (enteados, tutelados e menores sob guarda) ou inválidos, companheiro(a);

Classe 2 – Os pais;

Classe 3 – Irmãos, menores de 18 ou inválidos e irmãs, menores de 21 anos ou inválidas;

Classe 4 – A pessoa designada menor de 21 anos, maior de 60 anos ou inválida, critério igual para ambos os sexos, desde que solteiros.

Houve uma mudança com relação aos designados que passaram a ocupar o último lugar na escala de valores, conforme acima.

Pode-se notar que houve uma grande restrição quanto aos dependentes da classe 4. Foi erradicada uma imensa faixa, qual seja, a das mulheres designadas entre 21 e 60 anos.

De fato, com essa inovação houve uma economia incomensurável, no sentido de que não haveria mais gastos com pensões anteriormente destinadas a esses beneficiários, haja vista que os mesmos não poderiam mais ser inscritos como dependentes.

3.3. Lei 9.032/95

Em 28 de abril de 1995 surgiu, no mundo jurídico, a Lei 9.032. Esta lei veio a restringir ainda mais o elenco acima, de modo a extinguir, de vez, a classe 4, que abrigava aquela extensão da família (os designados) assim ficando:

Classe 1 – Cônjuge, filhos menores e equiparados (enteados, tutelados e menores sob guarda) ou inválidos, companheiro(a);

Classe 2 – Os pais;

- Classe 3 – Irmãos, menores de 18 ou inválidos e irmãs menores de 21 anos ou inválidas;
- Classe 4 – revogada.

Em outubro de 1996, uma medida provisória extinguiu da classe 1 os menores sob guarda, ou seja, aqueles cuja guarda judicial havia sido deferida ao segurado. Ou seja, até a classe 1, dos chamados dependentes preferenciais, antes intocáveis, estava sendo atingida pelas reformas.

O intuito dessas sucessivas supressões não é outro senão o de diminuir a concessão de benefícios pensionários, evitando que o INSS desembolse verdadeira fortuna com esse tão vasto contingente de beneficiários que eram as pessoas designadas. É a importação dos ideais capitalistas para a Administração Pública, em seu aspecto mais míope e anti-social possível, de que o Estado tem de dar “lucro” e evitar o “desperdício”. Esquecem os detentores do poder político, que o Estado tem, acima de tudo, a obrigação de promover o bem estar social, devendo primar pela dignidade humana e justiça social. A “economia” deve ser feita em outros âmbitos, nos quais, por vezes, se observa um Estado extremamente perdulário.

IV – DIREITO COMPARADO

Em se tratando de benefício pensionário nota-se que a tendência mundial é o amparo previdenciário à família restrita, ou seja, ao cônjuge e órfãos como no Canadá, na Guatemala, Nicarágua, Colômbia e Argentina.

Nos Estados Unidos, em Cuba, no Chile, Paraguai, Peru e Portugal,¹⁰ essa proteção é ampliada também aos pais.

Inclui-se, além dos cônjuges e companheiros, filhos e pais, os irmãos no rol dos dependentes, por exemplo, na Costa Rica, Bolívia, Venezuela, no Brasil, México, Equador e Panamá.

Vale salientar que, havendo dependentes em uma classe, excluídos do benefício estarão os das classes inferiores. Portanto, se o segurado deixou filhos menores, cônjuge ou companheira – dependentes preferenciais – a pensão não será rateada com os pais por estarem em classe menos privilegiada.

10. Pesquisado em “Os regimes portugueses de segurança social. Publicação do Min. da Solidariedade e Segurança Social em Lisboa – 1997.

No Uruguai, o único país das Américas a se assemelhar ao que no Brasil se denominaria de pessoa designada, há previsão legal de pensão à “filha solteira maior de 45 anos, que cuidava dos pais inválidos”. A legislação uruguaia prevê a pensão à filha maior, porém, de forma restritiva.

V – ESTUDO DO DIREITO

1. O ATO JURÍDICO

Como característica das nações democráticas, o título relativo aos direitos e garantias fundamentais encontra-se disposto logo no início de suas constituições.

Nossa atual Carta Política não foge à regra. Diferentemente da anterior, ostenta tais direitos em lugar de destaque, abrindo o texto constitucional.

Dentre as dezenas de incisos do art. 5º, um tem o mérito de nortear, sobremaneira, esta parte da pesquisa, *in verbis*:

“XXXVI- a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

O primeiro fator será estudado neste item.

2. O ATO JURÍDICO E SUAS CONDIÇÕES.

2.1. Ótica do Direito Administrativo

No campo do direito administrativo existe uma modalidade de ato jurídico denominada ato administrativo.

A Administração Pública realiza, prioritariamente, a função executiva e o faz por meio de atos administrativos.

No entender de Hely Lopes Meireles¹¹, conta, o ato administrativo com o atributo da presunção de legitimidade. No bojo deste atributo, consta a *eficácia* do

11. “Direito Administrativo Brasileiro”. (1998, p. 140-141).

ato, a significar a idoneidade que se reconhece ao ato para produzir seus efeitos específicos. Tem como pressuposto de eficácia a realização das fases imprescindíveis à formação do ato final, de acordo com a lei. Diz respeito, portanto, às condições legais de existência.

Distingue, o autor, a eficácia da exequibilidade do ato administrativo. A primeira seria a aptidão para atuar; a segunda, a “disponibilidade para produzir imediatamente seus efeitos”.

Segundo o já falecido, mas sempre digno, mestre de todos nós, a perfeição do ato só se verifica pela soma da eficácia com a exequibilidade. Embasa seu pensamento pela interpretação que dá ao §1º, do art. 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil que diz:

“§1º. Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”.

Entende que “já consumado” não é apenas o que “completou seu ciclo de formação, mas, sim, o que tem todos os requisitos para produzir efeitos finais”.

Refutando o mestre, a professora e juíza Lúcia Valle Figueiredo¹², com rara maestria, leciona a respeito da distinção entre perfeição, validade e eficácia do ato administrativo.

Na sua ótica, pode-se traduzir perfeição pela idéia de “esgotamento do ciclo de formação do ato”. Como consequência deduz-se que *ato perfeito é o ato emanado*, existente no mundo jurídico.

Aproveita para demonstrar, com riqueza de exemplos sua teoria. Explica que a licitação, quando adjudicada pela Comissão, completa o procedimento licitatório. Porém, como este ato exige controle, não produzirá, ainda, seus efeitos. O ato foi emanado, portanto, aperfeiçoou-se. Sua eficácia, no entanto, ainda não se observou.

De outra sorte, o ato que prescinde de controle terá sua eficácia deflagrada ao tempo da perfeição, a menos que penda sobre ele condição suspensiva, termo ou encargo.

Define ato ajustado ao ordenamento jurídico não como ato perfeito, como queria Hely Lopes, mas sim como ato válido.

Eficácia é, em verdade, a possibilidade de deflagração dos efeitos daquele ato.

12. “Curso de Direito Administrativo” (1994, p. 92 – 93). Ed Malheiros - SP.

Cita, a professora, o insigne jurista Celso Antônio Bandeira de Melo, que, influenciado por não menos notável autor, Oswaldo Aranha B. de Melo, defende poderem os atos se apresentar sob quatro prismas, podendo ser : a) perfeitos, válidos e eficazes; b) perfeitos, inválidos e eficazes; c) perfeitos, inválidos e ineficazes; d) perfeitos, válidos e ineficazes.

Ilustra, mais adiante, transcrevendo da monografia de Antônio Carlos do Amaral, um fragmento que traduz sua compreensão de que eficácia é a produção de efeitos e não a aptidão para produzi-los. Neste ponto diverge da professora. Continua assegurando ser ineficaz o ato pendente de condição ou termo, por entender eficácia como a constituição de uma relação jurídica.

Porém, ele mesmo no final de seu pensamento acaba por desdobrar a eficácia em dois momentos: no primeiro, o ato administrativo altera a situação jurídica anterior¹³; no segundo, objetiva constituir relação entre o Estado e o particular. Estes momentos podem ser ou não coincidentes.

Seja como for, a *perfeição* permanece intocável e subsiste, não obstante ser ou não o ato pendente de alguma condição, dada sua suficiente emanção.

O preâmbulo acima é pertinente, uma vez que o administrado e a Administração Pública, vinculam-se mediante atos administrativos.

Diz-se, genericamente, que ato administrativo é ato unilateral oriundo da Administração Pública, que impõe sua vontade por meio de um comando imperativo.

Entretanto, dentre os vários tipos de atos administrativos invocados pela doutrina brasileira, temos dois que, particularmente, mais se assemelham ao deferimento, pela Administração Pública, da inscrição do dependente, solicitada pelo particular: o ato negocial e o ato enunciativo.

a) Atos Negociais

Encerram uma declaração de vontade do Poder Público, coincidente com a pretensão do particular.

Visam a atribuir certos direitos ou vantagens ao interessado. Geram direitos e obrigações para as partes, sujeitando-as ao ato praticado.

Seus efeitos são individuais e concretos, cujo destinatário é especificado, diferenciando-os de atos administrativos genéricos e abstratos.

13. Ato administrativo tem por fim adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos.

Pela conceituação de Hely Lopes Meireles atos negociais “*são todos aqueles que contêm uma declaração de vontade da Administração apta a concretizar determinado negócio jurídico ou a deferir certa faculdade ao particular, nas condições impostas ou consentidas pelo Poder Público*”.

Dentre as subdivisões do ato negocial está a aprovação. Deste ato extrai-se que a autoridade verifica a legalidade e o mérito de situação de um particular e consente na sua execução ou manutenção¹⁴.

Não só atos jurídicos como fatos materiais podem ser objetos de aprovação pela Administração Pública.

b) Atos Enunciativos

Aqui o Poder Público não manifesta vontade. Somente enuncia situação existente. A Administração Pública simplesmente atesta um fato, como a dependência econômica que um segurado da Previdência Social declara ter alguém em relação a ele, o declarante.

c) Outras Classificações dos Atos Administrativos.

Discorre, ainda, o autor multicitado, sobre outras classificações do ato administrativo, por exemplo: ato válido, ato-condição, ato complementar etc.

Ato válido é o ato praticado por autoridade competente e é pleno dos requisitos exigidos para sua eficácia. Se pendente de condição suspensiva ou termo (data), não verificado, será, até esse momento, inexecutável.

O ato-condição precede a outro ato para poder realizar-se.

O ato complementar, no seu dizer, é o que “aprova ou ratifica o ato principal, para dar-lhe executabilidade”. O ato complementar atua como requisito de operatividade do ato principal, embora este se apresente completo em sua formação, desde seu nascimento. Pode-se, aqui, fazer uma interpretação relativamente à inscrição do dependente designado (ato principal) e a concessão da pensão por morte (ato complementar). Tal comparação pode ser feita ao ato-condição e ato válido, também com referência a este tipo de inscrição.

Para encerrar as citações, o **ato pendente é ato perfeito**. Reúne todas as formalidades legais necessárias. Porém, nele não se encontra o requisito da

14. Cf Hely L. Meireles, cit., nota nº 3.

exequiabilidade. Não é, o ato, operativo, visto que depende de condição ou termo, para sua operatividade.

Malgrado tenha o mestre dito, em outro tópico, que a *perfeição* seria a soma da eficácia com a exequiabilidade, no mesmo livro, tratou de seccionar os dois conceitos, refutando seu próprio posicionamento anterior.

Vê-se, portanto, que a razão reside nos escritos da professora Lúcia Valle Figueiredo, quando defende serem “inconfundíveis os conceitos de perfeição, validade e eficácia do ato.”

3. ÓTICA DO DIREITO PRIVADO

Conforme o art. 114 do Código Civil, *considera-se condição a cláusula, que subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto.*

Três são os requisitos da condição: a) aceitação voluntária; b) futuridade do evento; c) incerteza do acontecimento¹⁵.

Na ótica do direito privado a palavra **condição** comporta subdivisão, a saber, condição voluntária e condição necessária.

A autêntica condição é considerada a voluntária.

A necessária decorre da lei. É inerente à natureza do negócio. É o que dispõe o art. 117, *in verbis*:

“Art. 117. Não se considera condição a cláusula, que não derive exclusivamente da vontade das partes, mas decorra necessariamente da natureza do direito, a que acede”.

Dando seqüência ao estudo sistemático transcreveremos o art. 118:

“Art. 118. Subordinando-se a eficácia do ato à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa”.

Cabe dar uma pausa nas transcrições legais e refletir sobre qual o tipo de condição que sujeita a pensão por morte para o designado já inscrito.

Bem, a Lei 8.213/91, denominada Plano de Benefícios da Previdência Social, determina ser a data do óbito o fato gerador da pensão.

Pode-se deduzir que as partes, no instante da precedente designação, não criam esse marco (evento morte) por condição voluntária e sim necessária. Exemplo

15. M^a Helena Diniz, *Código Civil Anotado* (1998, p. 132)

semelhante seria a imposição de escritura pública para se perfazer a venda de uma casa. Sabe-se que, por exigência legal, a escritura pública registrada em cartório competente é o instrumento hábil para transferir a propriedade do imóvel, não carecendo de acordo de vontades nesse sentido.

O art. 118 parece querer negar o direito adquirido à pensão já que pende sobre esta um evento futuro. Carece, portanto, ser esclarecido o conceito desdobrado de *condição*.

Conclui-se que a necessariedade caracterizadora do negócio é exigida pela própria lei, a saber, a condição “morte” do segurado. Dessa forma, a vontade das partes, existente no ato da inscrição do designado é afastada para dar lugar à vontade da lei, quando se trata da concessão da pensão, por ser esta apenas o aperfeiçoamento do ato jurídico da anterior designação.

Vejamos, agora, o art. 123 do mesmo diploma legal (Código Civil Brasileiro):

“Art. 123. O termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito”.

Termo é, no magistério de Maria Helena Diniz, a cláusula que subordina os efeitos do ato negocial a um acontecimento futuro e certo.

Quanto à aquisição do direito, esta não é suspensa, mas, imediata. Somente o exercício é diferido. A ocorrência do termo inicial previsto torna eficaz o direito, tido como já adquirido.

Há que se diferenciar “condição” de “termo”.

Condição se refere a acontecimento futuro e *incerto*.

Termo se refere a acontecimento futuro e *certo*.

A condição, se necessária, não obsta a aquisição do direito, pois, na verdade, não é considerada condição.

O termo é uma cláusula inserida no ato negocial, subordinando-o a um acontecimento certo.

Conduzindo o problema para onde se quer chegar, vale situá-lo, agora, sob a ótica previdenciária.

4. ÓTICA DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

O ato voluntário de designação de um dependente por parte do segurado, visa, tão somente, a assegurar a pensão por morte. Este é o objetivo único desse ato.

O ponto culminante deste trabalho é saber se o ato de inscrever o designado como dependente garante, a este, o direito ao benefício da pensão, ainda que nova lei não mais preveja o dependente designado, inscrito sob a égide de lei passada.

Antes de se adentrar no mérito da discussão, cabe fazer uma rápida observação entre a pessoa designada e o filho. Este último, quando menor ou inválido já é presumidamente dependente, tornando desnecessária a inscrição. Já o designado há de ser inscrito, voluntariamente pelo segurado, com o fito único de transmitir àquele o direito à pensão. Tal direito, obviamente, não é exequível de imediato, só o sendo posteriormente. A título de situar o leitor no problema, a análise que ora se desenvolve, trata, apenas da classe das pessoas designadas.

O ato administrativo de deferimento da pensão para o dependente designado tem como precedente lógico e legal a “inscrição”. Considera-se esta como imprescindível à concessão do benefício pensionário após a morte do designante.

À luz do direito administrativo e civil, discorreu-se sobre os atos jurídicos pendentes, complementares, sujeitos a termo ou condição etc. Observou-se, pelo pouco que foi abordado, o quanto é vasto e repleto de filigranas o universo do instituto do ato jurídico.

Entraremos, agora, na seara da perfeição do ato jurídico.

5. A INSCRIÇÃO DO DEPENDENTE COMO ATO JURÍDICO PERFEITO

A finalidade da inscrição, conforme comentada, é tão-somente transmitir ao dependente o direito ao recebimento das prestações pecuniárias, substituidoras da renda do instituidor da pensão.

A pensão previdenciária é, portanto, a materialização do direito transmitido no ato da inscrição do dependente.

O ato jurídico da inscrição aperfeiçoa-se com a declaração de vontade do segurado de forma expressa e escrita.

Assim como um testamento, a inscrição é passível de cancelamento por parte do segurado que a efetuou. Não o fazendo em vida, com a ocorrência da morte torna-se executável aquele direito.

Conforme longamente discorrido em item anterior, o ato já consumado é o que o que tem todos os requisitos para produzir efeitos finais.

A perfeição é, justamente, o “esgotamento do ciclo de formação do ato”. Repita-se que *ato perfeito é o ato emanado*, que passou a existir no mundo jurídico.

A inscrição em si é suficiente para modificar relação jurídica anterior entre duas pessoas. Uma delas, o segurado designante, expressa formalmente a indicação de seu sucessor nos proventos de aposentadoria. O designado, portanto, a partir do momento da inscrição, investe-se nos direitos de beneficiário do sistema previdenciário. Não pode ter seu benefício pensionário concedido de imediato porque a Lei 8213/91 condiciona esse momento, e é lógico que assim seja, à data do óbito do segurado. Portanto, o ato jurídico fica pendente em sua exequibilidade.

6. O DIREITO ADQUIRIDO

6.1. A Difícil Problemática da Definição do Direito Adquirido

O art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil (L.I.C.C.) assim dispõe:

“Considera-se adquirido o direito que o titular, ou alguém por ele, pode exercer, bem como aquele cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado ou condição preestabelecida, inalterável ao arbítrio de outrem.”

Washington de Barros Monteiro¹⁶ divide o Direito, no sentido subjetivo, em congênito e adquirido. O primeiro é o que resulta da própria natureza humana – direito à vida, à liberdade, à defesa, à honra etc. Direito adquirido seria o que decorre de ato lícito próprio, ou de ato de terceiro, como o direito de crédito.

De Plácido e Silva (“Vocabulário jurídico”, vol. I, p. 530) assim compreende. “O direito adquirido tira a sua existência dos fatos jurídicos passados e definitivos, quando o seu titular pode exercê-los. No entanto, não deixa de ser adquirido o direito, mesmo quando o seu exercício depende de um termo prefixado ou de condição preestabelecida, inalterável ao arbítrio de outrem”.

Arremata De Plácido e Silva, considerando adquiridos os direitos subordinados a condições ainda não verificadas, desde que não alteráveis ao arbítrio de outrem. A morte é uma condição que se pode alterar, ou seja, pode-se decidir se haverá ou não o implemento dessa condição?

Rubens Limongi França (“Direito Intertemporal Brasileiro”, p. 432) define direito adquirido como “conseqüência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo”.

16. Curso de direito civil, 1º volume, Ed. Saraiva, 26ª edição (p. 11).

Em nível constitucional, o direito adquirido foi considerado *cláusula pétrea*. A garantia da petrealidade está consubstanciada no inciso IV do § 4º do art. 60 da *Lex Fundamental*, que diz:

“§ 4º: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV – os direitos e garantias individuais”.

É justamente no título II, dos direitos e garantias fundamentais, mais precisamente no capítulo I deste título – dos direitos e deveres individuais e coletivos – que está localizado o inciso XXXVI do art. 5º, a garantir a intocabilidade do direito adquirido.

Na conceituação de Valmir Pontes Filho, a norma constitucional do direito adquirido é *norma de bloqueio de toda função legislativa pós-constituição*.

Conforme Carlos Maximiliano,

“se chama adquirido o direito que se constitui regular e definitivamente e a cujo respeito se completam os requisitos legais e de fato para integrar no patrimônio do respectivo titular, quer tenha sido feito valer, quer não, antes de advir norma posterior em contrário”.¹⁷

Celso Bastos assim adverte:

“a utilização da lei em caráter retroativo, em muitos casos, repugna porque fere situações jurídicas que já tinham por consolidadas no tempo, e essa é uma das fontes principais de segurança do homem na Terra”.

7. A INSCRIÇÃO DO DEPENDENTE COMO GERADORA DO DIREITO ADQUIRIDO À PENSÃO AOS DEPENDENTES INSCRITOS.

O Código Civil diferencia direitos atuais e futuros. Dizem-se atuais os direitos completamente adquiridos; e futuros aqueles cuja aquisição não se acabou de operar (art. 74, III).

17. MAXIMILANO, Carlos. Direito intertemporal. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946, p. 43.

Ao efetuar a inscrição do dependente, o segurado está transmitindo o direito ao recebimento da pensão, após sua morte, ao seu designado, conforme já enfatizado acima.

A morte, afinal, é termo ou condição? A resposta a esta questão, conduzirá à solução do problema levantado na introdução desta monografia.

8. EVENTO MORTE

8.1. Morte – Condição ou Termo?

Vimos que, de acordo com o art. 118 do Código Civil, a condição suspensiva impede a aquisição do direito, existindo, apenas, a expectativa. Por este ângulo, se sobreviesse qualquer modificação legislativa, não haveria nenhuma garantia ao direito almejado.

Resta saber, portanto, se a morte é mesmo condição ou seria termo.

A morte pertence à estrutura essencial da existência. Ela se nos apresenta como a última separação que iremos enfrentar.

Leibniz concebe a morte como fim de um ciclo de vida. Hegel, como o fim do ciclo da existência individual, pela sua impossibilidade de adequar-se ao universal. “A inadequação do animal à universalidade é sua doença original e é o germe inato da morte¹⁸”.

Essas concepções significam a própria terminalidade do ser e acontecerá num futuro não determinado, não nos cabendo o direito de saber a hora nem a maneira específica como ocorrerá. É, essencialmente, uma “não-experiência”, já que quando estamos vivos, a morte não está, e quando se nos instala a morte, não estamos mais vivos.

A morte é colocada com um fato natural do qual o sujeito só percebe o significado quando desenvolve sua capacidade de abstrair-se.

Ernest Becker em seu livro *A navegação da morte* (RJ, Record, p.9, 1973) coloca o medo da morte como uma das coisas mais determinantes na vida humana, sendo a principal fonte de angústia da mente humana.

Na perspectiva existencial todos somos “terminais”, de existência limitada, finita, apesar de, em nossa cultura, termos um padrão de comportamento de negação em relação à morte.

18. N. Abbagnano. Dicionário de filosofia, São Paulo, Pioneira, p. 654, 1983.

Todos nós contamos com a probabilidade de 100% em relação à nossa morte. A questão é não saber qual a probabilidade de morreremos hoje, amanhã ou daqui a alguns anos.

A morte é, então, um acontecimento futuro, disso não restando dúvidas. Mas, é certo que este evento irá mesmo surpreender a cada um dos seres vivos um dia? Pode-se contar com a morte como sendo um fenômeno certo ou incerto?

Há, como já dito, na cultura ocidental, uma negação deste fato, sobretudo para as crianças, privando-as da oportunidade de presenciar rituais fúnebres.

Há uma tendência em abolir o luto, em tirar do enlutado o direito de manifestar a dor da saudade em público. Há, nos hospitais, uma rejeição aos pacientes muito graves ou terminais. Na sociedade a rejeição é aos velhos. Esses fatores, no íntimo, trazem a lembrança da morte e, conseqüentemente, o medo desta.

Até mesmo modernas técnicas de congelamento, como a criogenia, surgem na Europa e Estados Unidos, com o intuito de driblar a morte até se alcançar a fórmula da imortalidade. É o medo de encarar a finitude levado às últimas conseqüências.

Não obstante esse medo ou essa inaceitação, o fato é que a morte é certa, está sempre de “malas prontas”. Não precisa de nada mais além do corpo vestido na roupa escolhida para seguir junto. É, portanto, evento futuro e certo, não quanto à data, mas quanto ao fato em si, que, um dia, irá interromper nossa vida.

9. PARECER DA PROCURADORIA DO INSS.

No âmbito jurisdicional têm se visto poucas decisões a respeito do problema aqui enfocado, dada a novidade, ainda, do tema. Nesse sentido observaram-se tanto sentenças favoráveis como desfavoráveis sobre o pedido de pensão aos designados.

A própria procuradoria do INSS, no entanto, expressou seu entendimento por meio de procedimento de recurso interposto pelo dependente, após o indeferimento de pedido de pensão deste, no “1º grau” administrativo. A opinião é firmada no sentido de que é devida a concessão do benefício por morte do segurado.

O parecer é sábio e bem elaborado. Encontra fundamento legal, basicamente, no princípio da irretroatividade de lei nova e no ato jurídico perfeito.

Será transcrito, na íntegra, o parecer, o qual comporá o anexo II deste trabalho.

VI – CONCLUSÃO

Os socorros públicos, precursores da moderna seguridade social, foram frutos de conquistas populares, culminando nos benefícios previdenciários, como, por exemplo, a pensão por morte. Este benefício é devido aos dependentes do segurado, quando de seu falecimento.

Para assegurar a pensão à pessoa designada, o(a) segurado(a), desde que não tivesse dependentes preferenciais, comparecia ao Instituto Nacional do Seguro Social a fim de inscrevê-la. O ato de inscrever o dependente designado era praticado entre o segurado, que declarava sua vontade e o INSS, que a aceitava. Aperfeiçoava-se, dessa maneira, o ato.

O ato praticado pelo Instituto, convalidador da vontade do segurado, detém características e extrema semelhança com ato negocial, ato enunciativo, ato condição e ato complementar conforme estudado no item V – Estudo do Direito – deste trabalho.

Ocorreram, ao longo dos últimos dez anos, várias reformas que afetaram a legislação previdenciária. Dentre estas, algumas modificaram as classes de dependentes, sobretudo das pessoas designadas. Essas mudanças se justificam pela própria modificação da estrutura familiar brasileira.

Não está em discussão o mérito ou a necessidade dessas mudanças. A questão gira em torno do direito que restaria aos dependentes designados já inscritos, no contexto da lei que não mais permite a inscrição deste tipo de dependente. Mais precisamente, o problema diz respeito à pensão que seria gerada ao dependente pelo óbito do segurado que o designou.

Pelo trabalho monográfico aqui desenvolvido, pode-se extrair as seguintes conclusões:

- A inscrição do dependente designado, uma vez aceita pelo Instituto em apreço, torna o ato jurídico perfeito;
- O ato jurídico multi-referido, cujo intuito é somente transmitir pensão futura, não pode ser executado imediatamente, porque pendente de termo, qual seja, a morte do segurado;
- Sendo a morte um evento futuro e certo, um ato ou negócio praticado sob a pendência de sua ocorrência enseja direito adquirido, apenas com sua exequibilidade diferida para quando da observação do evento.
- A superveniência de lei nova não tem o condão de destruir o direito à pensão já assegurado pela designação do dependente. Apenas veda a possibilidade de que se

pratique a inscrição de novos dependentes designados, pelo fato de não mais existir esse tipo de dependentes na legislação.

- Mesmo que a lei nova não mais preveja a classe dos dependentes designados, os já inscritos, por todos os motivos acima esposados, continuam detendo o direito à pensão a partir do óbito do segurado.

Não se pode olvidar que os beneficiários do sistema previdenciário são, em sua grande maioria, pessoas necessitadas, as quais têm somente a Previdência Social para lhes prover o sustento.

Esperamos ter contribuído para uma maior reflexão tanto pelos setores administrativos do órgão gestor da Previdência Social, quanto pelos segmentos jurisdicionais, quando de suas decisões relativamente a essa questão.

Eram essas as considerações finais, vindo a confirmar que decisões no sentido de negar a pensão, por força de lei nova, para os dependentes antes designados são uma verdadeira afronta ao direito e à justiça.

VII – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BARROS JR., Cássio de Mesquita. *Previdência social urbana e rural*. São Paulo, Saraiva, 1981.
2. CRETELLA JR, José. *Curso de direito romano*. 11ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 1987.
3. DINIZ, Mª Helena. *Código civil anotado*. 4ª edição. São Paulo, Saraiva, 1998, 1286 p.
4. FERRARI, Irani; Nascimento, Amauri Mascaro; Martins Filho, Ives Gandra da Silva. *História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho*. São Paulo, LTr, 1998.
5. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Fundamentos do direito processual constitucional*. Dissertação para o título de livre docência, UFC-Ce, s/d.
6. LEITE, Celso Barros. *O que todo trabalhador deve saber sobre previdência social*. Rio de Janeiro, Edições de Ouro, s/d.
7. MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de direito previdenciário*. São Paulo, LTr, 1983.

8. —————. *Curso de direito previdenciário. Tomo I – Noções de direito Previdenciário*. São Paulo, LTr, 1997.
9. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil - 1º volume*. São Paulo, Saraiva, 1986.
10. OLIVEIRA, Aristeu de. *Consolidação da legislação previdenciária – regulamento e legislação complementar. 8ª edição*. São Paulo, Atlas, 1999.
11. —————. *Manual prático da previdência social. 7ª edição*. São Paulo, Atlas, 1998.
12. —————. *Prática trabalhista e previdenciária – enfoque constitucional. 9ª edição*. São Paulo, Atlas, 1999.
13. PAIXÃO, Floriceno. *A previdência social em perguntas e respostas. 35ª edição*. Rio Grande do Sul, Síntese, 1999.
14. SANTORO, José Jaime de Souza. *Direito previdenciário*. Rio de Janeiro, Pluriarte Editora, 1986.
15. SOUZA, Sully Alves de. *Direito previdenciário*. São Paulo, LTr, 1976.
16. BRASIL. Lei 8213, de 24/07/91. *Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. Plano de benefícios da previdência social*.
17. BRASIL. Lei 9032, de 28 de abril de 1995.
18. INSS. Seção de Consultoria e Contratos. Permanece válida a designação de dependente feita anteriormente à vigência da Lei 9032/95... Parecer PE/PI nº 93/96. Relator: Alzira Madeira Reis. 30 set. 1996.
19. PORTUGAL. Ministério da Solidariedade e Segurança Social. *Os regimes portugueses de segurança social*. Departamento de Relações Internacionais de Segurança Social, agosto de 1997.
20. INSS. *Revista da procuradoria geral do INSS*. Brasília, vol. 4, nº 3, outubro a dezembro de 1997.
21. ————. *Revista da procuradoria geral do INSS*. Brasília, vol. 3, nº 4, janeiro a março de 1997.
22. ANFIP – Assoc. Nac. dos Fiscais de Contribuições Previdenciárias. *A previdência ao redor do mundo*. Brasília, vol. II, outubro de 1997.

ANEXO I

HISTÓRICO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

1888

O Decreto nº 9.912-A, de 26 de março de 1888, regulou o direito à aposentadoria dos empregados dos Correios. Fixava em 30 anos de efetivo serviço e idade mínima de 60 anos os requisitos para a aposentadoria.

A Lei nº 3.397, de 24 de novembro de 1888, criou a Caixa de Socorros em cada uma das Estradas de Ferro do Império.

1889

O Decreto nº 10.269, de 20 de julho de 1889, criou o Fundo de Pensões do Pessoal das Oficinas de Imprensa Nacional.

1890

O Decreto nº 221, de 26 de fevereiro de 1890, instituiu a aposentadoria para os empregados da Estrada de Ferro Central do Brasil, benefício depois ampliado a todos os ferroviários do Estado (Decreto nº 565, de 12 de julho de 1890).

O Decreto nº 942-A, de 31 de outubro de 1890, criou o Montepio Obrigatório dos Empregados do Ministério da Fazenda.

1892

A Lei nº 217, de 29 de novembro de 1892, instituiu a aposentadoria por invalidez e a pensão por morte dos operários do Arsenal da Marinha do Rio de Janeiro.

1894

O projeto de lei apresentado pelo Deputado Medeiros e Albuquerque, visava instituir um seguro de acidente do trabalho. No mesmo sentido foram os projetos dos Deputados Gracho Cardoso e Latino Arantes (1908), Adolfo Gordo (1915) e Prudente de Moraes Filho.

1911

O Decreto nº 9.284, de 30 de dezembro de 1911, criou a Caixa de Pensões dos Operários da Casa da Moeda.

1912

O Decreto nº 9.517, de 17 de abril de 1912, criou uma Caixa de Pensões e Empréstimos para o pessoal das Capatazias da Alfândega do Rio de Janeiro.

1919

A Lei nº 3.724, de 15 de janeiro de 1919, tornou compulsório o seguro contra acidentes do trabalho em certas atividades.

1923

O Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923, na verdade a conhecida Lei Elói Chaves (o autor do projeto respectivo), determinou a criação de uma Caixa de Aposentadoria e Pensões para os empregados de cada empresa ferroviária. É considerada o ponto de partida, no Brasil, da Previdência Social propriamente dita.

O Decreto nº 16.037, de 30 de abril de 1923, criou o Conselho Nacional do Trabalho com atribuições inclusive, de decidir sobre questões relativas a Previdência Social.

1926

A Lei nº 5.109, de 20 de dezembro de 1926, estendeu o Regime da Lei Elói Chaves aos portuários e marítimos.

1928

A Lei nº 5.485, de 30 de junho de 1928, estendeu o regime da Lei Elói Chaves aos trabalhadores dos serviços telegráficos e radiotelegráficos.

1930

O Decreto nº 19.433, de 26 de novembro de 1930, criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, tendo como uma das atribuições orientar e supervisionar a Previdência Social, inclusive como órgão de recursos das decisões das Caixas de Aposentadorias e Pensões.

O Decreto nº 19.497, de 17 de dezembro de 1930, determinou a criação de Caixas de Aposentadorias e Pensões para os empregados nos serviços de força, luz e bondes.

1931

O Decreto nº 20.465, de 1º de outubro de 1931, estendeu o Regime da Lei Elói Chaves aos empregados dos demais serviços públicos concedidos ou explorados pelo Poder Público, além de consolidar a legislação referente às Caixas de Aposentadorias e Pensões.

1932

Os trabalhadores nas empresas de mineração foram incluídos no Regime da Lei Elói Chaves.

1933

O Decreto nº 22.872, de 29 de junho de 1933, criou o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos, considerado “a primeira instituição brasileira de previdência social de âmbito nacional, com base na atividade genérica da empresa”.

1934

A Portaria nº 32, de 19 de maio de 1934, do Conselho Nacional do Trabalho, criou a Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Aeroviários. Os trabalhadores nas empresas de transportes aéreo foram incluídos no Regime da Lei Elói Chaves. O Decreto nº

24.272, de 21 de maio de 1934, criou o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciantes. O Decreto nº 24.274, de 21 de maio de 1934, criou a Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Trabalhadores em Trapiches e Armazéns. O Decreto nº 24.275, de 21 de maio de 1934, criou a Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Operários Estivadores. O Decreto nº 24.615, de 9 de julho de 1934, criou o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários. O Decreto nº 24.637, de 10 de julho de 1934, modificou a legislação de acidentes do trabalho.

1936

A Lei nº 367, de 31 de dezembro de 1936, criou o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários.

1938

O Decreto-Lei nº 288, de 23 de fevereiro de 1938, criou o Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado. O Decreto-Lei nº 651, de 26 de agosto de 1938, criou o Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Empregados em Transportes e Cargas, mediante a transformação da Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Trabalhadores em Trapiches e Armazéns.

1939

O Decreto-Lei nº 1.142, de 9 de março de 1939, estabeleceu exceção ao princípio da vinculação pela categoria profissional, com base na atividade genérica da empresa, e filiou os condutores de veículos ao Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Empregados em Transportes e Cargas. O Decreto-Lei nº 1.355, de 19 de junho de 1939, criou o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Operários Estivadores. O Decreto-Lei nº 1.469, de 1º de agosto de 1939, criou o Serviço Central de Alimentação do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários. Foi reorganizado o Conselho Nacional do Trabalho, criando-se a Câmara e o Departamento de Previdência Social.

1940

O Decreto-Lei nº 2.122, de 9 de abril de 1940, estabeleceu para os comerciantes regime misto de filiação ao sistema previdenciário. Até 30 contos de réis de capital o titular de firma individual, o interessado e o sócio-quotista eram segurados obrigatórios; acima desse limite a filiação era facultativa. O Decreto-Lei nº 2.478, de 5 de agosto de 1940, criou o Serviço de Alimentação da Previdência Social, que absorveu o Serviço Central de Alimentação do IAPI.

1943

O Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de abril de 1943, aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho, elaborada pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio e que elaborou também o primeiro projeto de Consolidação das Leis de Previdência Social.

1944

A Portaria n° 58, de 22 de setembro de 1944, criou o Serviço de Assistência Domiciliar e de Urgência, como comunidade de serviços da Previdência Social. O Decreto-Lei n° 7.036, de 10 de novembro de 1944, reformou a legislação sobre o seguro de acidentes do trabalho.

1945

O Decreto n° 7.526, de 7 de maio de 1945, dispôs sobre a criação do Instituto de Serviços Sociais do Brasil. O Decreto-Lei n° 7.720, de 9 de julho de 1945, incorporou ao Instituto dos Empregados em Transportes e Cargas o da Estiva. O Decreto-Lei n° 7.835, de 6 de agosto de 1945, estabeleceu que as aposentadorias e pensões não poderiam ser inferiores a 70% e 35% do salário mínimo.

1946

O Decreto-Lei n° 8.738, de 19 de janeiro de 1946, criou o Conselho Superior da Previdência Social. O Decreto-Lei n° 8.742, de 19 de janeiro de 1946, criou o Departamento Nacional de Previdência Social. O Decreto-Lei n° 8.769, de 21 de janeiro de 1946, expediu normas destinadas a facilitar ao Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários melhor consecução de seus fins.

1949

O Decreto n° 26.778, de 14 de junho de 1949, regulamentou a Lei n° 593, de 24 de dezembro de 1948, referente à aposentadoria ordinária (por tempo de serviço) e disciplinou a aplicação da legislação em vigor sobre Caixas de Aposentadorias e Pensões.

1950

O Decreto n° 35.448, de 1° de maio de 1950, expediu o Regulamento Geral dos Institutos de Aposentadoria e Pensões.

1953

O Decreto n° 32.667, de 1° de maio de 1953, aprovou o novo Regulamento do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciantes e facultou a filiação dos profissionais liberais como autônomos. O Decreto n° 34.586, de 12 de novembro de 1953, criou a Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários e Empregados em Serviços Públicos, que ficou sendo a Caixa Única.

1960

A Lei n° 3.807, de 26 de agosto de 1960, criou a Lei Orgânica de Previdência Social - LOPS, que unificou a legislação referente aos Institutos de Aposentadorias e Pensões. O Decreto n° 48.959-A, de 10 de setembro de 1960, aprovou o Regulamento Geral da Previdência Social. A Lei n° 3.841, de 15 de dezembro de 1960, dispôs sobre a contagem

recíproca, para efeito de aposentadoria, do tempo de serviço prestado à União, autarquias e sociedades de economia mista.

1963

A Lei nº 4.214, de 2 de março de 1963, criou o Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL). A Resolução nº 1.500, de 27 de dezembro de 1963, do Departamento Nacional de Previdência Social, aprovou o Regimento Único dos Institutos de Aposentadoria e Pensões.

1964

O Decreto nº 54.067, de 29 de julho de 1964, instituiu comissão interministerial com representação classista para propor a reformulação do sistema geral da previdência social.

1966

O Decreto-Lei nº 66, de 21 de novembro de 1966, modificou os dispositivos da Lei Orgânica da Previdência Social, relativos às prestações e ao custeio. A Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, instituiu o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço-FGTS. O Decreto-Lei nº 72, de 21 de novembro de 1966, reuniu os seis Institutos de Aposentadorias e Pensões no Instituto Nacional de Previdência Social - INPS.

1967

A Lei nº 5.316, de 14 de setembro de 1967, integrou o seguro de acidentes do trabalho na Previdência Social. O Decreto nº 61.784, de 28 de novembro de 1967, aprovou o novo Regulamento do Seguro de Acidentes do Trabalho.

1968

O Decreto-Lei nº 367, de 19 de dezembro de 1968, dispôs sobre a contagem de tempo de serviço dos funcionários públicos civis da União e das autarquias.

1969

O Decreto-Lei nº 564, de 1º de maio de 1969, estendeu a Previdência Social ao trabalhador rural, especialmente aos empregados do setor agrário da agroindústria canavieira, mediante um plano básico. O Decreto-Lei nº 704, de 24 de julho de 1969, ampliou o plano básico de Previdência Social Rural. O Decreto-Lei nº 710, de 28 de julho de 1969 e o Decreto-Lei nº 795, de 27 de agosto de 1969 alteraram a Lei Orgânica da Previdência Social. O Decreto nº 65.106, de 6 de setembro de 1969, aprovou o Regulamento da Previdência Social Rural.

1970

A Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, criou o Programa de Integração Social-PIS. A Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, instituiu o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PASEP.

1971

A Lei Complementar nº 11, de 25 de maio de 1971, institui o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural - PRÓ-RURAL, em substituição ao plano básico de Previdência Social Rural. O Decreto nº 69.014, de 4 de agosto de 1971, estruturou o Ministério do Trabalho e Previdência Social-MTPS.

1972

O Decreto nº 69.919, de 11 de janeiro de 1972, regulamentou o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural - PRÓ-RURAL. A Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972, incluiu os empregados domésticos na Previdência Social.

1973

A Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973, alterou a Lei Orgânica da Previdência Social. O Decreto nº 72.771, de 6 de setembro de 1973, aprovou o Regulamento do Regime de Previdência Social, em substituição ao Regulamento Geral da Previdência Social. A Lei nº 5.939, de 19 de novembro de 1973, instituiu o salário-de-benefício do jogador de futebol profissional.

1983

Em 11 de novembro de 1983, Hélio Marcos Pena Beltrão foi exonerado do cargo de Ministro da Previdência e Assistência Social.

Em 11 de novembro de 1983, Jarbas Gonzaga Passarinho foi nomeado Ministro da Previdência e Assistência Social.

1984

O Decreto nº 89.312, de 23 de janeiro de 1984, aprovou nova Consolidação das Leis da Previdência Social.

1985

O Decreto nº 90.817, de 17 de janeiro de 1985, alterou o Regulamento de Custeio da Previdência Social.

Em 14 de março de 1985, Jarbas Gonzaga Passarinho foi exonerado do cargo de Ministro da Previdência e Assistência Social.

Em 15 de março de 1985, Francisco Waldir Pires de Souza foi nomeado Ministro da Previdência e Assistência Social.

O Decreto nº 91.439, de 16 de julho de 1985, transferiu a Central de Medicamentos (CEME) do MPAS para o MS.

1986

Em 13 de fevereiro de 1986, Francisco Waldir Pires de Souza foi exonerado do cargo de Ministro da Previdência e Assistência Social.

Em 18 de fevereiro de 1986, Raphael de Almeida Magalhães foi nomeado Ministro da

Previdência e Assistência Social.

O Decreto-Lei nº 2.283, de 27 de fevereiro de 1986, instituiu o seguro-desemprego e o Decreto-Lei nº 2.284, de 10 de março o manteve.

O Decreto nº 92.654, de 15 de maio de 1986, instituiu no Ministério da Previdência e Assistência Social grupo de trabalho para “realizar estudos e propor medidas para reestruturação das bases de financiamento da previdência social e para reformulação dos planos de benefícios previdenciários.

O Decreto nº 92.700, de 21 de maio de 1986, instituiu a função de Ouvidor na Previdência Social.

O Decreto nº 92.701, de 21 de maio de 1986, instituiu o Conselho Comunitário da Previdência Social, associação constituída por “contribuintes e usuários dos serviços previdenciários ou por entidades sindicais, profissionais ou comunitárias com representatividade no meio social”.

O Decreto nº 92.702, de 21 de maio de 1986, criou o Conselho Superior de Previdência Social, como órgão coletivo de caráter consultivo.

1987

Em 22 de outubro de 1987, Raphael de Almeida Magalhães foi exonerado do cargo de Ministro da Previdência e Assistência Social.

Em 27 de outubro de 1987, Renato Archer foi nomeado Ministro da Previdência e Assistência Social.

1988

Em 28 de julho de 1988, Renato Archer foi exonerado do cargo de Ministro da Previdência e Assistência Social.

Em 29 de julho de 1988, Jader Barbalho foi nomeado Ministro da Previdência e Assistência Social.

1990

Em 14 de março de 1990, Jader Barbalho foi exonerado do cargo de Ministro da Previdência e Assistência Social.

Em 15 de março de 1990, Antonio Rogério Magri foi nomeado Ministro da Previdência e Assistência Social.

A Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990, extinguiu o Ministério da Previdência e Assistência Social e restabeleceu o Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

O Decreto nº 99.350, de 27 de junho de 1990, criou o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, mediante a fusão do IAPAS com o INPS.

1991

A Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, dispôs sobre a organização da Seguridade

Social e instituiu seu novo Plano de Custeio.

A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, instituiu o Plano de Benefícios da Previdência Social.

O Decreto nº 357, de 7 de dezembro de 1991, aprovou o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social.

A Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, instituiu contribuição para financiamento da Seguridade social, elevando a alíquota da contribuição social sobre o lucro das instituições financeiras, e deu outras providências.

1992

Em 19 de janeiro de 1992, Antonio Rogério Magri foi exonerado do cargo de Ministro do Trabalho e da Previdência Social.

Em 20 de janeiro de 1992, Reinhold Stephanes foi nomeado Ministro do Trabalho e da Previdência Social.

O Decreto nº 611, de 21 de julho de 1992, deu nova redação ao Regulamento dos Benefícios da Previdência Social.

O Decreto nº 612, de 21 de julho de 1992, deu nova redação ao Regulamento da Organização e do Custeio da Seguridade Social.

Em 2 de outubro de 1992, Reinhold Stephanes foi exonerado do cargo de Ministro do Trabalho e da Previdência Social.

Em 15 de outubro de 1992, Antonio Brito Filho foi nomeado Ministro do Trabalho e da Previdência Social.

A Lei nº 8.490, de 19 de novembro de 1992, dispôs sobre a organização da Presidência da República e dos

Ministérios. Extinguiu o Ministério do Trabalho e da Previdência Social e restabeleceu o Ministério da Previdência Social (MPS).

A Lei nº 8.540, de 22 de dezembro de 1992, dispôs sobre a contribuição do empregador rural para a Seguridade Social.

A Lei nº 8.542, de 23 de dezembro de 1992, dispôs sobre a política Nacional de Salários e deu outras providências.

1993

O Decreto nº 752, de 16 de fevereiro de 1993, dispôs sobre a concessão do Certificado de Entidades Filantrópicas. O Decreto nº 757, de 19 de fevereiro de 1993, dispôs sobre a arrecadação das diretorias e dos conselhos de administração fiscal e curador das entidades estatais. A Lei nº 8.641, de 31 de março de 1993, estabeleceu normas sobre a contribuição dos clubes de futebol e o parcelamento de débitos. A Lei nº 8.647, de 13 de abril de 1993, dispôs sobre a vinculação do servidor público civil,

ocupante de cargo em comissão ao Regime Geral de Previdência Social. O Decreto nº 801, de 20 de abril de 1993, dispôs sobre a vinculação das entidades integrantes da administração pública federal indireta ao Ministério da Previdência Social (MPAS). A Lei nº 8.650, de 22 de abril de 1993, dispôs sobre as relações de trabalho do treinador profissional de futebol. O Decreto nº 832, de 7 de junho de 1993, dispôs sobre a contribuição empresarial devida ao clube de futebol profissional e o parcelamento de débitos (de acordo com a Lei nº 8.641/93). A Lei nº 8.672, de 6 de julho de 1993, instituiu normas gerais sobre desportos. A Lei nº 8.688, de 21 de julho de 1993, dispôs sobre as alíquotas de contribuição para o Plano de Seguridade do Servidor Público Civil dos Poderes da União, das autarquias e das fundações públicas, e deu outras providências. A Lei nº 8.689, de 27 de julho de 1993, dispôs sobre a extinção do INAMPS. O Decreto nº 894, de 16 de agosto de 1993, dispôs sobre a dedução de recursos do Fundo de Participação dos Municípios para amortização das dívidas para com a Seguridade Social e ao FGTS. A Lei nº 8.706, de 14 de setembro de 1993, dispôs sobre a criação do Serviço Social do Transporte SEST e do Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte-SENAT. O Decreto nº 982, de 12 de novembro de 1993, dispôs sobre a comunicação, ao Ministério Público Federal, de crimes de natureza tributária e conexos, relacionados com as atividades de fiscalização e lançamento de tributos e contribuições. O Decreto nº 994, de 25 de novembro de 1993, dispôs sobre a arrecadação e distribuição do salário-educação. A Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, dispôs sobre a Organização da Assistência Social. O Decreto nº 1.007, de 13 de dezembro de 1993, dispôs sobre as contribuições ao SEST e ao SENAT. Em 15 de dezembro de 1993, Antonio Brito Filho foi exonerado do cargo de Ministro da Previdência Social. Em 15 de dezembro de 1993, Sérgio Cutolo dos Santos foi nomeado Ministro da Previdência Social.

1994

O Decreto nº 1.097, de 23 de março de 1994, dispôs sobre providências relativas às entidades de fins filantrópicos. A Lei nº 8.861, de 25 de março de 1994, dispôs sobre a licença por maternidade. A Lei nº 8.864, de 28 de março de 1994, estabeleceu tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte. A Lei nº 8.900, de 30 de junho de 1994, dispôs sobre o seguro-desemprego. A Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, vinculou os notários, oficiais de registro, escreventes e auxiliares à Previdência Social, de âmbito federal, assegurando a contagem recíproca de tempo de serviço e sistemas diversos. O Decreto nº 1.317, de 29 de novembro de 1994, estabeleceu que a fiscalização das entidades fechadas de previdência privada seja exercida pelos Fiscais de Contribuições Previdenciárias do

INSS. O Decreto nº 1.330, de 08 de dezembro de 1994, regulamentou a concessão do benefício de prestação continuada, previsto no artigo 20 da Lei nº 8.742/93.

1995

Em 1º de janeiro de 1995, Sérgio Cutolo dos Santos foi exonerado do cargo de Ministro da Previdência Social. A Medida Provisória nº 813, de 1º de janeiro de 1995, dispôs sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios. Transformou o Ministério da Previdência Social (MPS) em Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS). Em 1º de janeiro de 1995, Reinhold Stephanes foi nomeado Ministro da Previdência e Assistência Social. A Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, instituiu o Real. O Decreto nº 1.457, de 17 de abril de 1995, promulgou o Acordo de Seguridade Social entre Brasil e Portugal. O Decreto nº 1.514, de 05 de junho de 1995, alterou o Regulamento da Organização e do Custeio da Seguridade Social. O Decreto nº 1644, de 25 de setembro de 1995, aprovou estrutura regimental do Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), revogando o Decreto nº 503 de 23 de abril de 1992. O Decreto nº 1.689, de 07 de novembro de 1995, promulgou o Convênio de Seguridade Social entre o Brasil e a Espanha. O Decreto nº 1.744, de 18 de dezembro de 1995, regulamentou a concessão de benefício de prestação continuada à pessoa portadora de deficiência ou idosa e extinguiu o auxílio-natalidade, o auxílio-funeral e a renda mensal vitalícia.

1996

O Decreto nº 1.823, de 29 de fevereiro de 1996, transfere ao Ministério da Previdência e Assistência Social competência para análise e aprovação das prestações de contas de processos oriundos da extinta Fundação Legião Brasileira de Assistência e dá outras providências. A Lei Complementar nº 85, de 15 de fevereiro de 1996, alterou o artigo 7º da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, que estabeleceu a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS. O Decreto nº 1.875 de 25 de abril de 1996, promulgou o acordo de previdência social, entre o governo da República Federativa do Brasil e o governo da República do Chile, de 16 de outubro de 1993. A Medida Provisória nº 1.415, de 29 de abril de 1996, dispõe sobre o reajuste do salário mínimo e dos benefícios da previdência social, alterou alíquotas de contribuição para a seguridade social e instituiu contribuições para os servidores inativos da união. A Medida Provisória 1.526, de 5 de novembro de 1996, dispôs sobre o regime tributário das microempresas e empresas de pequeno porte, instituiu o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte- SIMPLES e deu outras providências.

1997

O Decreto nº 2.115 de 08 de janeiro de 1997, aprovou o estatuto social da Empresa de Processamento de Dados da Previdência e Assistência Social - Dataprev, e deu outras providências. O Decreto nº 2.172 de 05 de março de 1997, aprovou o regulamento dos benefícios da Previdência Social. O Decreto nº 2.173 de 05 de março de 1997, aprovou o regulamento da organização e do custeio da seguridade social. Lei 9.477 de 24 de julho de 1997, instituiu o Fundo de Aposentadoria Programada Individual - FAPI e o plano de incentivo a aposentadoria programada individual, e deu outras providências. Lei 9.506 de 30 de outubro de 1997, extinguiu o Instituto de Previdência dos Congressistas - IPC, e deu outras providências.

1998

Em 02 de abril de 1998, Reinhold Stephanes foi exonerado do cargo de Ministro da Previdência e Assistência Social. Em 06 de abril de 1998, Waldeck Vieira Ornélas foi nomeado Ministro da Previdência e Assistência Social. Lei 9.630 de 23 de abril de 1998, dispõe sobre as alíquotas de contribuição para o Plano de Seguridade Social do Servidor Público Civil ativo e inativo dos poderes da União, das autarquias e das fundações públicas, e deu outras providências.

ANEXO II**MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL-MPAS
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS**

16-200.1 – (Seção de Consultoria e Contratos), em 30.09.96
Ref. Processo nº 35230.0202/96

EMENTA:

- Permanece válida a designação de dependente feita anteriormente à vigência da Lei 9.032, de 28.04.95, ainda que o óbito do segurado ocorra posteriormente a essa data.
- Obediência ao princípio da irretroatividade das leis.
- Fundamentos legais: Decreto 83080/79, art. 12, II e 14, § 1º; Lei 8213, art. 16, IV, LICC, art. 6º; CF, art. 5º, XXXVI.

PARECER PE/PI N° 93/96

1. Os presentes autos vêm a esta Procuradoria Estadual, mediante encaminhamento da Seção de Recursos de Benefícios (fls. 44) nos termos do art. 151 do Regimento Interno do INSS, para adoção de providências previstas no art. 126 do referido Regimento.
2. Pela leitura das peças processuais, ora apresentadas para análise, verifica-se que Zulmira Cardoso de Brito requereu, em 14.02.96, junto ao Posto do Seguro Social de Parnaíba, pensão por morte da segurada Raimunda Cardoso Vieira, falecida em 03.02.96, sua avó, em decorrência de ser **sua dependente, na qualidade de pessoa designada**.
3. No entanto a requerente teve seu pedido **indeferido** em virtude de **menor designado, a partir de 28.04.95, não mais ser considerado dependente**, conforme documento de fls. 02.
4. Ratificando o indeferimento, o chefe do referido Posto, em despacho de fls. 14, alega que “as inscrições de dependentes feitas antes da Lei nº 8213/91, que não tenham resultado em concessão de benefício deverão ser revistas, haja vista que de acordo com a Circular nº 17/95 não será considerado dependente do segurado, a pessoa designada”. E mais, “não foi revista a inscrição anterior, ou seja, a de menor designada”.
5. Inconformada com tal indeferimento, a requerente recorreu, em 13.05.96, à Junta de Recursos da Previdência Social, alegando que foi **inscrita como dependente da segurada desde 13.04.81** e que desconhece novas mudanças da Previdência.
6. Constam do processo fotocópias da página da CTPS da segurada, fls. 12, na qual está registrada a designação, datada de **13.04.81**, e autenticada pelo servidor responsável em 14.02.96, bem como da certidão de nascimento da requerente, fls. 11, onde se constata que ela ainda é **menor de 21 anos** e da certidão da segurada, fls. 09.
7. A 20ª JR/PI, por unanimidade, deu provimento ao recurso apresentado pela recorrente, mediante o Acórdão 2407/96, considerando dentre outros fatos **que a designação foi legítima, pois só deixou de existir com o advento da Lei 9032, de 28.04.95 e que a não-revisão de inscrição não sobrepõe direito legalmente adquirido**.
8. A Legislação vigente à época da referida designação era o Decreto 83080/79, o qual no seu art. 12, ao elencar os dependentes do segurado, no item II incluía a pessoa designada. Do mesmo modo, a Lei 8213/91 manteve, no seu art. 16, IV, a

figura do dependente designado, apenas exigindo comprovação de dependência econômica. No entanto, a Lei 9032, de 28.04.95, alterou substancialmente esta última. Dentre as alterações vê-se incluído o citado art. 16, o qual teve seu inciso IV revogado, **deixando**, conseqüentemente, **de existir a designação de dependente**.

9. Sobre designação, o Decreto 611/92 assim estabelece:

“Art. 20, § 4º — A designação é ato de vontade do segurado e não pode ser suprimida, sendo admitido somente a indicação de uma pessoa”.

“Art. 14. A perda da qualidade de dependente ocorre:

III – para a pessoa designada, se cancelada a designação pelo segurado;”

10. Obviamente, aqueles que já haviam sido designados como os dependentes continuam como tais, quer já estejam ou não, em gozo do benefício. Não importa. A sua **situação jurídica de dependente está definitivamente constituída**.

11. A designação, *in casu*, é datada de 1981, sendo, portanto, anterior à exclusão do dispositivo (item IV do art. 16) do texto da Lei 8213/91, onde até o advento da Lei 9032/95 se encontrava inserido como **norma vigente** no ordenamento jurídico nacional.

12. Pelo princípio da irretroatividade, a lei é editada para contemplar fatos futuros. O passado foge ao seu alcance, salvo se a lei nova expressamente declarar seus efeitos retroativos. As situações legalmente constituídas assim devem permanecer. Há casos em que determinados atos, ocorridos ou realizados sob o domínio de uma lei, só vão produzir efeitos na vigência de lei nova, sem que esta lei nova sobre eles possa ter qualquer influência.

13. O princípio da irretroatividade das leis, é um dos sustentáculos de toda legislação contemporânea, e está consagrado em nosso direito pátrio por força não só da Lei de Introdução ao Código Civil – **LICC**, art. 6º, como também pela Constituição Federal, art. 5º, XXXVI. Para nós, se constitui, portanto, uma garantia constitucional, desde que não prejudique o direito adquirido, o **ato jurídico perfeito** e a coisa julgada.

14. O Código Civil, no art. 81, define o **ato jurídico como todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos**.

15. Daí, se inferir que as características primordiais do ato jurídico são **ser ato de vontade e ser fundado em lei**.

16. A respeito do ato jurídico perfeito, vejamos o seu conceito, inscrito no art. 6º, § 1º, da referida LICC.

“Art. 6º. A lei em vigor terá efeito imediato geral, **respeitados o ato jurídico perfeito**, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º. Reputa-se **ato jurídico perfeito** o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”.

17. Ato jurídico perfeito, ensina José Augusto César, nos termos do art. 5º, XXXVI, CF, *é aquele que, sob o regime da lei antiga, se tornou apto para produzir os seus efeitos pela verificação de todos os requisitos a isso indispensável*. E acrescenta o professor José Afonso da Silva em Curso de Direito Constitucional Positivo, 9ª edição, 1994, p. 381; **É perfeito ainda que possa estar sujeito a termo ou condição**. (grifo nosso).
18. Por sua vez, o art. 82 do CC dispõe que “A validade do ato jurídico requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não, defesa em lei”.
19. Vê-se, *in casu*, que o ato da designação da dependente contém os elementos indispensáveis à sua validade, dado ter sido praticado com fundamento em lei, pois, na época, 1981, o Decreto 83080/79 previa a figura do dependente por designação. Quanto à forma, encontra-se em consonância com o disposto no art. 14, § 1º, do referido decreto, já que existe, às fls. 12, o registro da designação anotado na própria CTPS da segurada.
20. Como se vê, a lei nova que retira do mundo jurídico um direito preexistente na lei anterior o faz para viger dali para frente, mas não pode retirá-lo para trás, ou seja, sobre as situações que já se constituíram, e que, no passado, tornaram-se ato jurídico perfeito.
21. Assim, se os fatos passados ficam fora da incidência da lei nova, porque esta só opera para o futuro, resta que o ato jurídico perfeito **não pode mais ser retirado** do mundo jurídico, **nem alterado, nem suprimido**, como é, ainda, da lição de J. Cretella Júnior:
- “Se o ato se completou, na vigência de determinada lei, nenhuma lei posterior pode incidir sobre ele, tirando-o do mundo jurídico, porque “perfeição”, aqui, é sinônimo de “conclusão”. Desse modo, (...) desde que perfeito, entra para o mundo jurídico, na qualidade de “ato jurídico perfeito”, ficando fora da incidência, da lei nova, que não pode retirá-lo, nem alterá-lo, nem suprimi-lo”. (V. Comentários à Constituição, 1988, vol. I, p. 459/60, nº 280).

22. Portanto, **em obediência ao princípio da irretroatividade da lei nova**, consagrado no art. 6º, LICC, bem como no art. 5º XXXVI, CF, **as designações efetuadas anteriormente à edição da Lei 9032/95 permanecem válidas**, dado que a nova lei opera de forma *ex nunc*, tornando impossível a inscrição de pessoa designada como dependente de segurado a partir da sua vigência.

Ante todo o exposto e, considerando, ainda, que o recurso interposto pelo recorrente foi conhecido e provido pela douta 20ª JR/PI, mediante do acórdão nº 2.407/96, manifestamo-nos no sentido de que seja, desde logo, cumprida a r. decisão, não interpondo, *in casu*, recurso ao CRPS, por ser da mais inteira justiça!

É o parecer, que submetemos à consideração do senhor procurador estadual.

ALZIRA MADEIRA REIS

Mat. 2.528.452

OAB/PI 1.101/79

Procuradoria Autárquica

Chefe da Seção de Consultoria e Contratos.

LIMITES À REVISIBILIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA INVALIDATÓRIA

ANA NEYLE OLÍMPIO HOLANDA
Auditora Fiscal da Receita Federal e
Mestranda em Direito.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Os atos emanados da Administração Pública são concebidos como atos jurídicos expedidos, unilateralmente, por agentes públicos no exercício da atividade administrativa, agindo nessa condição e com os poderes a ela inerentes, ou emanados por quem os exerça por delegação, invariavelmente de modo subsumido às normas legais *lato sensu* (ainda quando atos normativos) com o fito de produzir efeitos concretos no mundo jurídico.

Os atos em que o Estado está presente com tais prerrogativas distinguem-se nitidamente daqueles praticados fora do âmbito por excelência do direito público, em que prevalece a idéia de autonomia de vontades: as partes elegem os fins e escolhem os meios, e o Estado se encontra na relação jurídica como se particular fosse.

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹, citando Afonso Rodrigues Queiró, afirma que a Administração Pública é a *longa manus* do legislador, ou seja, que a atividade do administrador público é de completa subsunção dos fatos da vida real às categorias legais.

Na prática do ato administrativo, a Administração tem o dever de alcançar a finalidade previamente eleita, configurando-se em uma relação jurídica estruturada

1. “O Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos”, Revista de Direito Municipal, no 9-10, p. 102.

sob o influxo de uma finalidade cogente. Como no dizer do professor Valmir Pontes Filho², “os atos da Administração Pública, ao contrário do que comumente acontece com os atos da vida privada, necessariamente se subordinam a um contexto geral de interesse público. Na base de toda ação administrativa há de estar, indispensavelmente, um objeto, um motivo e uma finalidade pública, sem o que a conduta do administrador resvalaria para os desvãos da amoralidade ou da imoralidade – da ilegitimidade, enfim – em prejuízo dos interesses comuns, que a atividade administrativa tem por fim precípua resguardar. A conduta do administrador público, mesmo aquela situada no campo da chamada discricionariedade, é conduta regrada pela lei e destinada a atender aos interesses da comunidade”.

Daí, decorre a idéia de que nem todo ato administrativo é idôneo para alcançar um fim determinado, mas apenas aquele cuja previsão pelo sistema normativo o indique como sendo especificamente cogitado pela ordem jurídica como o correspondente àquela finalidade legal. Com efeito, a lei não apenas assinala um fim a ser perseguido; a lei também determina qual a tipologia do ato para que seja alcançado aquele fim. Ou seja, não pode o administrador público produzir um ato senão quando seja ele o veículo próprio para atingir certo desiderato que a lei estabeleceu.

Ademais, os atos administrativos são assinalados pela observância a uma forma determinada, indispensável para a segurança e certeza dos administrados quanto ao processo deliberativo e ao teor da manifestação do Estado.

Outra nota distintiva do ato administrativo é a possibilidade de a declaração jurídica transbordar a esfera jurídica do Estado para penetrar na esfera jurídica de terceiros, não requerendo consenso destes terceiros para determinar-lhes, unilateralmente, obrigações.

Nesse contexto, não pode ser olvidado que todo e qualquer ato administrativo só existe, como parcela do ordenamento, se e quando colocado por uma autoridade competente e mediante um processo normativamente previsto, embora a disponibilidade para a produção dos efeitos possa estar subordinada a evento futuro.

A Administração Pública, cujo desempenho das atividades demanda a consecução do bem comum, ante a realidade multifacetada dos fatos e circunstâncias da vida, exige providências distintas conforme as situações concretas, de forma a que o interesse público seja preservado. E, em tal mister, diante das peculiaridades do ato administrativo, impõe-se aos seus executores, uma completa submissão às pautas

2. “Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos”, Revista de Direito Público, vol. 14, jul-dez/1980, p. 188.

normativas. Sendo essa a lição que se extrai dos ensinamentos do professor Hely Lopes Meirelles³, quando assevera que a “Administração Pública, como instituição destinada a realizar o Direito e propiciar o bem comum, não pode agir fora das normas jurídicas e da moral administrativa, nem relegar os fins sociais a que sua ação se dirige. Se, por erro, culpa, dolo ou interesses escusos de seus agentes, a atividade do Poder Público desgarrar-se da lei, divorcia-se da moral ou desvia-se do bem comum, é dever da Administração invalidar, espontaneamente ou mediante provocação, o próprio ato, contrário à sua finalidade, por inoportuno, inconveniente, imoral ou ilegal”.

Entretanto a observância das normas jurídicas pelos atos administrativos deve perpassar a simples idéia da observância da lei em sentido estrito, para que passemos a considerar a sua regência sempre orientada por normas, princípios e valores de ordem pública, pois qualquer atuação estatal somente se legitima em face da subordinação aos relevantes fins concorrentes para o interesse público, à mercê dos quais se estrutura toda a rede dos conceitos administrativos.

A clássica concepção dos controles meramente formalistas deve ser reconsiderada, para adequar-se à compreensão contemporânea do Direito, em que se encara o sistema jurídico como uma rede composta por princípios, normas e valores, com a função de dar cumprimento aos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito. E, como ensina o professor Juarez de Freitas⁴, “a regência dos atos administrativos, até mesmo quando envolvem, de maneira oblíqua, atividade de exploração econômica, deve ser matizada por normas juspublicistas, pois qualquer atuação estatal somente se legitima se imantada por uma subordinação a relevantes princípios concorrentes para o interesse público, à luz dos quais se estruturam todos os conceitos administrativos, notadamente o de relações jurídico-administrativistas”.

Neste contexto, forçoso se faz repensar a legalidade administrativa nos seus grandes traços, com o fim de adequá-la às atuais compreensões filosóficas do Direito, que sugere uma redefinição teórica que ultrapasse os limites da estrita conformidade com as regras jurídicas, para alcançar, também, a compatibilidade com os princípios constitucionais do sistema. Assim, os novos limites definidos para o balizamento dos atos administrativos conduzem à redefinição dos contornos da prescrição de legalidade: ao administrador jamais será admitido liberdade para agir em desvinculação com a “principiologia” constitucional

3. Direito Administrativo Brasileiro, 17a edição, p. 183.

4. “Legalidade – Discricionariedade – Seus Limites e Controles”, Revista de Direito público no 86, p.44.

Entretanto as restrições que enlaçam a Administração Pública e a finalidade que a individualiza despir-se-iam de expressão prática, se não submetidas a um sistema eficiente de controle. E o cotejamento dos atos administrativos com a totalidade do sistema constitucional, em sua rede hierarquizada de princípios, normas e valores avulta em importância se priorizarmos o zelo pela íntegra dos princípios superiores estatuídos na Constituição, como critério decisivo, para estimar uma adequada atuação controladora dos atos da Administração Pública.

O controle efetivo e eficaz da conduta do administrador público, via pela qual são detectadas as desconformidades sistêmicas, é uma garantia de que a relação entre Administração e administrados seja regulada pelas normas vigentes nos ordenamentos jurídicos aplicáveis a cada caso concreto, e pode ser efetuado pela própria Administração, mediante seus mecanismos de autotutela, em conformidade com as determinações do artigo 74 da Constituição Federal, pelo Poder Legislativo, no exercício do controle externo – por intermédio dos Tribunais de Contas – da forma inscrita no artigo 71 da Carta Magna e pelo Poder Judiciário, mediante provocação, cujo princípio regente é o da inafastabilidade do controle jurisdicional do ato produzido em desconformidade com o sistema normativo, firmado pelo artigo 5º, XXXV, da Carta Constitucional.

A averiguação das condições de validade dos atos administrativos, mediante análise da subordinação do poder e de seus exercentes a um quadro normativo geral e abstrato, tem a função precípua de conformar efetivamente a conduta estatal a parâmetros antecipadamente estabelecidos, com o objetivo de defesa dos administrados. E o dever de observância ao sistema jurídico obriga que os atos administrativos gerados em desconformidade com as suas regras sejam expurgados do contexto normativo em que estavam indevidamente inseridos.

Entretanto a desconstituição dos atos administrativos, em algumas situações, pode acarretar a violação de princípios e valores, que afetem diretamente os administrados, podendo envolver conflitos que perpassam os limites de ordem material. A desconstituição de situações de tal jaez, embora em atendimento aos ditames jurídicos, pode acarretar a violação de outros valores igualmente tutelados pela ordem jurídica. Por esta razão, faz-se mister reconhecer a existência de limites à atividade de retirada de tais atos do mundo jurídico, uma vez que, em alguns casos, a manutenção do ato viciado pode produzir conseqüências menos gravosas que a sua supressão.

A identificação dos limites à revisibilidade dos atos administrativos será o objetivo do presente trabalho, devendo o enfoque centrar-se no controle exercido pela

própria Administração Pública, restringindo-se o estudo à anulação ou invalidação, como forma de sanar as lesões provocadas ao sistema normativo pelo ato eivado de vício.

2. ANULAÇÃO OU INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

A compreensão do papel do controlador sistemático dos atos administrativos pressupõe o saber de que, subjacente às exigências meramente formais, está a boa operacionalização da junção dos princípios e das normas. Assim, imprescindível no lidar com os atos administrativos é a sua compatibilização com a totalidade dinâmica e axiológica, que rege as relações entre a Administração e os administrados.

Nesse passo, quando se medita a propósito do controle efetivado pela Administração Pública dos seus próprios atos, resulta imperativo volver o olhar, atentamente, para a dimensão principiológica que deve pautar a tutela, e que funciona como uma zona superior de convergência dos demais aspectos do controle.

O ato administrativo apresenta vício de validade quando transgredir princípio ou norma do sistema jurídico, contrariando a lei e o Direito. Este, aliás, transcende àquela em sua aberta unidade valorativa, por idênticos motivos técnicos e lógicos conducentes à preponderância hierárquica dos princípios sobre as normas. O controle dos atos administrativos somente experimenta significado e razão quando se presta a assegurar que a Administração Pública atue em plena observância dos ditames da lei e, sobretudo, do Direito na sua inteireza. Nesse passo, o controle dos atos administrativos somente experimenta significado e razão quando se presta a assegurar que a Administração Pública atue em plena observância dos ditames da lei e, sobretudo, do Direito na sua inteireza. Nesse contexto, a invalidade traduz-se, pois, numa contraposição, mais ou menos grave, do ato administrativo com a rede hierarquizada de normas, princípios, e de valores regentes das relações de administração.

Impende observar que, o ato administrativo, por força do seu regime jurídico, é sempre presumidamente legal; com efeito, ele será válido até que retirado do mundo jurídico, por uma autoridade competente e mediante um processo próprio. A anulabilidade existe, apenas, previamente e como mera pretensão, via de consequência, o ato gozará da presunção de legalidade até que retirado do mundo jurídico. Segundo o magistério do professor Hely Lopes Meirelles⁵, a “presunção de legitimidade autoriza

5. Op. Citada, p. 141.

a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que argüidos de vícios ou defeitos que os levem à invalidade. Enquanto, porém, não sobrevier o pronunciamento de nulidade, os atos administrativos são tidos por válidos e operantes, quer para a Administração, quer para os particulares, sujeitos ou beneficiários de seus efeitos”.

No intento de desfazer um vício de natureza jurídica, a invalidação opera-se como uma supressão do ato administrativo anterior, por motivos de legalidade, entendida esta como incompatibilidade do ato produzido com as normas que autorizaram sua produção. A invalidação é uma das formas de extinção do ato administrativo pela sua “retirada”, que implica, sempre, manifestação ulterior da administração, mediante novo ato e que retira o anterior do mundo jurídico ou, quando menos, suprime seus efeitos futuros. O ato anulatório retroage ao passado; assim, seus efeitos operam *ex tunc*, procurando refazer ou, quando menos, recompor os efeitos já produzidos do ato anulado.

A anulação tanto pode ocorrer na via administrativa, em face do princípio da autotutela, como na via judicial, em decorrência da sindicabilidade dos atos administrativos, embora, como já enfatizado, no presente estudo, trataremos apenas da invalidação dos atos administrativos pela própria Administração Pública.

A possibilidade de a Administração Pública, *motu proprio*, promover a retirada do ato que apresentar uma disfunção sistêmica legitima-se com a manifestação do Supremo Tribunal Federal, mediante a Súmula 473, nos seguintes termos: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos ou revogá-los por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação jurisdicional.”

Embora o estudo aqui desenvolvido tenha o escopo de averiguar a revisão dos atos administrativos apenas por meio da atividade invalidatória, cabe que sejam feitas algumas considerações acerca da revogação, atividade também empreendida pela Administração na revisão dos atos administrativos, e que consiste na supressão do ato administrativo por motivos de conveniência e oportunidade e, diferentemente da anulação, não se cogitando, portanto, de violação ao Direito. Também, diferentemente da anulação, unicamente a Administração Pública pode revogar os atos administrativos que se tenham tornado contrários aos interesses públicos.

Na revogação, não há que se perquirir acerca dos vícios que podem incidir sobre os atos administrativos – o que seria caso de invalidação – em pauta estará tão somente o atendimento ao interesse público pelo ato administrativo, a ser valorado pela Administração.

A revogação elimina a possibilidade de efeitos futuros de ato administrativo pretérito, com eficácia *ex nunc*. Tanto isso é verdade, que os efeitos passados, mesmo que já produzidos, ainda podem ser objeto de ação, desde que haja conflito de interesses entre as partes ligadas pela relação jurídica criada pelo ato. Em outras palavras, o ato revogador retira do ato revogado o efeito de ser fonte de direitos, mas conserva os efeitos produzidos até então. Se a revogação eliminasse o ato, deixaria este de ser uma realidade jurídica passível de conflito ou de reinterpretação.

Não se confunde a revogação com a anulação, vez que a primeira consiste na supressão do ato administrativo por motivos de conveniência e oportunidade, não se cogitando, portanto, de violação ao Direito. Também, diferentemente da anulação, unicamente a Administração Pública pode revogar os atos administrativos que se tenham tornado contrários aos interesses públicos.

Entendida a revogação como um ato que visa ao atendimento do interesse público, a ser valorado pela Administração, tem-se que seja exercida de acordo com a competência discricionária, assim como o fora o ato revogado. Resta claro que, se for admitido ao administrador um único tipo de conduta, será o caso de ato vinculado e, enquanto este assim o for, será impossível cogitar-se da adoção de outra medida.

3. VÍCIOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

A atividade administrativa, por se exteriorizar como a aplicação da lei aos casos concretos, para a consecução das necessidades coletivas e, em sendo resultante de trabalho humano, encontra-se em permanente susceptibilidade de erros ou falhas e, ainda, de desvios oriundos de elementos externos à estrutura em que se operam ou, também, de influências perturbadoras da sua regular formação. Para um estudo acerca da atividade invalidatória da Administração Pública, essencial é que sejam analisados os vícios que os atos administrativos, podem apresentar para que os mesmos se tornem sujeitos à invalidação.

A Lei nº 4.717, de 29/06/65, em seu artigo 2º, elenca os vícios capazes de provocar a nulidade dos atos administrativos, caracterizando-os quanto à incompetência e à capacidade do sujeito, à forma, ao objeto, ao motivo e à finalidade, sendo que, no parágrafo único, do mesmo artigo, estão definidas as situações em que se configuram os vícios referidos no *caput* da norma.

Nesses termos, a incompetência será caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou; assim, será ilegal quando praticado

por quem não seja detentor das atribuições, legalmente inscritas, ou quando a prática do ato se dê em exorbitância das atribuições do sujeito. Dentre os vícios decorrentes da incompetência do sujeito destacam-se: a usurpação de função, o excesso de poder e o exercício de “fato” de função.

Dá-se a usurpação de função quando o sujeito não foi, de qualquer modo, investido no cargo, emprego ou função, apossando-se, por conta própria, do exercício de atribuições próprias do agente público, sem ser detentor dessa qualidade.

Configura-se o excesso de poder quando o ato é praticado por autoridade que, embora competente para tal, exorbita no uso de suas atribuições, indo além do legalmente permitido, transbordando o âmbito de sua ação regular. Maria Sylvia Zanella di Pietro⁶ afirma que o “excesso de poder ocorre quando o agente público excede os limites de sua competência; por exemplo, quando a autoridade, competente para aplicar a pena de suspensão, impõe penalidade mais grave, que não é de sua atribuição; ou quando a autoridade policial se excede no uso da força para praticar ato de sua competência”.

Ocorre o exercício “de fato” da função quando o ato, embora apresente toda a aparência de legalidade, é praticado por sujeito que está exercendo irregularmente o cargo, emprego ou função. A aparência de conformidade com a lei, que se reforça pela presunção de legalidade, inerente aos atos administrativos, são fatores preponderantes para que seja empreendida uma distinção segundo as circunstâncias ocorrentes; haverá nulidade apenas quando a incompetência for manifesta e evidente no tratar com o agente. Se, ao contrário, o agente exerce a função como serventuário legítimo, e é por todos aceito como tal, em proteção à boa-fé dos administrados, deve haver ponderações no tocante à anulação dos atos desta forma praticados.

Ainda conforme o parágrafo único, do artigo 2º, da Lei nº 4.717, o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato, nesse passo, o ato estará viciado se, para a sua emissão, não foi observada a forma que a lei determina, ou quando certa finalidade somente possa ser atingida por uma forma predeterminada.

A ilegalidade do objeto, conforme inscrito em referida norma, ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo. Acrescente-se a isso o fato de que o objeto deve ser lícito, possível (de fato e de direito) determinado e observar a moralidade administrativa.

Também a inexistência da motivação é causa de invalidação do ato administrativo, cujo parágrafo único, do artigo 2º, da Lei nº 4.717, diz verificar-se

6. Direito Administrativo, 10a edição, p. 198.

quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido. A exigência da motivação dos atos administrativos tem fundamento no Estado Democrático de Direito, tendo surgido em contraposição à idéia da vontade pessoal do governante; ao motivar a sua ação, o agente público dá conhecimento aos administrados das razões de fato e de direito, e da correlação lógica entre as situações concretas e as providências adotadas, oportunizando a aferição da consonância da conduta administrativa com a lei que lhe deu esteio.

Para o professor Celso Antônio Bandeira de Mello⁷, embora não expressa em nossa Carta Constitucional, a obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos encontra fundamento implícito no inciso II do artigo 1º, que assinala a cidadania como um dos fundamentos da República, como também no parágrafo único da mesma norma, que assevera ser o povo o detentor do poder, e, no inciso XXXV do artigo 5º, pois “o princípio da motivação é reclamado, quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do “porquê” das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se assujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas às leis”.

No tocante à finalidade, tem-se ser o resultado que a lei prevê como correspondente a cada ato determinado, praticado pela Administração Pública, ou seja, para cada fim a ser atingido existe um ato legalmente descrito; com efeito, a finalidade inerente a cada ato somente pode ser buscada por via dele, segundo o modelo legal. Conforme inscrito no parágrafo único, do artigo 2º, da Lei nº 4.717, o desvio da finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

A essência da finalidade antecede as fases de formação do ato emanado da Administração Pública, vez que a finalidade do ato administrativo é o interesse público efetivamente existente, e o agente público recebe do ordenamento a competência para, declarando a vontade do Estado, realizar o interesse público; além disso, a finalidade deve ser específica do ato praticado, ou seja, “é o resultado previsto legalmente como correspondente à tipologia do ato administrativo, consistindo no alcance dos objetivos por ele *comportados*”⁸. Entretanto o atendimento à finalidade pública, escopo do ato administrativo, exige que se empreguem na sua consecução

7. Direito Administrativo, 10a edição, p. 69.

8. Celso Antônio Bandeira de Mello, Op. Citada., p. 247 (destaques do original).

mais que o simples atendimento à legalidade, devendo os agentes públicos observar as diretrizes do sistema jurídico como um todo, mediante seus vários princípios gerais, não se prestando à exibição do resultado útil, satisfatório, mesmo que público, anteparo para a eliminação da censura jurídica quanto a desvios procedimentais.

4. CONSEQÜÊNCIAS DECORRENTES DOS VÍCIOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS - ATOS NULOS E ATOS ANULÁVEIS

Elencados os vícios que podem provocar a invalidação dos atos emanados da Administração Pública, passamos a empreender uma análise da extensão dos defeitos apresentados, no sentido de que seja avaliado o nível de invalidade, a partir do que, podem ser pensadas as possibilidades de saneamento, ou não, dos vícios identificados.

Para empreender tal mister, partiremos de uma classificação dúplice para os atos administrativos, que reconhece, quanto à invalidade, a existência de atos nulos e anuláveis. Afastamos as considerações acerca dos chamados atos administrativos inexistentes, por considerar desnecessária a introdução de referida classificação para os atos administrativos ao desenvolvimento do estudo aqui desenvolvido. Isso, sem antes ressaltar, que, qualquer que seja a teoria adotada para a análise dos vícios originários ou supervenientes – geradores da invalidade dos atos administrativos – haverá de observar as peculiaridades do regime administrativista estudado, em face da superlativa especificidade regulatória do processo e da organização envolvendo a Administração Pública.

A partir dessa consideração, pode-se afirmar que se apresentam, no tocante à validade, as seguintes categorias: atos administrativos válidos; atos nulos; e atos anuláveis.

Sobre os atos administrativos válidos tem-se a dizer que se trata daqueles que foram gerados em conformidade com o sistema jurídico em que estão inseridos, sendo aptos a produzir os efeitos que lhe são inerentes. Para Walter Campaz⁹, “sendo o ato administrativo algo que participa da natureza jurídica, eis que produzido por autoridade competente, em face da norma jurídica e mediante o processo especificamente previsto no ordenamento, há que guardar compatibilidade com a norma

9. Revogação dos Atos Administrativos, p. 42.

superior que autorizou sua produção. Assim, a validade do ato administrativo nada mais representa que a compatibilidade vertical do ato produzido com as normas superiores que autorizaram sua produção”. Dos atos administrativos nulos diz-se que são aqueles que afrontam as normas reguladoras da sua emanção, absolutamente eivados de vícios, capazes de fulminá-los desde o seu nascimento, é aquele ato que, por vício essencial, não produz o efeito jurídico correspondente e, por isto, é insanável, não pode ser corrigido; já os atos administrativos anuláveis são aqueles portadores de vícios já não tão graves e, por conseguinte, não-fulminantes.

De tal classificação, pode-se afirmar que as nulidades identificam os atos administrativos, de acordo com sua gravidade e possibilidade sanatória; primeiro, em atos nulos, sem nenhum valor jurídicos, produzido em desconformidade com as exigências do sistema normativo; segundo, em atos anuláveis, portadores de vícios de pequena monta, cuja invalidade pode ser reduzida quando o prejuízo ao interesse público for relevante na anulação. Neste passo, infere-se que a anulabilidade por ser tida como a inidoneidade de um ato para produzir efeitos jurídicos aos quais era preordenado, enquanto a anulabilidade é a inidoneidade de um ato para produzir efeitos insuprimíveis; assim, a diferença marcante entre nulidade e anulabilidade é a impossibilidade sanatória dos atos que a apresentam a primeira, salvo em casos excepcionais, em contraposição à possibilidade de sanabilidade da segunda, seja mediante atos voltados a este objetivo, seja pela consideração das componentes não atingidas pela nulidade, seja pelo decurso do tempo hábil para acionar a invalidação.

Neste passo, pode-se afirmar que o conceito de anulação abarca a noção de nulidade e anulabilidade. Contudo, é imprescindível observar que somente a nulidade haverá de produzir, sem exceção, efeitos *ex tunc* e demais consecutórios, ao passo que tal não ocorrerá obrigatoriamente com os atos anuláveis. Entretanto a jurisprudência pátria, em sua maioria, tende a aceitar que os atos anuláveis, em circunstâncias especiais, devam ser desfeitos mitigadamente, postura que prestigia os princípios da segurança das relações jurídicas e o da boa-fé. Ao contrário, em sendo observada uma ilicitude de natureza significativa e grave, a regra geral precisa continuar sendo a cogente anulação com efeitos *ex tunc*, ou seja, um ato administrativo sem um mínimo de determinabilidade ou destituído de possibilidade está fadado ao vazio, em que pese a presunção *juris tantum* de legitimidade dos atos administrativos, o que justifica a produção de efeitos apenas em relação aos terceiros de boa-fé.

Resta, assim, que a anulabilidade sucede quando os vícios não ofendem essencialmente o sistema, enquanto a nulidade ocorre pela erupção de inidoneidade contrariedade nuclear ao mesmo, entretanto, os atos nulos e anuláveis.

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰ elenca como atos nulos aqueles que a lei declare como tais, e aqueles cuja convalidação é racionalmente impossível partindo do pressuposto de que, se o mesmo conteúdo (o mesmo ato) fosse novamente produzido, estaria presente a invalidade anterior, e traz como exemplos: atos de objeto (conteúdo) ilícito, os praticados com desvio de poder, aqueles em que não esteja presente o motivo vinculado ou a causa (que considera como sendo o vínculo de pertinência entre o motivo e o conteúdo do ato, ou seja, sua correlação lógica).

Por outro lado, para o mesmo autor, são anuláveis aqueles que a lei assim os declare e os que podem ser re praticados sem a repetição do vício anterior, citando como exemplo de tais atos: os expedidos por agente incompetente, aqueles editados com vício de vontade e os produzidos com defeito de formalidade.

A posição adotada pelo autor envolve uma consideração lógica sobre a essencialidade do vício identificado e os efeitos da anulação, decorrendo daí uma apreciação sobre os aspectos comuns e diferenciais significativos dos atos nulos e anuláveis, que resume da forma a seguir descrita:

1) os atos administrativos nulos e anuláveis apresentam aspectos comuns quanto:

- a) à persistência de efeitos em relação a terceiros de boa-fé, bem como de efeitos patrimoniais pretéritos concernentes ao administrado que foi parte na relação jurídica, não tendo este concorrido para o vício do ato e agiu de boa-fé, não pode resultar em benefício ilícito para a Administração às custas do administrado, causando-lhe danos injustos;
- b) à resistência que os administrados lhes oponham, pois, para o autor, quer se trate de anulação ou de anulabilidade, a oposição do administrado representará uma antecipação do juízo que será empreendido posteriormente pelo Poder Judiciário sobre a invalidade do ato: se o pronunciamento judicial for favorável ao administrado, sua resistência será havida como legítima, se não, a resistência será tida por ilegítima, não interferindo, para tal, a questão de o ato ser nulo ou anulável;
- c) à eliminação retroativa dos seus efeitos, uma vez declarada a invalidade, ressalvados apenas os terceiros de boa-fé e o dano injusto ao administrado que não concorreu para o vício do ato.

10. Op. Citada, p. 302.

2) os atos administrativos nulos e anuláveis apresentam aspectos diferenciados quanto:

- a) à possibilidade de convalidação: apenas os atos anuláveis são passíveis de ser convalidados, os atos nulos podem somente – e quando a hipótese comportar – ser “convertidos” em outros atos;
- b) à arguição do vício que possuem: o vício do ato anulável somente pode ser reconhecido pelo Poder Judiciário se o interessado o arguir; tratando-se de ato nulo, a nulidade pode ser conhecida, de ofício, pelo juiz ou sob provocação do Ministério Público (quando caiba a este intervir no feito);
- c) à prescrição: a exemplo do que se verifica no Direito Privado, predomina a idéia da adoção de prazos longos para impugnar atos nulos; e mais breves para impugnar atos anuláveis; entretanto, considerando-se a prescrição do direito de o Estado invalidar seus próprios atos ou impugná-los em juízo, salvo leis administrativas especiais

5. CONVALIDAÇÃO

Convalidação é o termo usualmente adotado para designar o fenômeno jurídico da reorganização do ato administrativo inválido, objetivando sua conservação no mundo jurídico, que consiste no suprimento da invalidade verificada, com efeitos retroativos, e que pode advir como uma providência da própria Administração Pública, ou do administrado afetado pela prestação viciada, quando a edição do ato dependia da manifestação da sua vontade e a exigência não foi observada, o que pode ser suprido posteriormente.

A admissibilidade da convalidação dos atos administrativos liga-se à idéia da coexistência de atos inválidos, que devem ser obrigatoriamente anulados, e atos, também inválidos, mas que, não necessariamente, devam ser anulados sem que se infrinjam princípios administrativos fundamentais. Os atos passíveis de convalidação são aqueles categorizados na classe dos anuláveis.

O termo convalidação abrange procedimentos cuja aplicação específica passa pelo exame do vício apresentado, e tem por referencial os elementos do ato administrativo: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade.

O ato administrativo praticado com vício de incompetência do sujeito pode ser corrigido por meio da retificação, desde que não se trate de competência outorgada

com exclusividade, hipótese em que são excluídas as possibilidades de delegação ou de avocação, nas matérias de competência exclusiva das pessoas políticas, em que não é possível a ratificação do ato praticado pela pessoa incompetente, ou quando haja incompetência em razão da matéria, caso em que existe exclusividade de atribuições.

Quando ocorre ilegalidade no tocante ao objeto ou conteúdo do ato administrativo, em relação a esse elemento, é possível a conversão do ato, que implica a substituição do ato viciado por outro perfeito, com efeitos retroativos à data do ato original, fato pelo que há quem não concorde estar incluída a conversão no gênero convalidação, vez que se trata de um novo ato em que apenas são aproveitados os efeitos já produzidos. Mediante o instrumento da conversão, a Administração não conserva figura do ato original, mas compõe outro, válido, com as peças válidas que o primeiro contém.

Tratando-se de vício relativo ao motivo e à finalidade, não é possível a convalidação, isto porque, se considerarmos a deficiência em relação ao motivo, trata-se da ocorrência ou não de uma situação de fato, o que torna impossível a alteração retroativa; considerando-se o vício quanto à finalidade, não é permitida a correção de um ato praticado contra o interesse público ou com finalidade diversa daquela inscrita na lei, vez que não é possível corrigir um resultado decorrente da intenção do agente.

Cabe, aqui, a referência, embora superficial, aos institutos da reforma e da confirmação, que não se confundem com a convalidação, sendo que a reforma afeta o ato administrativo válido, e se opera por razões de oportunidade e conveniência, produzindo efeitos para o futuro; e a confirmação implica a renúncia ao poder de anular o ato ilegal, não corrigindo o seu vício, e mantendo-o tal como foi praticado.

A confirmação justifica-se pelo fato de que, diferentemente do que ocorre no Direito Privado, em que é possível a parte prejudicada pelo ato ilegal deixar de impugná-lo, nos casos de nulidade relativa, convalidando-o, a Administração Pública, embora não possa ficar sujeita à vontade do particular para decretar ou não a nulidade, pode deixar de fazê-lo por razões de interesse público, quando a anulação possa causar prejuízos maiores que a manutenção do ato, desde que não cause prejuízo a terceiros. Diz-se, ainda, que ocorre a confirmação tácita quando, em decorrência da prescrição do direito de anular o ato, a Administração, tacitamente, o confirma. No caso, não há propriamente renúncia da Administração, mas uma confirmação pelo decurso do tempo, o que se deve à impossibilidade de anulação, decorrente da fluência do prazo demarcado para tal.

6. LIMITES À COMPETÊNCIA INVALIDATÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os atos administrativos, como já enfatizado, gozam da presunção de legitimidade e veracidade, de maneira que toda e qualquer teoria que se formule sobre a sua invalidação estará inexoravelmente envolvida por tal presunção, o que acarreta uma tendência à redução da competência invalidatória de tais atos. Tendo-se por firmada a idéia de que a restauração da legalidade atingida pelo ato viciado é o interesse público que preside as atividades de invalidação e de convalidação dos atos administrativos, deve-se ter sempre presente a consideração de que, em muitas das vezes, esse interesse público será melhor atingido se não se operar a supressão de tal ato do mundo jurídico.

A Administração Pública quando do uso de sua competência invalidatória, exerce, segundo Edmir Netto de Araújo¹¹, como uma faculdade ou um poder discricionário de tomar medidas e decisões para prover às exigências da realização do interesse público, dentro dos quadros da legalidade, não podendo, entretanto, eximir-se de tomar medidas quando confrontada com o interesse público *in concreto*. Nesse mister, devem ser considerados fatores como o decurso do tempo, o princípio da segurança jurídica, o princípio da confiança ou da boa-fé nas relações administrativas, e o sopesamento dos bens jurídicos atingidos, por meio do princípio da proporcionalidade. Isto sem que seja olvidada à observância às regras relativas à competência para invalidar, às possibilidades recursais, e ao exaurimento da competência administrativa, como também, a necessidade de procedimento administrativo próprio.

A seguir, empreenderemos uma análise da influência que cada um de tais fatores exerce na limitação da competência invalidatória da Administração Pública.

6.1 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A consideração da presunção de legitimidade e veracidade de que gozam os atos administrativos geram uma aparência de regularidade, na qual os administrados confiam e pela qual orientam seus atos. Caso contrário, restaria uma eterna relação de desconfiança acerca das diretrizes traçadas pela Administração Pública por meio

11. Convalidação do Ato Administrativo, p. 129.

de seus atos, o que ocasionaria uma situação de incerteza que vai de encontro ao princípio da segurança jurídica.

Um dos interesses fundamentais do direito é a estabilidade das relações constituídas, é a pacificação dos vínculos estabelecidos, a fim de que seja preservada a ordem, objetivo que se ressalta nas relações entre administrados e a Administração Pública, cujos atos têm ampla repercussão, alcançando inúmeros sujeitos, interferindo na ordem e estabilidade das relações sociais em grande escala. Sendo o princípio da segurança jurídica coincidente com os próprios fins do Estado Democrático de Direito, seu fundamento baseia-se na necessidade de que os indivíduos tenham o conhecimento prévio das ações dos poderes públicos, como garantia de estabilidade e firmeza de orientação.

Tratando-se de invalidação dos atos administrativos, é inegável um aparente confronto entre o princípio da segurança jurídica e o princípio da legalidade, tal dificuldade pode ser ultrapassada com a consideração do interesse público a ser alcançado, mediante o sopesamento do princípio que melhor se adapta ao caso concreto, como nos ensina Almiro Couto e Silva¹², quando assevera que o dever (e não o poder) de anular os atos administrativos inválidos só existe, quando no confronto entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica, o interesse público recomende que aquele seja aplicado a este ou não. Todavia se se verificar a hipótese inversa, isto é, se o interesse público maior for que o princípio aplicável é o da segurança jurídica e não o da legalidade da Administração Pública, então a autoridade competente terá o dever (e não o poder) de não anular, porque se deu a sanatória do inválido pela conjugação da boa-fé dos interessados com a tolerância da Administração e com o razoável lapso de tempo transcorrido.

6.2 DECURSO DO TEMPO

A necessidade inerente ao ser humano de segurança e estabilidade para planejar sua vida impede que o direito admita que determinadas situações fiquem eternamente pendentes de desfecho.

O exercício de qualquer direito está subordinado ao tempo, que atua atingindo-o, seja ferindo o próprio direito, seja comprometendo o seu exercício. A determinação de um lapso temporal impõe-se não só porque as relações jurídicas não devem ser perpétuas, mas também porque a inércia do seu titular não pode ser prestigiada.

12. “Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo”, Revista de Direito Público, no 84, p. 46.

Em decorrência do decurso do tempo são operadas várias modificações nas relações jurídicas: adquirem-se e extinguem-se direitos, cumprem-se punições e, às vezes sem perder o direito, perde-se a oportunidade de operacionalizá-los pelos meios próprios.

Nesse contexto e, atuando a Administração Pública sob a égide de um ordenamento jurídico que não tolera a eternização dos conflitos, é de se supor a sua sujeição ao lapso temporal para o desfazimento dos seus próprios atos. Confronta-se diretamente com o princípio da segurança jurídica a possibilidade de a Administração Pública, a qualquer tempo, invalidar seus atos, mesmo que transcorrido longo lapso temporal e após a consolidação de situações ampliativas de direitos para particulares de boa-fé.

Nos domínios da Administração Pública, dado o seu poder de império do qual nunca realmente se desveste, até mesmo por lhe ser ínsito e indispensável, a necessidade de oclusão das suas possibilidades jurídicas de agir se impõe em toda sua dramática crueza, para se eliminar de sobre a cabeça das pessoas que com ela se relacionam a afiada espada de Dâmocles suspensa por um fio cada vez mais delgado¹³.

O fundamento da consideração do lapso temporal para que a Administração exerça a autotutela reside no princípio da conservação dos valores jurídicos já concretizados, a fim de que seja privilegiada a estabilidade das relações jurídicas, mais fortemente justificável quando se trata de atos administrativos, que são dotados de imperatividade, auto-executoriedade e presunção de legitimidade.

A doutrina brasileira mais moderna orienta-se no sentido de admitir que, quer se trate de atos nulos ou anuláveis, o decurso do tempo impede a anulação, uma vez que o interesse da estabilidade das relações jurídicas entre Administração e administrados é interesse público relevante, impondo-se sua preservação, quando ultrapassados os prazos impugnatórios, independentemente da natureza do vício apresentado.

O professor Hely Lopes Meirelles¹⁴ observa que, apesar das divergências com a doutrina estrangeira, impõe-se a estabilização dos atos que superem os prazos admitidos para sua impugnação, qualquer que seja o vício que se lhes atribua e que, quando é afirmado que os atos nulos podem ser invalidados a qualquer tempo, pressupõe-se, obviamente, que tal anulação se opere enquanto não prescritas as vias impugnativas internas e externas, pois, se os atos se tornaram inatacáveis pela Administração e pelo Judiciário, não há como pronunciar-se sua nulidade.

13. Napoleão Nunes Maia Filho, *in* Temas de Direito Administrativo e Tributário, p. 59.

14. Op. Citada, p. 190.

Necessário é reconhecer que o tempo, fator fundamental na vida humana, possui, efetivamente, o poder de sanar determinadas situações que contenham alguma espécie de vício, constituídas à sombra do ato nulo, estabilizando-as e admitindo a sua transformação em situações de direito. O estado de pendência eterna não se compatibiliza com o objetivo nuclear da ordenação jurídica, que é a estabilidade das relações.

6.2.1 O PRAZO DETERMINADO NA LEI nº 9.784/99

O tratamento do efeito do decurso do tempo sobre a invalidação dos atos administrativos abre espaço para que se traga à colação considerações acerca das determinações da Lei nº 9.784/99, de 29 de janeiro de 1999, que, em seu artigo 54, determina:

“Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.”

Primeiramente, merece destaque a observação de que o prazo legalmente determinado é decadencial, sendo que o instituto da decadência se positiva alcançando o direito em sua essência, que, devido à imobilidade ou desinteresse do titular, extingue-se, em definitivo, com a fluência do prazo legal. O titular do direito tinha a obrigação de agir no prazo que a lei lhe assegurou, se ficou inerte, perdeu o direito que o protegia. Assim, na ocorrência da decadência, tem-se um direito nascido que não se torna efetivo em consequência do seu não-exercício.

A decadência é instituto que não se confunde com prescrição, pelos seguintes aspectos: pelo objeto – porque atinge diretamente os direitos; pelo momento de início – a decadência começa a correr desde o momento em que o direito nasce, enquanto a prescrição passa a correr a partir da violação do direito, e, pela natureza diversa do direito que se extingue – a decadência supõe um direito que, embora nascido, não se tornou efetivo pela falta de exercício, ao passo que a prescrição supõe um direito nascido e efetivo, mas que pereceu pela falta de proteção da ação, contra a violação sofrida.

O fato de a Administração Pública não necessitar valer-se de ação para determinar a invalidação dos atos viciados, emitidos por seus agentes leva alguns

autores a considerar que o instituto indicado para determinar a fluência dos prazos extintivos para a Administração rever seus atos é a decadência, manifestando-se acerca da impropriedade da adoção do termo “prazo prescricional”, tendo o pensamento de Hely Lopes Meirelles¹⁵ grande relevância neste sentido, ao afirmar que a prescrição, como instituto jurídico, pressupõe a existência de uma ação judicial atada à defesa de um direito, porque ela significa a perda da respectiva ação, por inércia do seu titular, impropriamente falando-se em prescrição administrativa para indicar o escoamento dos prazos para interposição de recurso no âmbito da Administração, ou para a manifestação da própria Administração sobre a conduta de seus servidores ou sobre os direitos e obrigações dos particulares perante o Poder Público.

Neste passo, as determinações da norma inscrita no artigo 54, da Lei nº 9.784/99, apresenta conformidade com os princípios limitadores do exercício da autotutela, ou seja, confirma que a Administração Pública é sujeita à observação do lapso temporal para desfazer os atos em que foram verificadas ilegalidades no seu processo de formação, ou seja, demarca um prazo que, superado, impede a Administração rever seus próprios atos: anulá-los quando a nulidade é absoluta, ou optar entre anulação e convalidação, nos casos de nulidades relativas.

Ressalte-se que a imposição de prazo para que a Administração promova o exercício dos seus direitos não é novidade em nosso sistema normativo, podendo ser citado como exemplo o prazo decadencial, inscrito no artigo 173, da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional), em que se encontra demarcado o prazo de cinco anos para que a Fazenda Pública constitua o crédito tributário.

O dispositivo legal em foco encontra-se em total sintonia com o princípio da conservação dos valores jurídicos já concretizados, em que o decurso do tempo sana situações de fato, que, embora nascidas sem justo título, tidas e havidas depois, contínua, pacífica e publicamente por situações juridicamente inseridas e, como tais, acabadas, durante largo espaço de tempo, não devem poder ser destruídas por via de tardia impugnação contenciosa.

Entretanto, em nosso entendimento, não estariam abrangidas pela decadência determinada no mandamento legal em comento aquelas situações em que ocorreram comprovada má-fé, em que estejam presentes o dolo, a fraude ou a simulação, as decorrentes de atos que ordenem a prática de condutas criminosas e aquelas que se encontrem em total confronto com determinações constitucionais em que esteja relevantemente presente o interesse público. Observamos que tais considerações

15. Op. Citada, p. 583.

apenas se confirmarão, ou não, com a aplicação de tal norma aos casos concretos no decorrer do tempo, sendo que situações outras, aqui não lembradas, poderão se demonstrar relevantes de forma a serem excluídas da sua incidência.

Impende, ainda, destacar-se, que o mandamento na norma entelada restringe-se ao âmbito federal, não vinculando Estados e Municípios, uma vez que a matéria não se encontra entre as elencadas no artigo 22, da CF/88, como de competência privativa da União.

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;
(...).”

6.3. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA OU DA BOA-FÉ NAS RELAÇÕES ADMINISTRATIVAS

A confiança dos administrados decorre, também, da presunção de legitimidade e veracidade de que gozam os atos administrativos e refere-se a uma vertente subjetiva, compreendendo a previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos do Poder Público.

A necessidade da proteção da boa-fé dos administrados decorre do próprio princípio da moralidade administrativa, impondo à Administração a obrigação de proceder em relação aos administrados com sinceridade, sendo-lhe defeso qualquer comportamento evadido de astúcia ou malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício dos direitos por parte do cidadão.

A boa-fé incorpora o valor ético da confiança e comporta uma regra de conduta, uma conduta normal, reta e honesta, a conduta de um homem médio. Representa uma das manifestações mais fecundas de irrupção do conteúdo ético e social e serve de leito para a integração do ordenamento com algumas regras ético-materiais como a idéia de fidelidade, de crédito e de confiança.

Para Canotilho¹⁶, os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica formulam-se a partir da consideração de que o cidadão deve poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre seus direitos, às posições jurídicas e às relações, praticadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, ligam-

16. Direito Constitucional, pp. 377-378.

se os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas.

O professor Juarez Freitas¹⁷ trata o princípio da confiança nas relações administrativas, enfatizando que, não obstante tratar-se de manifesto resultado da junção dos princípios da moralidade e da segurança das relações jurídicas, seu tratamento merece relevo particularizado, vez que tal princípio estatui o poder-dever de o administrador público zelar pela estabilidade decorrente de uma relação timbrada de autêntica fidúcia mútua, no plano institucional.

Respalhado na teoria da aparência de legalidade dos atos administrativos, e observando o princípio da boa-fé, o STF se pronunciou no sentido de não invalidar os atos praticados por funcionário investido em cargo público, ainda que, por lei inconstitucional, protegendo-se os terceiros de boa-fé, como a seguir:

“FUNCIONÁRIO PÚBLICO. EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE OFICIAL DE JUSTIÇA. ILEGALIDADE DA INVESTIDURA. VALIDADE DO ATO PRATICADO POR FUNCIONÁRIO DE FATO. Apesar de proclamada a ilegalidade da investidura do funcionário público na função de oficial de justiça, em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei estadual que autorizou tal designação, o ato por ele praticado é válido.” (RE nº 78.594-SP, *in* RTJ 71/570)

6.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A elaboração do princípio da proporcionalidade para a resolução dos problemas de conflitos entre direitos ou bens juridicamente tutelados permite a realização do conteúdo de uma norma constitucional, adequando-a às necessidades concretas sem fugir da racionalidade do sistema. O juízo de ponderação entre os pesos dos direitos e os bens contrapostos, deve ter uma medida que permita alcançar o melhor ajuste entre os meios utilizados e os fins propostos.

Em todas as manifestações do homem, como ser social, observa-se o princípio de que a reação há que ser sempre proporcional à ação, e que as providências adotadas, ou as soluções propostas pelos particulares ou pelo Estado, devem ser adequadas aos interesses das demais pessoas ou administrados.

17. O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais, pp. 72/73.

A idéia de proporcionalidade, como não poderia deixar de ser, permeia o direito desde as primeiras manifestações de juridicidade pelo homem e “praticamente se confunde com a própria idéia de “direito”, o *aequum*, o *kanón*, a *regula*, materializada simbolicamente no *equi-librium* da balança que porta Thémis”¹⁸.

O princípio da proporcionalidade, portanto, tem raízes muito antigas, mas, sua manifestação mais próxima à noção que hoje se tem dele deve-se ao direito administrativo francês, ao tempo do florescimento do jusnaturalismo, como limitação do poder de polícia, para coibir medidas excessivamente gravosas aos direitos dos cidadãos. Alcançou a Europa Continental e, por obra dos alemães, após a Segunda Guerra Mundial, sedimentou-se como cânone do direito constitucional, trazendo uma reinterpretação das normas constitucionais relativas a direitos fundamentais. Na América, tal princípio foi primeiramente inserido na cláusula do *due process of law*, da Constituição dos Estados Unidos, inspirando o controle material da constitucionalidade há praticamente um século.

Entre nós, aos poucos, os operadores do direito vão se dando conta dessa necessidade intrínseca ao bom funcionamento de um Estado Democrático de Direito, que é reconhecer e empregar o princípio da proporcionalidade, embora, na Constituição brasileira não esteja gravada a previsão expressa do princípio em tela, à diferença do caminho seguido por constituintes de outros países, que o inscreveram, na fase atual do constitucionalismo, iniciado no segundo pós-guerra. Como exemplo da constitucionalização expressa do princípio da proporcionalidade, citamos a Constituição portuguesa, promulgada em 1974, que, no inciso II, do artigo 18, estabelece: “A lei só poderá restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

Embora, como já enfatizado, não esteja o princípio da proporcionalidade expresso na carta de nosso país, o seu reconhecimento pode se dar invocando-se o disposto no parágrafo 2º, do artigo 5º, que determina: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ...”. Assim, como defende o professor Willis Santiago Guerra Filho¹⁹, a ausência de previsão normativa do princípio da proporcionalidade no sistema constitucional brasileiro não é óbice ao seu reconhecimento.

18. Willis Santiago Guerra Filho, *in* *Ensaio de Teoria Constitucional*, p. 71.

19. “Sobre Princípios Constitucionais Gerais: Isonomia e Proporcionalidade”, RT no 719, pp. 59/60.

Entretanto, para que o princípio da proporcionalidade seja entendido em todo o seu alcance e sentido, faz-se mister referir qual seria o seu conteúdo.

Enquanto disposição constitucional, o conceito de proporcionalidade somente se compreende se considerarmos o advento histórico das concepções do Estado de Direito, principalmente aquela ligada ao princípio da constitucionalidade, que deslocou para o respeito aos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica

A adoção do princípio da proporcionalidade representa, talvez, a nota mais distintiva entre essa concepção de Estado de Direito e a outra que lhe foi anterior, que se vinculava doutrinariamente ao princípio da legalidade estrita, com apogeu no direito positivo da Constituição de Weimar.

A vinculação do princípio da proporcionalidade ao direito constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que o princípio ganha extrema importância e aúfere larga difusão. Entendido como um mandamento de respeito máximo a todo direito fundamental, em situação de conflito com outro (s), na medida do jurídica e faticamente possível, tem um conteúdo que se reparte em três princípios parciais: o princípio da adequação, o princípio da exigibilidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Os princípios parciais da adequação e da exigibilidade determinam que, dentro do faticamente possível, o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido, mostrando-se, assim, adequado, observando-se a adequação desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos e a necessidade de sua utilização; além disso, esse meio deve se mostrar exigível, o que significa não haver outro igualmente eficaz e menos danoso, significando que nenhum meio menos gravoso revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.

Por seu turno, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado e o meio empregado, tal correspondência dever ser, juridicamente, a melhor possível.

Nota-se, assim, que o princípio da proporcionalidade, em sua tríplice manifestação, tem sempre em vista o fim colimado, fim esse que pode ser atingido por diversos meios, por um dos quais se haverá de optar. O meio a ser escolhido deverá ser adequado para atingir o resultado almejado, revelando conformidade e utilidade ao fim desejado. Deverá, também, ser comprovada a exigibilidade do meio escolhido, que deverá se mostrar como “o mais suave” dentre os diversos disponíveis, ou seja, o menos agressivo aos bens e valores protegidos, que porventura colidam.

A aplicação do princípio da proporcionalidade como limitador da atividade invalidatória dos atos administrativos se dá pela via de consideração de que o adminis-

trador público está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos, assim, no exercício da competência invalidatória não que ser ponderados os bens jurídicos atingidos, de forma a que prevaleça aquele que atenda ao interesse público, com o sacrifício mínimo dos demais.

Sob o aspecto da adequação, deve ser examinada a pertinência ou aptidão de determinada medida a fim de que seja averiguado se representa o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público; examina-se aí, a adequação, a conformidade ou a validade do fim.

Se a invalidez do ato jurídico, como sanção à infringência à lei, importa conseqüências mais nocivas que as decorrentes de sua validade, é o caso de deixá-lo subsistir. Estabelece-se, aí, uma hierarquia entre dois princípios basilares: o princípio da legalidade, abstratamente considerado, em virtude do qual as normas devem ser obedecidas, e o ocorrente na espécie, que se apresenta, eventualmente, por motivos de ordem prática, de justiça e de equidade, em condições de superar o primeiro.

Ao ver do professor Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰, embutida no princípio da proporcionalidade está a idéia “de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos, cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência, ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam.

6.5. O EXAURIMENTO DA COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA

A atividade de invalidação dos atos administrativos pela Administração Pública situa-se no âmbito da própria função administrativa. Assim, as regras relativas à competência para invalidar, às possibilidades recursais, ao exaurimento da instância administrativa vão constituir um limite à possibilidade revisional da Administração sobre a legalidade dos seus próprios atos.

Com efeito, a exaustão dos canais internos de revisão do ato administrativo por motivos de legalidade faz com que determinada decisão se torne definitiva para a Administração, a qual já não pode, por atividade própria, desfazê-la. Tal situação ocorre tanto pelo fato de todos os meios recursais já se haverem esgotado, como por haver o ato sido submetido a alguma forma de controle externo.

20. Op. Citada, p. 67.

6.6. NECESSIDADE DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

Tendo o ato administrativo natureza jurídica, eis que produzido por autoridade competente em face da norma jurídica e mediante o processo especificamente previsto no ordenamento, há que guardar compatibilidade com as normas que autorizaram sua produção. Assim, a validade do ato administrativo nada mais representa que a compatibilidade com o sistema normativo que o respalda. Disto, decorre que qualquer eventual vício de incompatibilidade do ato com as normas do sistema só ocorrerá, via jurisdicional ou administrativa, quando constituída também por autoridade própria e mediante processo próprio.

E, embora indiscutível a possibilidade de a Administração invalidar seus próprios atos, desde que não se verifique nenhuma das limitações antes mencionadas, tal atuação deverá processar-se respeitando o comando contido no artigo 5º, LV, da CF/88: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

O referido preceito constitucional importa na constitucionalização da processualidade administrativa, determinando que toda situação na qual haja contraposição de interesses, entre a Administração e os particulares, seja resolvida por intermédio de uma fórmula processual, impondo, ainda, que esta seja informada pelos princípios do contraditório e da ampla defesa.

A jurisprudência pátria tem se manifestado neste sentido, ilustrando tal posicionamento decisão do STF, cuja ementa a seguir se transcreve:

“ATO ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÕES. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. SITUAÇÃO CONSTITUÍDA. INTERESSES CONTRAPOSTOS. ANULAÇÃO. CONTRADITÓRIO. Tratando-se de ato administrativo cuja formalização haja repercutidos “no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada a situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular.” (STF, RE nº 199.733-MG)

Das considerações empreendidas, pode-se concluir que o essencial, no exercício objetivo e fundamentado do controle da revisão dos atos administrativos, é que não sejam afastadas as balizas principiológicas e normativas do sistema jurídico em que estão inseridos, sem perder de mira os apelos peculiarizantes do caso concreto. Nesse contexto, fica demarcada a relevância de fatores limitantes à atividade invalidatória dos atos administrativos pela Administração Pública, a partir do que podem ser feitas as seguintes considerações: sempre que comprovada ou fortemente presumível a má-fé ou qualquer outra violação suscitadora de nulidade absoluta, os atos administrativos formalmente ilegais na sua origem, ou supervenientemente, mesmo após longo lapso de tempo, devem ter a sua nulidade decretada *ex tunc*; uma vez incontrastável a boa-fé do administrado, os atos administrativos podem ser, excepcionalmente, anulados com efeitos atenuados, quando da passagem de um médio lapso temporal, desde que se sobressaia, objetivamente, o princípio do interesse público, que funciona como permanente delimitador da atuação do agente administrativo; e os atos administrativos de nulidade relativa ou anuláveis devem ter a sua nulidade decretada, quando da passagem de um reduzido lapso temporal, com efeitos *ex tunc*, salvo quando princípios superiores determinarem a convalidação, a qual será, por assim dizer, mais cogente, no caso, do que a também vinculada anulação.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No mister de bem controlar os atos administrativos, avulta em importância cotejá-los com a totalidade do sistema constitucional do Direito Administrativo, em sua dimensão de rede hierarquizada de princípios, normas e valores, não apenas controlando a legalidade estrita.

Com efeito, a noção de controle, excessivamente limitada a juízos de mera conformação às regras, haverá de experimentar dignificação e realce em termos de efetividade, máxime na tarefa de outorgar concretização aos princípios superiores da moralidade, da legalidade, da impessoalidade, da confiança, da segurança jurídica, da eficácia ou economicidade, da proporcionalidade ou vedação de excessos.

Neste passo, a revisão dos atos administrativos, resultado dessa ação de controle, deverá observar a íntegra dos princípios regentes da Administração Pública, inclusive quando se mostre justificável a preponderância episódica de um, sem exclusão ou supressão recíproca dos demais, devendo, pois, ser efetuada em um espectro mais

largo, tendo-se que todos os atos hão de ser interpretados à vista dos fins que, no topo do sistema, identificam-se com os princípios constitucionais.

Para tanto, é mister apontar novas perspectivas e cobrar soluções o mais axiologicamente aptas a garantir e ampliar a eficácia conjunta dos princípios e das normas juspublicistas à luz dessa subordinação à lei e ao sistema que a transcende, em intensidade e extensão. Nessa ótica, os princípios e as regras ou normas regentes das relações jurídico-administrativas poderão experimentar o reconhecimento de sua plena juridicidade, deixando de figurar como enunciados meramente retóricos e despidos de raízes da realidade, pressupondo a adoção do verdadeiro entendimento de que a Administração há de pautar os seus atos em sintonia com a lei, mas, acima disso, precisa, de modo efetivo e eficaz, harmonizá-los com os princípios fundamentais do Direito Administrativo.

Semelhante propósito presume o combate dos defeitos dos atos administrativos, sem cometer, entretanto, o equívoco de converter o próprio combate num vício de desproporcionalidade, gerando situações em que o saneamento do vício detectado, muitas vezes, pode trazer conseqüências mais danosas ao interesse público que o seu albergamento no sistema. O que requer um sopesamento entre os bens jurídicos atingidos, de forma a que prevaleça aquele que atenda ao interesse público, com o sacrifício mínimo dos demais.

O controle dos atos administrativos, mesmo que efetuado pelos mecanismos de autotutela da Administração Pública, e, sem descuidar das indispensáveis cautelas formais, deve-se dar com o cotejo rigoroso do ato em face dos valores, dos princípios e das normas do sistema constitucional, numa ponderação apta a viabilizar a concretude dos mais altos fins do Direito Administrativo, outorgando-lhes a devida eficácia social, em harmonia com a idéia chave de que a Administração Pública deve obediência à lei e ao Direito.

O sistema jurídico, em geral, precisa ser visto, controlado e aplicado como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios, de normas e valores jurídicos, cuja função é a de dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados expressa ou implicitamente, na Constituição Federal. O Direito Administrativo sobressai-se, sem dúvida, como um dos mais elevados ramos desse sistema. Nada mais necessário, por isso mesmo, do que ter bem presente o catálogo de seus princípios constitucionais, tudo para reforçar a mencionada visão enfaticamente substancialista do fenômeno jurídico e de seu controle.

8. BIBLIOGRAFIA

- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Convalidação do Ato Administrativo*, Editora LTR, São Paulo, SP: 1999.
- CAMPAZ, Walter. *Revogação dos Atos Administrativos*, Biblioteca de Estudos de Direito Administrativo, vol. 12, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, SP: 1983.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, Portugal: 1992.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 10ª edição, Editora Atlas S/A, São Paulo, SP: 1998.
- FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e Os Princípios Fundamentais*, Malheiros Editores, São Paulo, SP: 1997.
- _____. “Controle Teleológico dos Atos Administrativos”, *Ajuris*, vol. 23, nov-1996.
- LEITE, Fábio Barbalho. “O Controle da Constitucionalidade dos Atos Administrativos Normativos Perante o Princípio da Moralidade Administrativa”, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*,
- MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *Temas de Direito Administrativo e Tributário*, UFC - Casa de José de Alencar – Programa Editorial, Fortaleza, Ceará: 1998.
- MATOS, Mauro Roberto Gomes de. “Da Legalidade da Antecipação de Tutela Contra o Poder Público – Controle Efetivo dos Atos Administrativos”, *Revista de Informação Legislativa* nº 139, Julho-Setembro/1998, ano 35, Senado Federal - Secretaria Especial de Editoração e Publicações – Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, DF.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 17ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Décio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Malheiros Editores, São Paulo, SP: 1992.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 10ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, SP: 1998.
- _____. “O Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos”, *Revista de Direito Municipal* nº 9-10, Julho-Dezembro/1978, ano III, Tipografia Editora La Salle, Canoas, RS.
- OLIVEIRA, Floriana Quadros Martins de. “Do Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos no Brasil”, *Revista de Informação Legislativa* nº 55, Julho-

- Setembro/1977, ano 14, Senado Federal - Secretaria Especial de Editoração e Publicações – Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, DF.
- PONTES FILHO, Valmir. “Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos”, Revista de Direito Público, vol. 14, jul-dez/1980.
- RUSSOMANO, Rosah. “Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos e a Constituição Vigente”, Revista da Faculdade de Direito da UFMG nº 22 (nova fase), outubro/1979, ano XXV, Imprensa Universitária.
- SILVA, Almiro Couto. “Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo”, Revista de Direito Público, nº 84, 1987.
- SILVA, Clarissa Sampaio. Limites à Invalidação dos Atos Administrativos, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 1999.

GARANTIAS DA MAGISTRATURA E INDEPENDÊNCIA DO JUDICIÁRIO

MARCUS VINÍCIUS AMORIM DE OLIVEIRA

Mestre em Direito pela UFC

1. A INDEPENDÊNCIA DO JUDICIÁRIO

A questão das garantias da magistratura é de natureza jurídico-administrativa, fazendo parte da relação do juiz com o Estado. Elas se encontram, no entanto, inseridas num contexto mais amplo, correspondente à **independência** do Poder Judiciário e à **imparcialidade** do magistrado.

Com efeito, as garantias da magistratura se reportam ao **princípio da separação de poderes** - que nada mais é senão uma divisão de funções entre órgãos estatais - vem consagrado em nosso texto constitucional vigente:

“Art.2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Assim, ao menos no que tange ao aspecto formal e constitucionalmente determinado, o Poder Judiciário é independente. Inclusive, desfruta de autonomia administrativa e financeira para gerir seus recursos particulares, além do poder de exercer a jurisdição.

Cabe, por oportuno, mencionar o que o legislador constituinte atribuiu ao Poder Judiciário como instrumento de salvaguarda de sua independência institucional. Senão vejamos:

“Art.96. Compete privativamente:

I – aos tribunais:

a) *eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;*

b) *organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva;*

c) *prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição;*

d) *propor a criação de novas varas judiciárias;*

e) *prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art.169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei;*

f) *conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados;*
 II – *ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art.169:*

a) *a alteração do número de membros dos tribunais inferiores;*

b) *a criação e a extinção de cargos e a fixação de vencimentos de seus membros, dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver, dos serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados;*

c) *a criação ou extinção dos tribunais inferiores;*

d) *a alteração da organização e da divisão judiciárias;*

III – *aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral”.*

E ainda:

“Art.99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira”.

Diante do exposto, o professor JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA estabelece uma distinção entre dois momentos da independência do Poder Judiciário: um político e outro administrativo. Quanto à independência de ordem política, diz o eminente professor:

A independência política do Judiciário está ligada ao exercício da função que a Constituição lhe atribui: julgar e executar o julgado, para dizê-lo sumariamente. Portanto, a independência política do Judiciário destina-se a garantir o exercício da função jurisdicional exclusivamente por esse Poder. Está prevista de modo expreso pela Constituição no artigo 5º, XXXV e XXXVII.

A natureza política dessa dimensão da independência decorre, primeiro, de sua relação com o exercício do poder estatal, que é político por excelência (a jurisdição exercida pelo Judiciário é modalidade de exercício do poder estatal); segundo, por ter finalidade política, qual seja, a defesa da liberdade contra o arbítrio de toda espécie de poder, sobretudo do poder político; finalmente, por ser garantia da função de controle exercida pelo Judiciário sobre a constitucionalidade dos atos dos demais poderes, o que importa o exercício de ponderável parcela do poder político”¹ (grifos nossos).

Já no tocante à independência de natureza administrativa, esclarece o autor:

A independência administrativa, também chamada de autogoverno da magistratura, consiste na aptidão do Judiciário de gerenciar com autonomia os elementos pessoais e os meios materiais e financeiros imprescindíveis ao exercício da função jurisdicional”² (grifos nossos).

Não obstante a declaração formal de independência do Judiciário em face dos demais poderes, a própria Constituição impõe sérias restrições à sua efetividade, na medida em que os ministros dos Tribunais Superiores do país, vale dizer, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, bem ainda os juízes dos Tribunais Regionais Federais são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada

1. v. ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*, Malheiros, 1996, p.111.

2. *idem*, p. 112.

a escolha pelo Senado Federal, nos dois primeiros casos. Ainda, na esfera dos Estados-membros, os Desembargadores dos Tribunais de Justiça são nomeados pelo Governador do Estado.

Vê-se, então, que a cúpula da organização judiciária sofre ingerência direta dos chefes do Executivo. Não-raras vezes essa distorção – porquanto constitui um verdadeiro atentado ao regime democrático e um contra-senso relativamente ao princípio da separação de poderes – influencia sobremaneira a composição dessas Cortes. Conseqüentemente, em razão da estrutura rigidamente hierarquizada dos Tribunais, que subjugam os juízes de primeiro grau às orientações advindas do escalão superior, todo o Poder Judiciário indiretamente se submete ao Poder Executivo que, além dessa prerrogativa, conta com o poder de gerenciamento dos recursos financeiros do Estado.

Outro fator redutor da independência do Judiciário pode ser apontado na polícia judiciária e no sistema penitenciário. Na área criminal, a atividade da polícia chega a ser imprescindível, caso contrário, os delitos ordinariamente não seriam sujeitos a qualquer repressão por parte do Estado-juiz. Pois bem, como se sabe, a polícia judiciária é administrativamente vinculada ao Poder Executivo, por meio de suas Secretarias de Segurança Pública ou Ministério da Justiça, conforme o caso. Dependendo da política desenvolvida nesse órgão, a atividade jurisdicional na esfera penal será mais ou menos eficaz. De igual sorte, observando-se que o caos do sistema penitenciário e, numa visão mais abrangente, de todo o modelo de execução das penas, não satisfaz a prevalência de alguns dos direitos básicos do ser humano, a atividade do juiz se torna inibida e descompromissada com os reais objetivos intentados pela lei. É a carência de investimentos do Estado-administração nesses setores, influenciando negativamente a função jurisdicional.

2. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO JUIZ

Convém advertir que a independência do Poder Judiciário, enquanto instituição, não se confunde com a independência do juiz. A primeira diz respeito à relação entre os poderes da República, ao passo que a segunda se refere à atividade jurisdicional.

Num conceito reconhecidamente defeituoso, poder-se-ia dizer que as garantias da magistratura são os instrumentos constitucionais postos à disposição do

magistrado destinados a protegê-lo de eventuais retaliações ou manipulações que a atividade por ele desenvolvida pudesse ocasionar. O autêntico labor judicial, por vezes, contraria interesses político-econômicos muito fortes que, naturalmente, poderão voltar-se contra a pessoa do juiz. Sem tais garantias e prerrogativas legais, o juiz fatalmente ficaria à mercê de condutas vingativas. Em derradeira análise, **as garantias da magistratura visam a proteger o exercício da função jurisdicional.**

As garantias da magistratura, entretanto, não devem ser confundidas com as **prerrogativas legais do juiz**, insculpidas no art.33 da Lei de Organização da Magistratura Nacional, considerando que tais prerrogativas se destinam à proteção da figura do juiz enquanto funcionário do Estado e pessoa física. Diz o mencionado texto legal, *in verbis*:

“Art.33. *omissis.*

I – ser ouvido como testemunha em dia, hora e local previamente ajustados com a autoridade ou juiz de instância igual ou superior;

II – não ser preso senão por ordem escrita do tribunal ou do órgão especial competente para o julgamento, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará imediata comunicação e apresentação do magistrado ao presidente do tribunal a que esteja vinculado;

III – ser recolhido à prisão especial, ou à sala especial de Estado Maior, por ordem e à disposição do tribunal ou do órgão especial competente, quando sujeito à prisão antes do julgamento final;

IV – não estar sujeito à notificação ou à intimação para comparecimento, salvo se expedida por autoridade judicial;

V – portar arma de defesa pessoal”.

O juiz deve, por natureza de sua função, ser independente, tanto interna como externamente. No âmbito interno do órgão, ao juiz não cabe alimentar preocupações quanto às repercussões que seus atos possam ter; se o fundamento das sentenças por ele prolatadas encontrará abrigo no entendimento dos membros dos tribunais a que se encontra vinculado. A observância de tal procedimento implicaria subserviência e puro carreirismo. Se, internamente, o juiz deve pautar sua conduta por uma atitude autônoma, com maior razão não poderá sujeitar-se a influências do meio externo ao Judiciário, capazes de desviá-lo da correta execução de sua tarefa. Em verdade, **quer-se que o juiz esteja vinculado tão somente ao direito e à justa aplicação das normas.**

É certo, porém, que nenhuma arquitetura de garantias é suficiente para assegurar a incolumidade da atividade jurisdicional se não encontrar respaldo no **aspecto moral da formação do juiz**. O engrandecimento do caráter do magistrado é imprescindível para mantê-lo a coberto de ingerências indevidas na sua função. Assim, mediante de uma conduta independente, o juiz estará apto a legitimar-se a si mesmo e ao próprio Poder Judiciário. A independência do juiz constitui viga mestra do processo político de legitimação da função jurisdicional.

Independência não significa dizer que o juiz não responda por seus atos. Haja vista que a atividade jurisdicional encontra fundamento na **legalidade**, qualquer comportamento do juiz, contrário às diretrizes legais, importará em responsabilidade. Ressalva seja feita, no entanto, que, em consequência de sua função estratégica, o juiz não pode ser inibido no exercício de seu *munus* com a ameaça de responder por perdas e danos. Se assim fosse, as sentenças nunca apresentariam uma parte vencida. **A responsabilidade da magistratura é social**. Desde que não agrida frontal e deliberadamente a lei, causando prejuízos às partes ou à administração, para o que se deverá adotar as medidas judiciais ou administrativas competentes, o juiz só responde à sociedade.

Outra nota característica do exercício da magistratura é a **imparcialidade**. Ser imparcial, como o próprio termo permite compreender, implica colocar-se em posição equidistante entre as partes na relação processual.

Independência e imparcialidade se implicam mutuamente, estando, portanto, intimamente relacionadas. Mas, a despeito da particular correlação, explica o professor JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA:

Independência e imparcialidade, embora conceitos conexos, eis que servem ao mesmo valor de objetividade do julgamento, no entanto têm significações diferentes. Enquanto a imparcialidade é um modelo de conduta relacionado ao momento processual, significando que o juiz deve manter uma postura de terceiro em relação às partes e seus interesses, devendo ser apreciada em cada processo, pois, só então é possível conhecer a identidade do juiz e das partes e suas relações, a independência é uma nota configuradora do estatuto dos membros do Poder Judiciário, referente ao exercício da jurisdição em geral, significando ausência de subordinação a outros órgãos³.

3. v. ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*, Malheiros, 1995, p.30.

Imparcial não quer dizer neutro. Em verdade, **não há neutralidade do juiz**. Trata-se de um mito que só serve ao fortalecimento do conservadorismo, para manutenção do *status quo*. Nenhum ser humano está imune às influências ideológicas, políticas ou culturais do meio onde se acha inserido. A todo momento nossas condutas refletem um posicionamento a respeito de idéias que ora acolhemos ora refutamos. Enfim, todos valorizamos as coisas a nossa volta. E com os juízes não haveria de ser diferente, visto que seres humanos iguais a nós. Seria imprudente e improvável exigir-se do magistrado uma postura acima do bem e do mal. O que a Constituição veda, convém salientar, é a participação direta em movimentos sociais, tais como a militância político-partidária, que ponham em risco, sim, a imparcialidade do juiz.

Feitas tais considerações, urge declinar as garantias constitucionais do magistrado. Diz o texto constitucional:

“Art.95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I – vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II – inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art.93, VIII;

III – irredutibilidade de vencimentos, observado, quanto à remuneração, o que dispõem os art.37, XI, 150, II, 153, III, e 153, §2º, I”.

Vitaliciedade significa que o magistrado, depois de transcorrido o período de dois anos desde sua assunção ao cargo com o correspondente exercício, somente o perderá em decorrência de sentença judicial transitada em julgado, em processo adequado onde lhe seja assegurado o direito de ampla defesa e de contraditório. A vitaliciedade não se confunde com a estabilidade comum do servidor público. A estabilidade do funcionário público, diferentemente da do juiz, é no serviço, e não no cargo.

A **inamovibilidade** consiste em não poder o magistrado ser removido de sua sede de atividade para outra sem o seu prévio consentimento, salvo em decorrência de incontestável interesse público, mediante voto de dois terços do tribunal, e de igual modo assegurada ampla defesa. Tal garantia abrange, inclusive, a possibilidade de recusar promoção na carreira, quando referida benesse camuflar uma manobra contra o juiz.

A **irredutibilidade de vencimentos** é a terceira garantia que a Constituição oferece ao magistrado. Com efeito, a mera hipótese de o magistrado sofrer redução em seu salário, em decorrência de algum ato judicial, implicaria motivo de inibição no exercício da judicatura.

Ao lado das garantias, o mesmo dispositivo constitucional, alhures transcrito, apresenta uma série de vedações aos magistrados, as quais, de certo modo, também se apresentam como instrumentos de salvaguarda da independência e da imparcialidade do juiz. Senão vejamos:

“Art.95. omissis.

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I – exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II – receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III – dedicar-se à atividade político-partidária”.

Questiona-se, por outro lado, se as garantias de independência funcional do juiz não seriam mais formais que materiais. Quer dizer, se elas efetivamente compõem um conjunto de dispositivos capazes de proteger o exercício da função jurisdicional e de garantir a integridade da independência e da imparcialidade do juiz ou se elas se diluem na fria letra da lei, divorciando-se dos problemas concretos enfrentados pela judicatura.

Poder-se-ia acrescentar que as garantias são destituídas de sentido tendo em vista uma estrutura organizacional fortemente subjugada aos desígnios dos demais Poderes, escalonada numa hierarquia evidentemente comprometedora do ponto de vista ideológico e que, além disso, não premia o mérito. Amiúde, a questão da promoção por merecimento, na estrutura vigente no Poder Judiciário, imerge na imensidão da subjetividade, abrindo margem à pura barganha política, bajulação e conformismo com as determinações dos superiores hierárquicos.

O problema das garantias, pois, reside antes na estrutura organizacional e institucional do Judiciário.

É imperioso que os juízes sejam postos a salvo de influências político-econômicas, tanto no âmbito interno como no externo, e, para tanto, faz-se necessário criar outros institutos jurídicos, disciplinadores da atividade jurisdicional; caso contrário, as garantias constitucionais da magistratura soarão falsas. Todas essas distorções

afetam a **prestação da tutela jurisdicional**, ferindo, portanto, o direito do cidadão de obter acesso a uma **ordem jurídica justa**.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

1. AMORIM, Antônio Carlos. *Justiça: autonomia e moral*. ADV Advocacia dinâmica: informativo – vol.13, n.50, p.635, dez.1993.
2. ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 9ª edição, 1992.
3. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Editora Campus, 7ª edição, 1992.
4. _____. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
5. _____. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
6. BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
7. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Poder Judiciário: autonomia e justiça*. Revista dos Tribunais – vol.82, n.691, p.34-44, mai.1993.
8. CUNHA, Fernando Whitaker da. *Democracia e cultura: a teoria do Estado e os pressupostos da ação política*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
9. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 1991.
10. FILHO, Nagib Slaibi. *Magistratura e democracia*. ADV Advocacia dinâmica: seleções jurídicas - p.16-21, jun.1996.
11. GOMES NETO, Indalécio. *Independência entre os poderes e garantias da magistratura*. Revista do TST, volume 63, 1994.
12. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A crise do Poder Judiciário*. Revista da PGE/SP – p.11-25, São Paulo, dez.1990.
13. GUIMARÃES, José Lázaro Alfredo. *A reforma do Poder Judiciário*. Revista da Faculdade de Direito – n.33, p.41-49, Fortaleza, 1992/1993.
14. MACIEL GONÇALVES, Gláucio Ferreira. *Direito à tutela jurisdicional*. Revista de informação legislativa, volume 33, n.º129, 1996.

15. MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à adequada tutela jurisdicional*. Revista dos Tribunais, volume 663, janeiro de 1991.
16. REALE, Miguel. *O Judiciário a serviço da sociedade*. Ajuris: Revista de Direito Administrativo – vol.21, n.62, p.190-198, nov.1994.
17. ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.
18. _____. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 3ª edição, 1995.
19. RODRIGUES, Horácio Wanderley. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo, 1ª edição, 1994.

O PROBLEMA DA LEGITIMAÇÃO DE AGIR E OS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

MARCUS VINÍCIUS AMORIM DE OLIVEIRA

Mestre em Direito pela UFC

1. DIREITO DE AÇÃO: CONCEITO E CONDIÇÕES

O **direito à tutela jurisdicional**, significa dizer, o direito de obter do Estado uma solução para a demanda trazida à sua apreciação, ou em outras palavras, de ver concretizado o direito material, requer um instrumento hábil para efetivá-lo. Considerando a inafastabilidade da jurisdição estatal, aquele que busca a prestação jurisdicional deverá provocar, mediante iniciativa própria (art.262, CPC), o Estado-juiz a manifestar-se sobre aquela pendência. E tal provocação se concretiza mediante o exercício **do direito de ação**.

Outrossim, leciona o professor JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA que ação pode ser definida como

o poder jurídico de provocar a atividade jurisdicional do Estado e dela participar, tendo em vista a consecução de um provimento relativo a uma situação jurídica subjetiva ou objetiva. Definimos, pois, a ação como um meio através do qual provocamos a atividade jurisdicional do Estado em face de uma situação jurídica, que tanto pode ser subjetiva, ou seja, de um indivíduo certo e determinado, quanto objetiva, ou seja, transcendente à esfera jurídica puramente individual. Portanto, a ação é o instrumento por meio do qual pedimos um provimento jurisdicional do Estado para uma situação jurídica subjetiva ou objetiva afirmada no processo¹.

1. v. ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*, p.185.

A fim de que o direito de ação possa ser eficaz na deflagração da atividade jurisdicional, dando início à formação da relação processual, exige-se o adimplemento de certas condições. O Estado somente se disporá a movimentar o aparelho judiciário no objetivo de exercitar a função jurisdicional se verificados, preliminarmente, determinados requisitos. A situação jurídica a ser tutelada deverá demonstrar aptidões para que o Estado possa se manifestar a respeito. O Estado, antes de pronunciar-se sobre o mérito da questão, verificará, em tese, a possibilidade dessa manifestação. Está-se diante, nesse caso, das **condições da ação**, exigidas para que esta logre êxito.

A doutrina tradicional aponta três condições para a fecundidade da ação: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade de agir.

Quando a parte submete sua pretensão a juízo, apresenta um pedido a ser apreciado pelo magistrado, no afã de obter seu acolhimento junto ao Estado. Ao juiz caberá verificar se o referido pleito encontra abrigo no ordenamento jurídico estatal. A **possibilidade do jurídica do pedido**, portanto, constitui a exigência de que a situação afirmada pelo autor encontre amparo, pelo menos em tese, no ordenamento jurídico, a fim de que o juiz possa tomar conhecimento dela.

Por seu turno, **interesse de agir** corresponde à necessidade denotada pela parte no sentido de obter a prestação jurisdicional. Em decorrência do monopólio estatal da jurisdição, toda vez que alguém entender que um direito seu foi violado ou se encontra sujeito a sofrer lesão, deverá submeter sua pretensão ao Estado, surgindo daí a necessidade de que o Estado se pronuncie. Resta caracterizada, nessa situação, o interesse de agir.

Finalmente, a ação deverá apresentar como condição derradeira para sua validade a **legitimidade de agir**. Ao conduzir sua pretensão a juízo, a parte faz a afirmação de que é titular de um direito que merece ser tutelado, posto que lesionado ou ainda sob risco de violação. O autor apresenta um pedido, demonstra seu interesse em agir e se coloca na posição de titular do direito.

Configurados os três requisitos indispensáveis à ação, o juiz acolhe a petição do autor e tem-se início ao processo. Caso contrário, o juiz se achará impedido de deduzir qualquer pronunciamento sobre a questão proposta pelo autor. Sua rejeição, no entanto, não impede que a ação seja novamente apresentada pelo interessado, desde que, nessa hipótese, a condição ausente seja satisfeita (art.268, parágrafo único, CPC), salvo em se tratando de matéria criminal, em razão do princípio da anterioridade da lei penal (art.1º, CP).

2. LEGITIMIDADE DE AGIR

A legitimidade para agir, nas palavras do professor JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA,

consiste fundamentalmente em saber, no caso concreto, quem pode promover a ação e contra quem, ou em face de quem, pode ser movida. Responde, pois, à questão de saber quem é que pode agir em juízo como autor e réu. Portanto, a legitimidade para agir diz respeito à titularidade ativa e passiva da ação².

A doutrina tradicional entende que a **legitimidade** decorre da titularidade da situação jurídica deduzida em juízo. Pois bem. Ocorre que, não obstante, só será conhecido o titular do direito, e mesmo se tal direito existe, por ocasião da sentença de mérito, depois de concretizados os atos processuais necessários à materialização do direito alegado. Há, em verdade, uma ligeira confusão entre uma mera afirmação e aquilo que eventualmente será verificado na apreciação do mérito da causa.

Com efeito, segundo a sistemática processual vigente em nosso ordenamento, a legitimidade decorre de simples afirmação feita pelo autor, segundo a qual este se coloca na posição de titular do direito, ao mesmo tempo em que aponta o réu no pólo oposto da relação processual.

Via de regra, alguém ingressa em juízo procurando obter tutela para um direito próprio. Aquele que se afirma titular da situação jurídica trazida a juízo é considerado autor da ação, enquanto réu é aquele a quem o autor atribui tal qualidade no pólo passivo da situação jurídica. Correspondem ambos os casos a uma **legitimação ordinária**. Não obstante, o ordenamento admite que se pleiteie, em nome próprio, tanto na posição de autor como na de réu, direito alheio. Nesse sentido, diz-nos o art.6º do Código de Processo Civil:

“Art.6º. Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo se quando autorizado por lei” (grifos nossos).

Trata-se de substituição processual, ou em outras palavras, **legitimação extraordinária**. Nesse caso, o sujeito legitimado a agir em juízo não se coloca na posição de titular do direito alegado, ao contrário, reconhece que pleiteia direito alheio,

2. v. ROCHA, José de Albuquerque, *opus citatum*, p.188.

e além disso, convém ressaltar que a substituição só tem validade nas hipóteses legalmente previstas, porquanto tal sorte de legitimidade se mostra de caráter extemporâneo.

Os entes coletivos, tais como as associações e sindicatos, têm reconhecidos pela legislação ordinária e pela própria Constituição a legitimidade para deduzir suas pretensões em juízo. As pretensões desses entes são de **natureza transindividual**, vale dizer, inerentes a um grupo determinado ou indeterminado de pessoas, conforme o caso. Posto tratar-se de pessoas jurídicas regularmente constituídas, e desse modo, com capacidade para figurar como sujeitos de direitos e obrigações, as entidades têm interesses próprios, distintos dos de seus membros. A questão que se levanta, portanto, consiste em verificar se a legitimação dos entes coletivos, relativamente a interesses coletivos e difusos, é ordinária ou extraordinária.

Uma clara distinção em prol da peculiaridade da legitimidade dos entes coletivos nos é oferecida pelo professor JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA. Aduz o ilustrado autor que, em verdade, ao pleitearem em juízo, as entidades coletivas o fazem em seu próprio nome e na defesa de direitos que lhes são próprios. Logo, sua legitimidade é ordinária. Tal não ocorre se os interesses são dos grupos a que representam ou da sociedade num sentido mais alargado. No primeiro caso, a legitimidade advém do **caráter representativo** da entidade, enquanto no segundo tem-se em vista os **fins institucionais** desse ente. Esclarecendo:

Se (...) os interesses são de grupos sociais definidos e organizados, a legitimação dos entes coletivos para defendê-los é de natureza representativa.

A legitimação por representação pode ser legal e voluntária. A representação diz-se legal quando decorre da lei, obviamente. Exemplos de representação legal são as hipóteses dos sindicatos e associações autorizados pela Constituição e leis ordinárias para a defesa dos interesses de seus membros (artigos 5º, LXX, “b”, e 8º, III, CF). A representação é voluntária quando a legitimação decorre de expressa autorização dos associados. Exemplo de representação voluntária é a hipótese das associações expressamente autorizadas por seus filiados para defendê-los em juízo ou fora dele (artigo 5º, XXI, CF).

No entanto, se os interesses não pertencem a grupos definidos e organizados, mas a pessoas indeterminadas entre as quais não há

vínculo jurídico (interesses difusos), a legitimação para defendê-los é institucional, no sentido de que o ente que os defende o faz porque isso se inclui no âmbito de seus fins institucionais. Exemplos de legitimação são as hipóteses: a) dos partidos políticos autorizados pela Constituição (artigo 5º, LXX, “a”) a defender interesses impropriamente ditos coletivos, mas que são difusos; b) das organizações de defesa do meio ambiente, dos direitos humanos, etc³.

A propósito, dispõe nossa Constituição Federal:

“Art.5º. omissis.

XXI – as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

E ainda:

“Art.129. São funções institucionais do Ministério Público:

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

Observa-se, dessarte, que os entes associativos possuem interesses próprios, oportunidade em que podem ingressar em juízo para deduzi-los. A legitimação, nessa hipótese, será ordinária. Entretanto, se os interesses submetidos à chancela jurisdicional corresponderem aos dos grupos a que representam, a legitimidade será **representativa**. De igual sorte, quando os interesses dizem respeito a uma coletividade indeterminada, serão legitimados para reclamá-los em juízo aquelas entidades, como o Ministério Público, cujos fins institucionais derivam da incumbência de sua proteção. É a legitimidade **institucional**. Em todo caso, resta patenteada a singularidade da legitimidade de agir nesses casos.

É bom ressaltar que tais interesses, difusos e coletivos, de há muito adquiriram espaço no meio social, mas só posteriormente acentuou-se a necessidade de

3. v. ROCHA, José de Albuquerque, *opus citatum*, p.193.

ampará-los. Carecem ainda, no entanto, de uma melhor operacionalização, no âmbito processual, porquanto o sistema em vigor ainda se encontra preso a concepções individualistas, de cunho liberal. Vislumbrava-se, à época de sua construção, cujos princípios remontam ao século passado, os conflitos segundo uma polarização entre o indivíduo e o Estado ou dos indivíduos entre si. O interesse de agir se achava intimamente ligado ao direito subjetivo, e esse liame constituía um sério empecilho para o reconhecimento e mesmo a proteção dos interesses difusos e coletivos.

Lembra HUGO NIGRO MAZZILLI que

para preencher um espaço entre o interesse estritamente individual e o interesse da coletividade como um todo, especialmente a partir de 1974, com os trabalhos de Mauro Cappelletti, começou-se a enfatizar a existência de uma categoria intermediária, na qual se compreendiam interesses coletivos, ou seja, aqueles referentes a toda uma categoria de pessoas (como os condôminos de um edifício de apartamentos, os sócios de uma empresa, os membros de uma equipe esportiva, os empregados do mesmo patrão). Tratava-se de interesses metaindividuais, por atingirem grupos de pessoas que têm algo em comum⁴.

3. INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

A lei, de per si, cuidou de apresentar uma definição para os interesses difusos e coletivos. Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor disciplina:

“Art.81. omissis.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

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

4. v. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Interesses coletivos e difusos*, Revista dos Tribunais, volume 668, junho de 1991, p.48.

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”⁵.

Analisemos, por oportuno, as implicações do conceito legal. **Transindividual** quer dizer que tais interesses transcendem, estão além do individual. Mas ao contrário do que a princípio possa ser suposto, do caráter ultraindividual não decorre qualquer relação exata com o quantitativo numérico dos sujeitos envolvidos. O critério quantitativo não será jamais suficiente para a determinação da natureza dos interesses ou direitos difusos e coletivos, pois a lesão a interesses coletivos não necessariamente acarretam prejuízo a interesses individuais. Exemplificando: o desmatamento indiscriminado de uma determinada área protegida pela legislação ambiental pode não trazer necessariamente prejuízo aos indivíduos, isoladamente considerados, que vivem na região, ainda que prescindam eles daquela área para retirar seu sustento. Entretanto, tem-se desde já caracterizado um dano que afeta a toda a coletividade, tendo em vista o direito da sociedade a um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado.

Para a caracterização do interesse como transindividual, devem as circunstâncias da hipótese fática *sub examine* suportar a abstração ou mesmo a total desconsideração subjetiva de seus titulares enquanto núcleo irradiador de direitos e obrigações. A transindividualidade implica a absoluta irrelevância da determinação subjetiva para a configuração dos interesses difusos ou coletivos. O titular do interesse não é mais o indivíduo como tal considerado, mas o grupo a que pertence ou mesmo a sociedade de um modo geral. Recentemente a imprensa noticiou com um certo alarde – que, de resto, é justificado – o caso dos comprimidos anticoncepcionais que foram lançados ao mercado, de alguma maneira, com defeito de fabricação. Vieram a tona vários casos de mulheres prejudicadas com a falha que as cartelas apresentavam – um comprimido a menos no estojo – daí sucedendo a gravidez, indesejada por todas elas. O certo é que, surgissem ou não casos individuais de prejuízos decorrentes do defeito de fabricação do medicamento, o direito do consumidor a um produto em perfeitas condições de uso já se encontrava violado.

Ademais, a natureza indivisível dos interesses coletivos e difusos evidencia-se pela sua integridade e unidade essencial, de tal sorte que se apresentem como

5. A expressão “para efeitos deste Código”, em verdade, não restringe a noção de interesses difusos e coletivos ao âmbito do direito do consumidor. A Lei n.º 7.347/85, que cuida da ação civil pública, embora não faça menção expressa aos interesses sobreditos, alberga o conceito legal transcrito.

interesse comum a um grupo maior ou menor de pessoas. Significa dizer, em outros termos, que o interesse se mostra de igual latitude a todos os membros da coletividade implicada, não importando que seja uma associação de bairro ou toda a população de um país. O desmatamento a que nos referimos anteriormente, a propósito, constitui uma lesão que atinge em idêntica intensidade, para efeito de tutela do interesse contrariado, tanto o fazendeiro que tem suas ocupações nas redondezas como o cidadão residente num centro urbano não tão próximo.

Como se constata, até aqui os interesses difusos e coletivos apresentam características em comum. Mas na questão da titularidade, promove-se a necessária diferenciação.

Para os **interesses difusos** comporão o grupo **pessoas indeterminadas**. O que temos aqui é a completa desnecessidade de específica determinação dos sujeitos que integrem a coletividade. Nada impede, no entanto, que os sujeitos não sejam determináveis, ao menos por estimativa. Eventualmente, este ou aquele integrante do grupo será positivamente identificado por sofrer diretamente lesão a interesse individual seu. Mas este dado haverá de ser desconsiderado e não elidirá a natureza difusa do interesse. A deterioração de um patrimônio cultural, por exemplo, uma igreja barroca tombada, pode até causar prejuízos ao comerciante que explora uma atividade comercial em função daquele prédio mas, em última análise, a lesão atinge toda a comunidade em sua integridade histórico-cultural. A identidade de grupo destas pessoas indeterminadas, como a conceituação legal vem a explicitar, deriva apenas de uma mera circunstância de fato.

Por outro lado, no que pertine aos **interesses coletivos**, encontramos a identificação clara de uma **categoria ou classe de pessoas**. Deve-se alcançar uma segura identidade de grupo. Aqui, há uma relevância na determinação da titularidade coletiva, que nesse caso será o grupo, muito embora a identificação individual permaneça irrelevante. Se um sindicato de trabalhadores pleiteia junto ao empregador a observância de um direito daquele grupo, torna-se relevante determinar os beneficiados pelo acatamento da reivindicação. A identidade do grupo, nesse caso, será assegurada por estarem seus membros ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Em suma, os conflitos sociais adquiriram ao longo do tempo um **dimensão ultraindividual**. Assim sendo, a noção de **justiça** predominante tem a ver com o **bem comum**. Por outro lado, todo o sistema processual herdou as concepções individualistas do século passado, e somente soluções dessa natureza foram recepcionadas pelo legislador. No entanto, a sociedade contemporânea privilegia um

outro nível de conflitos, que extravasam o conteúdo individual, remetendo-nos aos interesses difusos e coletivos. E o **direito à tutela jurisdicional** haverá de compreender e ser enriquecida por essa nova dimensão ao mesmo tempo em que o modelo processual deverá sujeitar-se a constantes adaptações.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

1. AMORIM, Antônio Carlos. *Justiça: autonomia e moral*. ADV Advocacia dinâmica: informativo – vol.13, n.50, p.635, dez.1993.
2. ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 9ª edição, 1992.
3. BASTOS, Celso Ribeiro. *A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro*. Revista da PGE/SP, nº41, 1994.
4. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Editora Campus, 7ª edição, 1992.
5. BOJART, Luiz Eduardo G. *Exegese sobre o conceito legal de interesses difusos e coletivos*. Jornal do X Congresso Brasileiro de Direito Coletivo do Trabalho. São Paulo: LTr, 1995.
6. BONZANINI, Marciane. *As ações coletivas e a democratização do acesso à justiça*. Jornal da AJURIS – Associação dos Juizes do RS, n.º46.
7. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Poder Judiciário: autonomia e justiça*. Revista dos Tribunais – vol.82, n.691, p.34-44, mai.1993.
8. CUNHA, Fernando Whitaker da. *Democracia e cultura: a teoria do Estado e os pressupostos da ação política*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
9. FILHO, Nagib Slaibi. *Magistratura e democracia*. ADV Advocacia dinâmica: seleções jurídicas - p.16-21, jun.1996.
10. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A crise do Poder Judiciário*. Revista da PGE/SP – p.11-25, São Paulo, dez.1990.
11. GUIMARÃES, José Lázaro Alfredo. *A reforma do Poder Judiciário*. Revista da Faculdade de Direito – n.33, p.41-49, Fortaleza, 1992/1993.
12. MACIEL GONÇALVES, Gláucio Ferreira. *Direito à tutela jurisdicional*. Revista de informação legislativa, volume 33, n.º129, 1996.
13. MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à adequada tutela jurisdicional*. Revista dos Tribunais, volume 663, janeiro de 1991.

14. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Interesses coletivos e difusos*. Revista dos Tribunais, volume 668, junho de 1991.
15. REALE, Miguel. *O Judiciário a serviço da sociedade*. *Ajuris: Revista de Direito Administrativo* – vol.21, n.62, p.190-198, nov.1994.
16. ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.
17. _____. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 3ª edição, 1995.
18. RODRIGUES, Horácio Wanderley. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo, 1ª edição, 1994.

O DIREITO ELEITORAL E A SOBERANIA POPULAR

FÁVILA RIBEIRO

Professor Titular da Faculdade de Direito e do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará-UFC.

1. A escorreita integração do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará aos valores e procedimentos consagrados pela Justiça Eleitoral. Não seria possível avaliar, com precisa nitidez, o significado que intimamente nos acompanha, embora estejamos ainda nos primeiros momentos em que se efetiva o descontraído e auspicioso reencontro neste inesquecível Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, ciente de que corresponderá à influência marcante e decisiva, profunda e duradora, estimulante e agradável, proveniente de delicados gestos pessoais de acolhimento que refletem a habitual fidalguia que se destaca na personalidade do seu digno e eminente Presidente **Des. RAIMUNDO HÉLIO DE PAIVA CASTRO** e seus conspícuos Pares, incluindo, indispensavelmente, o douto Procurador Regional Eleitoral, Dr. Francisco de Araújo Macedo Filho.

Estamos procurando extrair ilações entre o tempo e o ambiente, imaginando um recuo ocasional ao passado, experimentando o repassar das mesmas impressões colhidas em anteriores fases, desejando senti-las novamente, nesse exato momento, como se por influência de algum fenômeno desconhecido pudesse revivê-las, o que de certo modo não consideramos impossível porque os quadros anteriores continuam retidos em nossa memória, adicionados aos fermentos da vida, misturados às experiências de trabalho e às gratas convivências, tudo detalhadamente recolhido em seletivas e ternas lembranças.

Há amenos eflúvios nessa atmosfera cativante, pelo prodigioso apoio da memória, em manter consolidados e aviventados os cenários, os fatos e as pessoas, contando com a força renovadora dos sentimentos e da razão para conservar-nos resolutos e coerentes nas responsabilidades, como algumas das que, em tempos idos

nos ditaram as regras do dever que estimulavam nossas posturas funcionais e os desvelos aplicados nos inter-relacionamentos institucionais, cômicos das recíprocas autonomias, mas sempre integrados pelas indissociáveis afinidades, obtendo com esse estilo cooperativo maior rentabilidade nos compromissos que nos ligavam à austera e eficiente instituição da Justiça Eleitoral, cujas finalidades foram extraídas dos mais purificados e resolutos anseios de assegurar ao povo o funcionamento autêntico do regime democrático, feito em seu nome e pela sua direta participação, fazendo prevalecer as escolhas emanadas dos eleitores, usando toda imaginação e empenho para não deixar conspurcar a sua vontade, velando pela inalterabilidade dos sufrágios, mantidos com as suas precisas destinações e proclamando depois de apurados os sufrágios, a legitimidade dos resultados.

Para extirpar vícios crônicos da fraude, da corrupção e da violência, impedindo fossem obtidos dados desvirtuados que não correspondessem à manifestação dos sufrágios emitidos pelos eleitores, devendo os votos ser publicamente apurados pelos magistrados e membros das Juntas Apuradoras e seus resultados logo transcritos em mapas de apuração, que com elas permanecem até o definitivo encerramento da contagem geral, sendo declarados vitoriosos os candidatos colocados na ordem decrescente da votação, nos limites das vagas disponíveis, embora na próxima eleição já esteja vigorando a apuração eletrônica.

2. O aprimoramento do processo eleitoral brasileiro com o advento da Justiça Eleitoral. Certo que o processo eleitoral foi-se aprimorando por diminutas fases, sendo necessário descontar os períodos em que ficamos privados de eleições no Brasil, depois da República Velha, as quais somente foram iniciadas em 1933-1934, com efêmera eficácia, suprimidas depois ao despontar de investidas ditatoriais com o Golpe de Estado de 10 de novembro de 1937 e assim permanecendo em regime de tutela política até 1945, quando foi compulsoriamente encerrado o ciclo ditatorial.

Já estando o país liberado das compulsões autoritárias e investido no Governo, por solução profilática, o Presidente **José Linhares**, ter-se-ia ensejo de realizar em 2 de dezembro de 1945 a eleição mais escurrita já efetuada em terras brasileiras, presidindo-a, do Tribunal Superior Eleitoral, o preclaro e saudoso Ministro **Waldemar Cromwell do Rego Falcão**, desvelando-se, com pleno sucesso, para que tudo transcorresse em clima de liberdade, ordem e lisura, sendo exponencial marco assinalado pela Justiça Eleitoral no Brasil.

Depois, haveria uma retomada, não propriamente dos métodos turbulentos da Velha República, mas do reaparecimento dos vícios que nesta campearam, com

simulações, fraudes, subtrações de urnas e de documentos eleitorais, adulterações dos resultados contidos nos mapas de apuração, trocas de sufrágios nas urnas, transplantes nos resultados dos votos de candidatos, premeditado retardamento da abertura de urnas em determinadas localidades e repescagem, à última hora, de candidatos que ainda permaneciam pendentes de definição no confronto final, tentando redirecionar os sufrágios de candidatos que já se encontravam completamente fora de disputa, nada perdendo por se manterem silentes com ilícitas mudanças nas destinações dos votos, feitas em benefício de outros mais ousados e menos infensos a princípios éticos.

3. As atividades eleitorais no Ceará e a confiança em seus magistrados com atuação na Justiça Eleitoral. Conquanto ausente por períodos intermitentes, pelas maiores responsabilidades públicas assumidas, não deixamos em momento algum se apagassem as recordações que conservamos com afínco, sempre estimulando mantê-las intactas e sempre cultivando-as para se conservarem vigorosas, por imperativo mesmo da consciência e para atender aos reclamos dos sentimentos pela terra e pela gente, no entendimento de que somente assim estaria garantida a persistência de preciosas solidariedades, que permitissem continuarmos diluídos no conjunto, nos fluxos da opinião pública a que nos identificamos, querendo participar também de suas críticas e sentir as suas influências, compartilhando, na medida do possível, de reuniões em espaços abertos com diálogos livres, envolvendo-nos nas atividades do povo, por sermos um de seus ativos integrantes, mas sempre afastado de comprometimentos facciosos. E, mesmo mantendo-nos distante das lides partidárias, como garantia de inabalável isenção, mesmo porque não nos atraem as competições políticas, embora cumprindo infalivelmente as obrigações políticas com nossos conterrâneos, por nos sentirmos mais bem habilitado no direcionamento dos sufrágios, pelo conhecimento que temos mais facilmente com as pessoas em geral, ficando mais simples e seguro selecionar os destinatários que, ao nosso prisma, melhor se credenciem a receber o voto que nos cabe.

De modo algum, devemos abdicar de cumprir o rito aplicado ao exercício do sufrágio, procurando manter discreta posição, sem emitir opiniões políticas, deixando cada um agir com plena liberdade, cabendo-nos corresponder ao estilo que deve ser seguido, eximindo-nos de qualquer sinal indicativo de uma preferência, ou de mera curiosidade sobre as tendências alheias, preferindo colocar-nos em sintonia com o princípio do sigilo do sufrágio, como direito exclusivo de cada um que deve ser respeitado.

Mas sem embargo da atitude que nos parece consentânea à situação exposta, acreditamos razoável não guardar tudo sob estrita reserva, admitindo também que, após razoável ponderação, não haveria inconveniente em que francamente liberássemos as nossas convicções, após segura ponderação, porque servem elas de sustentação às reflexões pessoais que normalmente realizamos, tanto mais que não foram elas criadas para serem abafadas em segredo ou mantidas escondidas, salvo se existissem significativos motivos que as desaconselhassem; do contrário, haveria proceder leviano.

Devemos procurar conservar-nos identificados e coerentes por afinidades fundamentais, com idéias e pessoas merecedoras de nossa amizade, o que leva a demonstrar que as sinceras convicções devem ser conhecidas e não escaparem de discutir as apreciações feitas aos seus fundamentos, mesmo porque cada um manterá o seu quinhão de verdade, na divergência que possa suscitar, sendo uma ocasião a mais, em que a liberdade de opinião promoverá encontro amistoso com a tolerância, mantendo-se sem alterações os diálogos livres em espaços abertos ou fechados, cômicos de que em território brasileiro **“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”**, como vem consagrado no art. 5º, da Constituição Federal.

4. O povo como fonte de legitimidade na organização política brasileira: a ele a soberania popular. É pertinente ainda demonstrar a vitalidade das linhas mestras do regime jurídico com o reforço extraído de lei que pode servir de escudo incontestável, firmado no preceito constitucional de que **“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”**, nos termos de seu art. 5º, inciso II.

Encontramos o alvissareiro Parágrafo único do artigo 1º, indicando que **“todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”**

Esse é o ponto fundamental da concepção do regime democrático, sendo lamentável que sempre fique exposto como prosaico elemento de fachada e de sugestão incoerente. Enquanto isso os verdadeiros princípios democráticos, de um modo geral, que foram consagrados pelo povo para com eles promoverem o bem de todos, infelizmente, não são confirmados na prática, substituídos os objetivos públicos e as anteriores características individuais, por personificações cultuadas publicitariamente, encarnando o poder dominante, com sofisticada capacidade de

manipulação das alavancas que acionam os investimentos do erário, sempre havendo uma margem para atendimento a situações tratadas com afeiçoadas prioridades.

A regra do transcrito parágrafo único do art. 1º guarda íntima correlação com o art. 14, ambos da Constituição Federal, reafirmando o poder do povo, reconhecendo-o titular da **soberania popular**, sempre a ser exercida por “**sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e nos termos da lei , mediante:**

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular”.

Visto está que a atividade de participação popular, exercida mediante o sufrágio universal, de uso mais freqüente é a eleitoral, para composição renovável dos órgãos representativos. As três outras - plebiscito, referendo e iniciativa - envolvem deliberações populares diretas, utilizáveis no Brasil apenas em situações especiais, no que ficam bastante restritos os horizontes participativos populares, impedindo que esses procedimentos que dariam maior expressão democrática, lamentavelmente, fiquem em permanente hibernação, diferente do que ocorre em outras nações que mobilizam os seus equipamentos de participação popular. Permanecem contidas essas inovadoras formas de participação popular, mantidas na inércia, resultando sem efetiva eficácia o sentido da soberania atribuída ao povo, quando a sua influência resume-se em atribuir mandatos eletivos a candidatos registrados, e nada mais, para qualificar-se como regime do povo e não encontrar de verdade a consagrada soberania popular.

5. A natureza mista do regime político compreendendo as vertentes representativa e a participação popular direta. Verifica-se, portanto, que, embora tenha o citado parágrafo apontado para o poder em sua expressão total, com a inclusão de todo o povo, logo fica perceptível não caber aplicar ao preceito a livre potencialidade e a sua dilatada amplitude, uma vez que o seu exercício adquire sentido restrito à eletividade de representantes, e em hipótese, sobremodo rara, de audiência direta do povo sobre matérias específicas, sempre ficando a depender, nesse caso, da interposição representativa, não para conhecer e decidir sobre alguma proposta popular, coisa feita apenas para enfeitar e não para ser cumprida, colocada como monopólio exclusivo do Congresso Nacional, para “**autorizar referendo e convocar plebiscito**”, segundo consta do inciso XV, art. 49, da Constituição Federal, competência

essa que é mantida quase inerte, para não estimularem o seu exercício pelo próprio povo, porque o temam ou por sustentarem injustificável ciúme.

A única alternativa a ser contemplada estaria no art. 14 da Constituição Federal, nos incisos I, II e, de um modo mais abrangente, no III, substituindo o eufemismo ou o caráter fátuo do preceito concernente à **iniciativa popular**, sem o enclausuramento feito à participação popular direta pelos que são reconhecidos como representantes do povo, correlação não aceita em termos práticos.

À vista do que foi antes afirmado, poderíamos dizer que entre nós no Brasil há uma aproximação direta do eleitor com a atividade eleitoral, não admitindo, absolutamente, interpostas pessoas chamadas “delegados eleitores”, sendo matéria da exclusiva competência do próprio eleitor, motivo determinante a que se possa reconhecer igual o voto, direto e secreto, tendo cada eleitor de comparecer, no dia do pleito, de emitir a sua manifestação em sua correspondente seção eleitoral, escolhendo os seus candidatos, ele mesmo, não se adotando, de maneira alguma, a forma praticada nos Estados Unidos.

A atual Constituição do Brasil, - e como mais felizes seríamos todos se fosse ela preservada pelos que mais dela receberam e com ela estiveram mais comprometidos em sua caminhada para alcançar o sucesso - no entanto, são esses mesmos que estão continuamente mais preocupados com a própria permanência no poder, sempre levando à frente as suas insaciáveis ambições políticas, consumindo-se por incurável **pleonexia**, motivo a que jamais encontrarão quem quer que seja, a ninguém considerando apto para substituí-los e, por assim entenderem, passam a engendrar planos que permitam encerrar os seus renovados períodos no atual sistema presidencialista, para cuidar da implantação do sistema parlamentarista, objetivando condição de permanência no poder, para que o Brasil não experimente mudanças pessoais de seus governantes, parecendo mais fácil a quem se encontra em absoluto domínio, promover a troca do sistema de governo, principalmente com uma fórmula que não necessite alterar o titular do poder, não contando seja interposta qualquer dificuldade às mudanças constitucionais a serem empreendidas, tal como se ausentou qualquer resistência ou desabafo, em 15 de novembro de 1889, na Proclamação da República, como dizia com sarcástica propriedade **Aristides Lobo: “o povo assistiu àquilo, bestializado, atônito, surpreso, sem conhecer o que significava”** (V. José Maria dos Santos - A Política Geral do Brasil, São Paulo, J. Magalhães, 1930, p. 203).

6. A importância das relações dialéticas entre governantes e governados. Parece haver perda da noção de tempo, visto de modo diferente entre os que governam e os que são governados, como se para alguns o tempo ficasse estacionado, embora continuasse a ser computado para os governados por uma mesma pessoa, talvez imaginando que o tempo da vida humana se prolongue mais para a categoria dos governantes do que para a dos governados, pelos confortos, regalias, privilégios, vantagens e vaidades sempre constantes em favor daqueles.

Se agravos e retrocessos são cometidos aos princípios básicos constitucionais, referentes às atividades eleitorais, é preciso contê-los com energia, para que os procedimentos ilegítimos ou incompatíveis não escapem da corretiva extirpação, não podendo permanecer qualquer tipo de disposição que se não coadune com as linhas fundamentais do sistema jurídico e das suas finalidades, pois, antes de tudo, estaria a ser realizada fraudulenta travessia, apoiada em esquemas ilícitos, ostensivos ou dissimulados.

Quase sempre se inserem nas eleições algumas dissimuladas inovações prejudiciais, de pequeno porte, porém com dilatada eficácia, havendo também sérias suspeitas de lesões preparadas para posterior utilização, sendo percebidos efeitos externos, antes, durante e depois do pleito, versando sobre abusos de poder, principalmente de natureza econômica, mas que não constituem a única categoria ilícita perceptível, muita coisa proveniente dos aparelhos governamentais e de suas adjacências, como nos tempos dos mandonismos da velha oligarquia com trajes republicanos.

7. Perceptíveis atitudes mais enérgicas dos juízes eleitorais para conter a elevada escalada do abuso de poder, das fraudes e das corrupções eleitorais. As coisas mudaram com a instalação da Justiça Eleitoral, apresentando-se com o mesmo espírito imparcial, estabelecido para os órgãos judiciários em sua totalidade, sendo-lhes acrescentada ainda a cautela de periódicos revezamentos de seus magistrados e muitos aprimoramentos se foram acrescentando no sistema de controle eleitoral, tendo-se como sério exemplo a instauração do procedimento contemplado no art. 22, da Lei Complementar n° 64, de 18 de maio de 1990, para enfrentar com presteza os casos de prática de ilícitos eleitorais, cometendo-se a sua apuração ao Corregedor-Geral, ao Regional ou ao Juiz Eleitoral, conforme a área jurisdicional competente.

Com essa forma de proceder mostram-se os magistrados eleitorais identificados com a dinâmica moderna que estão adotando, com suas mais versáteis

operações aplicadas pelos órgãos da Justiça Eleitoral, cabendo ressaltar que os fatos eleitorais transcorrem celeremente, mas não seria por isso que o sistema estaria a concorrer para que escapassem os infratores das suas malhas, razão que recomenda seja feita, sempre que possível, a lavratura do flagrante ou levantamento de provas, com o que se passaria a dispor de idôneos elementos para ampla apuração dos fatos, sem descuidar o método do devido processo legal.

Não se pode faltar com o reconhecimento de que os magistrados eleitorais, nos últimos tempos, mostram-se mais identificados à vocação moderna que se vai propagando, cautelosa, dinâmica, expressivamente firme e enérgica, indo ao encontro das mazelas eleitorais, para combatê-las com denodo, e a percepção disso se vai firmando, crescendo e demonstrando mais segurança em seus desempenhos, revelando aos infratores que não podem mais continuar impunes.

8. O povo demonstra apreço à atual Constituição brasileira, enquanto desaprova as inovações implantadas por interesses personalistas. A maior parte do povo brasileiro demonstra apreço à sua Constituição, reconhecendo os seus méritos, outros, entretanto, com arroubos principescos, procuram alterá-la por qualquer eventual conveniência, fazendo-a perder, com mudanças injustificáveis em seu texto, a rigidez inerente ao seu modelo original, que lhe confere relativa imodificabilidade substancial e formal, sempre subsistindo um conjunto de princípios inalteráveis, quando, mais uma vez e subitamente, é a vontade do governante republicano que se arroga para descartar toda hierarquia interna do arcabouço constitucional, tudo sendo colocado em promiscuidade, por seus desígnios, confundindo-se as normas rígidas com as flexíveis, como se não houvesse diferença e conseqüências de elevada envergadura na Teoria das Constituições, dando-lhes trato banal, expondo-as a serem atingidas em qualquer aspecto, a ponto de irem ao extremo e causar abalos à estabilidade das cláusulas pétreas, somente para ostentar a soma de poder autoritário ao sabor de sua vontade ou de erupções vaidosas, com afagos ou atemorizações.

Esses fatores não devem flutuar vagamente no éter, sendo resultantes psicológicos de receptivas tendências inatas ou sociais, o que torna difícil escapar das inclinações que aprofundam as marcantes características da personalidade e somente a expensas de levantamentos regressivos poderiam ser colhidas as idôneas explicações.

O atual enfoque leva-nos a acompanhar o resultado de estudos feitos por **R. V. Simpson**, partindo da idéia de ser possível ao homem, de um modo geral, planejar o seu desenvolvimento pessoal, firmando relações dirigidas ao amor ou ao poder, sendo impossível desenvolver ambos os sentidos ao mesmo tempo, por serem

antinômicos, passando a analisar “até o ponto em que desenvolvemos nossa capacidade para o **poder**, enfraquecemos a nossa capacidade para o **amor**; reciprocamente, até o ponto em que crescemos em nossa habilidade para **amar**, desqualificamo-nos para conseguir sucesso na competição pelo **poder**. Na medida em que as forças do **amor** no homem triunfam sobre as do **poder**, predomina a igualdade entre os homens. E, reciprocamente, à medida que as forças do **poder** predominam sobre as do **amor**, a dominação e a sujeição caracterizam as relações humanas. A primeira é boa e conduz ao bem-estar humano; a última é má e leva ao sofrimento e à discórdia. O embate entre essas duas forças é sempre o mesmo. Ninguém pode escapar-lhe, por mais que assim o deseje.”(**Psicanálise do Poder**, trad. de Octávio Alves Velho, Rio de Janeiro, Bloch Editores S. A, 1ª ed. 1967, p. 8).

O autor, ao final de seu estudo, teve conclusão peremptória ao dizer que “a única coisa que emergiu insofismavelmente, dos estudos de casos individuais, levados a cabo neste livro, foi a impossibilidade de qualquer relação humana deixar de ser deturpada à medida que o poder entra nela. Ainda que os parceiros na relação possam estar completamente alheios ao efeito de sua dominação ou sujeição um sobre o outro, o efeito moral, sem embargo, é inescapável. Uma relação é sempre viciada em proporção ao grau de **poder** presente nela. Dominação é inseparável de orgulho ou arrogância, enquanto respeito ou condescendência indicam fraqueza, senão servidão, e são acompanhados de ressentimento consciente ou inconsciente”(ob. cit., p. 222).

A simpatia do povo brasileiro pela atual Constituição do Brasil, só não é bem maior pelos propósitos dos que insistem em atropelar os seus ditames, sendo expressivamente alto o número de pessoas que gostariam fosse ela realmente cumprida, mormente pelas autoridades, que mais estão no dever de fazê-lo, porém, são elas, exatamente, que mais procuram alterar os seus princípios, querendo provocar abalos em suas características mais dotadas de lastros inovadores.

9. Influência do Estado Democrático de Direito sobre as atividades eleitorais. O elevado propósito criativo presente no ordenamento supremo ficou bastante evidenciado, logo em sua primeira disposição, a demonstrar a precedência que lhe ficou atribuída no contexto do sistema constitucional brasileiro, não apenas em caráter formal, mas principalmente pela grandeza substancial de seu conteúdo, conferindo posição institucional dominante à concepção do **Estado Democrático de Direito**, atribuindo ao seu substrato o caráter de unidade fundamental irreduzível e apta a difundir-se por completo, em todas as artérias e princípios do vigente ordenamento constitucional, assim permanecendo, de modo igual, identificando-se por suas peculiares

matrizes, irradiando os valores essenciais disseminados com os seus fundamentos assim ordenados:

- I - a **soberania**;
- II - a **cidadania**;
- III - a **dignidade do ser humana**;
- IV - os **valores sociais do trabalho**;
- V - o **pluralismo político**.

Todos esses valores, destinados à construção da sociedade livre, justa e solidária, voltam-se essencialmente para o homem e permanecem articulados ao processo de extirpação dos perversos efeitos dialéticos ocasionados, de um lado, pela concentração avassaladora da riqueza, e do outro, pela progressiva e insuportável elevação da miséria e da distância social, cada vez mais ampliadas, obstando o acesso aos bens essenciais da vida a vastos segmentos populacionais, com a oportuna e igualitária participação no sistema educativo, sem caráter restritivo ou discriminatório; com a prevenção à saúde e a assistência idônea e oportuna aos enfermos; com a oportunidade de emprego; área habitacional saneada; e consentânea proteção aos diferentes aspectos reclamados na demanda pela Justiça Social.

Contempla-se, por primeiro, a **soberania** que tem o povo como o seu exclusivo titular, cujo exercício se efetiva mediante o sufrágio universal, igual, direto e secreto.

A **cidadania** é também um atributo reconhecido ao homem, qualificando-o à participação política, pela atribuição de seu sufrágio em eleição destinada à periódica renovação da representação política, pelos que receberem os volumes mais elevados de votos, em correspondência ao número de mandatos eletivos disputados. Pertence-lhe, por igual, em sua totalidade, consignar os seus votos nas deliberações populares diretas, em plebiscitos e referendos, convocados ou autorizados pelo Congresso Nacional, os quais, após serem firmadas e devidamente promulgadas as deliberações, ganham plena validade, não mais comportando qualquer tipo de ratificação, pois antes ficara exaurida a fase em que foram editadas as duas formas diretas de participação popular no mais elevado nível admitido no Brasil.

Tem a cidadania grande elasticidade política, sendo bem ágil a sua atuação, podendo assumir, de modo frontal, a defesa do interesse público ou representar as autoridades para adoção de providências, em prol do interesse coletivo, com mais destaque nos assuntos de natureza política.

A **dignidade do ser humano** está no respeito que esperam as pessoas merecerem umas das outras, em razão de sua correção de vida, da aprumada e persistente linha de conduta mantida no recesso da família, em suas atividades profissionais, nas relações sociais, demonstrando, acima de tudo, coerência ética nos diferentes papéis sociais cumpridos, razão do tratamento dignificante ou respeitoso, vale dizer, pelo que é merecedor de digno acolhimento social.

Com os **valores sociais do trabalho** afirma-se a inversão moderna no tratamento dispensado ao trabalho, visto antes como elemento deprimente, em razão dos efeitos psicológicos e sociais do trabalho compulsório e impiedoso pelas seqüelas da escravidão. Isso acarretava uma colossal distância entre o trabalho de caráter físico ou manual e o trabalho intelectual. Mudaram-se as perspectivas e o trabalho humano passou a ser reconhecido pela sua importância para o progresso de um modo geral, fazendo-o mediante o esforço físico ou de feição intelectual.

A concepção alterou-se, passando-se moralmente a repudiar a ociosidade, enquanto o trabalho passava a ser exaltado. Hoje, pelo trabalho, demonstra-se o cumprimento de essencial obrigação de todos, revelando o seu compatível ajustamento social, colocado como valor social de relevante importância. Trabalhar é construir; é exemplo de vida útil e realizadora.

10. O direito ao trabalho e a compatível realização das aspirações vocacionais. Ao ser exposto o elenco de atrativos vocacionais, em momento decisivo de opção, muitos são os que procuram lograr além do que já lograram, realizando as suas aspirações, ingressando na área de estudos capaz de viabilizar o acesso à carreira correspondente aos objetivos profissionais acalentados e se mostrarem identificados com os problemas que mais avultam na preocupação nacional nos dias que transcorrem, demonstrando, pelo continuado empenho, a preocupação brasileira para a ampliação crescente de oferta de empregos, como eloqüente expressão de seu crescimento e modernização.

É de suma importância manter-nos conscientes das responsabilidades fundamentais de nosso tempo, sentindo o dever de municiar-nos de informações idôneas e atualizadas, acompanhando com estratégica sensibilidade a evolução dos acontecimentos internos e externos, não esquecendo os cuidados essenciais dos povos prudentes, que antecipam as suas vigílias, para não ser dilacerados pela insensatez ou imprevidência.

Verificar-se-á que o repertório da capacitação do homem brasileiro, está distribuído nas mais variadas especialidades, figurando como elemento preponderante

no processo de desenvolvimento nacional, hoje, fator decisivo à multiplicação de focos do pluralismo que se espalham em todo território nacional, disseminando os vários aspectos da cultura brasileira hodierna, aquecida pelas transformações sociais de elevada magnitude.

Firmada essa tônica, identificada pelos objetivos profissionais, muitos sentiram-se atraídos ao ingresso na carreira com que acreditavam possuir afinidade, tendo alguns cumprido os seus intentos, definindo a compatível trajetória de atrativos vocacionais que, de muito cedo, os acompanhavam, e se foram transformando em categorias cada vez mais afirmativas, expandindo-se nas íntimas ponderações e, assim, se foi consolidando um propósito irrefreável que, de maneira alguma, poderia ser abandonado, sob pena de faltar às firmes convicções de vida que passaram a ser continuamente acalentadas, e que se foram desenvolvendo, adquirindo cada vez mais persistência e firmeza.

E quando há aproximação com os aspectos experimentais, sempre valorizando a dignidade humana, apura-se a visão realista despertada pela eloquência visual das situações concretas, com as características que tocam a sensibilidade do atento espectador brasileiro, protagonista essencial dos destinos nacionais.

Surgem os primeiros contatos, quase sempre na própria iniciação profissional, realizada simultaneamente com os primeiros passos dados, percebendo-se, cada vez com mais clareza, a preocupação de direcionamento da formação intelectual, atraída, nas situações agora versadas, para as essências jurisdicionais, sendo levada a mais aproximar-se dos aparelhos judiciários, em seus aspectos mais substanciais, convencendo-se, então, sem alardes ou exteriorizações, que a maior afinidade que se implantou em nossa predileção inclinou-se, de modo muito intensivo, para os **domínios jurídicos eleitorais**, sendo nessa direção que mais se concentraram os propósitos que indicariam, o caráter especializado do paradeiro intelectual a ser perseguido, merecendo ressaltar a significativa influência auferida desde a fase de iniciação nas atividades eleitorais, em seus diferentes matizes funcionais, tornando-se elementos vitais em nossas perspectivas, incluindo-os nos estudos que continuamos a realizar de modo mais amplo, embora procurando escapar de pendores exclusivistas.

Compreender-se-á, adiante, que as atividades iniciadas nos aparelhos judiciários, dariam oportunidade ao almejado ensejo em que fosse encontrado o esboço vivo do objetivo norteador, não como o fascínio do tesouro encantado, vendo-o coincidir com os elementos que estavam na vanguarda das aspirações vocacionais, implicadas às atividades jurisdicionais, quando haveria o momento de opção por idônea metodologia inter-disciplinar, para implicação de múltiplas áreas integradas de estudos para mais

frutuoso conhecimento, sendo dada especial prevalência às atividades eleitorais, com as suas indissociáveis correlações culturais, jurídicas, políticas, sociológicas, econômicas e psicológicas.

Estamos convencidos da necessidade de realizar explorações nas camadas mais profundas das fundações judiciárias, nas quais possam ser analisados os elementos que indiquem as suas origens e examinar as suas peculiares características para que sejam mais bem conhecidas as substâncias que contribuíram ou contribuem atualmente para as suas funcionalidades.

Nessas alturas, verificamos que o próprio tempo com a sua sanha devastadora não foi capaz de arrebatar os primeiros ensinamentos recebidos na salutar convivência que, honrosamente, nos foi possível desfrutar em inesquecíveis e proveitosos relacionamentos, os quais muito serviram de orientação e, propriamente para tendências que começaram a nos despertar, estimulando-nos a insistir nessa atraente linha de estudo, mesmo porque o aprendizado era cultivado em ambiente de renovados questionamentos e debates orais, com a atuação de respeitáveis e cultos magistrados, advogados e candidatos, porfiando sobre os mais empolgantes temas em prol dos candidatos e partidos, sobressaindo o contexto dos julgamentos em que os magistrados se esmeravam na obtenção de soluções afiguradas mais justas, demonstrando os julgadores muita prudência e maior empenho em não se deixarem emaranhar nas movediças sutilezas políticas, mostrando-se cautelosos, quanto possível, nos exatos limites dos confrontos jurídicos suscitados.

Devemos manter inabaláveis as inclinações vocacionais, convictamente adotadas, constituindo profunda violentação ética qualquer influência exercida para subverter as convicções alheias, comparável à impune extorsão da tranqüilidade de alguém. E assim devem ser mantidas, pois se tratam de grandezas interiores que não podem ser mercantilizadas, ainda que intentem assediá-las até mesmo no domínio das idéias e dos sentimentos.

É necessário sejam as competências da Justiça Eleitoral colocadas em compatível altitude, porque são elas que asseguram o acatamento à vontade soberana do povo, sem deixá-las desvirtuar-se por torpes seduções econômicas, e todos os tipos de abusos, não se afastando dos fundamentais cuidados para que a legitimidade das investidas não sejam solertemente conspurcadas.

Somente assim, deve ser vista e entendida a decisiva e dignificante missão da Justiça Eleitoral, compreendendo-se a sua grandeza institucional pela influência de sua marcante contribuição sobre os importantes temas por ela enfrentados na organização política e jurídica, expandindo-se, detalhadamente, a todo o território

nacional, dinamizando os aspectos renovadores, com escolha bienal de seus magistrados, no limite máximo de dois biênios, dominando o critério que impede mais de duas renovações consecutivas a todas as autoridades que exerçam qualquer tipo de funções eleitoral; do contrário, não teria sentido o caráter temporário de suas investiduras, nelas não devendo permanecer, mediante absorções surdas, compondo ou oficiando em Tribunais Eleitorais, Superior ou Regionais por tempo superior a quatro anos, revelando a incompatibilidade do continuísmo ou da acumulação de duas funções, sendo uma de natureza eleitoral, demonstrando que a regra permissiva da recondução não poderia ter sentido indeterminado, como se nada estivesse a significar com o seu expresso enunciado no correspondente preceito constitucional, ficando este desfigurado pelo modo de sua incompatível utilização, como vem ocorrendo, caracterizando evidente desvio em causa própria, o que, razoavelmente, não pode assim permanecer.

É da maior importância seja entendido que a Justiça Eleitoral não é simples fiscal ou apuradora de votos lançados nas urnas pelos eleitores, apresentando-se como instituição do mais elevado porte, com sólido e expressivo arcabouço doutrinário que fornece fundamentos à organização eleitoral, a ser, metodologicamente, utilizado antes, durante e depois da participação popular, fazendo prevalecer a soberana e legítima vontade do povo.

11. A concepção pluralista no combate aos monopolismos políticos, culturais, sociais e econômicos. O aparecimento da **concepção pluralista** teve efeitos de libertação das amarras dos monopolismos e das perniciosas cartelizações de entidades compressoras e impeditivas da liberdade de comércio entre os povos, e essas ações compulsivas não eram apenas de caráter econômico, generalizando as suas influências aos planos político, social e cultural. O despontar do sistema pluralista, generalizando-se em todas as esferas, serviu de antídoto descongestionante dos insulamentos, rompendo as barreiras políticas e econômicas, para descontraír os hermetismos em certos recantos do mundo. Foi essa uma contribuição valiosa dos povos que mais sinceramente abominam os totalitarismos de todos os tipos, em continuar a circulação de seus produtos em regime de reciprocidade, ou, pelo menos, sem hostilizações, escapando de impiedosas sujeições imperialistas. Assim se foi restabelecendo a reabertura de circulação entre povos muito ao sadio espírito do pluralismo político, sendo sempre necessário manter-nos cautelosos e vigilantes.

Pelas expectativas desse quilate, seria possível detectar os conflitos subjacentes na sociedade, dos quais os de natureza política, - acreditamos - sejam, via de regra, os menos persistentes ou duradouros em suas confrontações, embora, em

certas circunstâncias, possam ser os mais elevados em suas convulsões emotivas, mas mesmo assim, não se conservam as rupturas por prolongado tempo, salvo exceções, não esquecendo que, em sua maioria, as reacomodações não dependem somente das conveniências políticas em perspectiva, em grande parte decorrem da expansão da penúria em contraste com o consumo perdulário pelas categorias mais abastadas e, ainda, com a acelerada elevação das taxas de desemprego atingindo os setores proletários, com a formação de organizações monopolistas que contribuem para o declínio, cada vez maior, da capacidade de participação dos bens essenciais nos atuais níveis civilizatórios, ao alcance de grupos de baixa renda. Em detrimento dos mais necessitados, afluem outros tipos concentradores, nem mesmo poupando os estabelecimentos educacionais, que passam a ser considerados apenas como negócios econômicos lucrativos, por sua elevada rentabilidade econômica e influência nos domínios culturais, convertendo-se em vantajosos investimentos econômicos de elevada envergadura pelas múltiplas e variadas fontes de rendimentos que não estancam, sem faltar a aquisição de vastas extensões de terra, alargando cada vez mais o efeito concentrador da capacidade fundiária, muitas vezes em áreas aproximadas, senão limítrofes, a empreendimentos públicos de notória magnitude, em vias de instalação.

Ao que se observa nos tempos atuais, parece que se esteja pretendendo renovar o processo evolutivo de revezamento das forças culturais, sociais, políticas e econômicas, ressaltando “**A. de Lapradelle** que o processo evolutivo de revezamento das forças culturais, sociais, políticas e econômicas, ressaltando que “o valor militar abranda o governo da nobreza; a riqueza mercantil instaura o governo dos ricos; o desenvolvimento da grande indústria assegura o governo das massas. **A coragem, a riqueza, o número**, tais são as três grandes forças que, pouco a pouco, progressivamente, realizaram a conquista do poder político: após a aristocracia, a plutocracia, depois a democracia. (Cours de Droit Constitutionnel, Paris, A Pedone Éditeur, 1912, p. 141).

Acrescenta que “a luta pelo eleitorado, a seguir, pela elegibilidade, torna-se o centro mesmo da luta pela supremacia política. É no **direito de sufrágio** que está a cidadela do poder. Falsas elites, invocando falsos títulos, o nascimento, a riqueza, pretenderam ocupá-la mas não a puderam defender: o número acaba neste momento expulsando-as” (ob. cit. p, 142).

Em verdade, trata-se de uma regressão que inutilmente vem sendo tentada para obstar os rumos que devem continuar os povos a caminhar, apoiados nos princípios da liberdade e da igualdade, com os quais foram moldadas e necessariamente mantidas as matrizes democráticas, pensando alguns ainda em regressão ao domínio pela riqueza

ou pela conquista armada, quando não pode prosperar qualquer abalo na sábia regra do reconhecimento da vitória pela expressão numérica dos sufrágios, consoante já foi afirmado ser mais simples e mais fácil contar as cabeças do que cortá-las, porque terá cada uma delas igual valor na aritmética eleitoral – **one man, one vote**.

Desse modo, o tempo evidenciará mais tarde que toda essa propagação ganglionar de abastados proprietários deve ser arrolada como um dos fatores responsáveis pelo agravamento das dificuldades no acesso à terra para os que não a possuem. Em sendo assim, quanto mais houver acumulação pelo domínio de poucos, em razão inversa, ficam reduzidas as possibilidades de acesso pela maioria, por serem os mais pobres sempre esmagados por pseudo aristocratas ou orgulhosos magnatas em qualquer processo competitivo de natureza econômica. Necessitam de terras os que não as possuem, e as querem para cultivá-las com a própria família, o que seria uma garantia assegurada de sobrevivência e a perspectiva de progressiva harmonia no campo. Mas, ao invés de ser essa a solução aplicada, lastimavelmente, não recebe o apoio dos que podem dar e levar ao apaziguamento, invertendo-se os rumos compatíveis aos parâmetros de Justiça Social, para não serem revigorados os anacronismos feudais, enquanto a sociedade democrática adquire mais firmeza e persistência em seus postulados fundamentais.

12. Gratas lembranças do início na vida pública e os efeitos da enriquecedora convivência sempre evocada. O momento se afigura oportuno a expor o início de nossa vida funcional em atividades que foram cumpridas nesse egrégio Tribunal Regional Eleitoral, não se limitando a uma única e contínua funcionalidade, devendo ainda esclarecer que os desempenhos tiveram início com o ingresso no quadro de funcionários administrativos, com investidura em caráter efetivo no cargo de Taquígrafo, classe “M”, por título de nomeação, com data de 11 de abril de 1951, e investido oito dias depois, por ato do saudoso Desembargador **Olívio Dornelas Câmara**, cujo nome, após o seu falecimento, muito merecidamente, foi adotado em prédio depois adquirido, onde ainda funciona a sede do referido Tribunal. Foi ele, sem dúvida, um homem extraordinário que repassava sabedoria a todos os que privaram de sua estimulante amizade, desfrutando a admiração e estima de elevada legião de dedicados amigos de todas as esferas sociais, os quais, com freqüência o rememoram, com saudade, pelas suas claras, tranqüilas e francas ponderações, sempre de cativante valia e agrado.

Por termos sido nomeado Procurador Judicial do Estado, em 17 de dezembro de 1956, com a aposentadoria do culto e operoso ex-Governador **Raul Barbosa**,

desligamo-nos depois do cargo que ocupávamos, assumindo, em caráter efetivo, o de Procurador Judicial do Estado, em 17 de dezembro de 1956, conforme ato do Vice-Governador do Estado, em exercício, o inesquecível amigo e Mestre, **Flávio Portela Marcílio**, querendo deixar ressaltado, neste ensejo, os períodos de prolongados desempenhos funcionais no Tribunal Regional Eleitoral do Ceará. Tanto é certo, que fomos pouco depois indicado em lista tríplice, pelo Tribunal de Justiça do Ceará e nomeado pelo Presidente da República **Juscelino Kubitscheck**, em 3 de março de 1960, passando a integrar a composição plenária, como Juiz, na categoria de Jurista, deste mesmo Tribunal Regional Eleitoral, a partir de 11 do mesmo mês, com mandato bienal.

Essa situação foi alterada ao ser nomeado **Procurador da República** no Ceará, por ato do Presidente **Jânio Quadros**, editado em 25 de maio de 1960, por caber-nos em virtude dessa investidura, fosse-nos cumulativamente atribuído o exercício das funções de **Procurador Regional Eleitoral**, circunstância que nos impunha o dever de suscitar a superveniente incompatibilidade com o exercício do cargo de **Juiz Eleitoral**, renunciando o período restante do mandato bienal, ainda com 1 ano, 2 meses e 13 dias, antes de sua expiração, tendo o Tribunal Regional Eleitoral acolhido a renúncia manifestada, homologando-a, declarando não se configurar infringência à obrigatoriedade de prestação do serviço eleitoral, porquanto em sua nova função continuaria atuando em atividade eleitoral, com assento nele destinado ao órgão do Ministério Público Eleitoral, que passamos a ocupar.

Depois, por efeito da renúncia do Presidente **Jânio Quadros**, formalizada em 25 de agosto de 1961, seríamos exonerado pelo Presidente **João Goulart** do cargo de Procurador da República, com desligamento automático da função de Procurador Regional Eleitoral, em 23 de outubro de 1961, na mesma data reassumindo o cargo de **Procurador Judicial do Estado do Ceará**, de que éramos titular, nele permanecendo até voltar a ocupar a **Procuradoria da República no Ceará**, por decorrência de ato emitido em 8 de julho de 1964, pelo **Presidente da República Humberto de Alencar Castello Branco** e pelo Ministro de Estado da Justiça **Milton Soares Campos**. Daí que adviria a investidura definitiva no Ministério Público Federal, onde percorremos todas as etapas da carreira, culminando como Subprocurador-Geral da República, integrando a composição da Procuradoria Geral da República, oficiando primeiramente no egrégio Superior Tribunal de Justiça, passando depois a atuar no Colendo Supremo Tribunal Federal, na parte constitucional.

13. As relevantes homenagens tributadas pelo egrégio Tribunal Regional Eleitoral do Ceará. Após intercalar celeremente alguns fatos relacionados às atividades funcionais exercidas, queremos expressar a enaltecida honra que sentimos, cumulada de imensa satisfação em realizarmos a proclamação de mérito, por escolhas empreendidas pelo Egrégio Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, recaindo três delas em preclaras figuras com refulgência no universo jurídico cearense, Desembargadores **Hugo Pereira, Stenio Leite Linhares** e o Procurador Regional da República **José Gerim Mendes Cavalcante**, aos quais devemos patentear o reconhecimento de mérito de que eles, indistintamente, se fizeram merecedores, pela esmerada contribuição que legaram, sentindo ser devida, e devida pela atmosfera de acatamento social, sentindo-nos pessoalmente muito honrado, pelo gesto delicado cometendo-nos a incumbência de interpretar os agradecimentos de todos os que foram distinguidos com a Medalha do Mérito Eleitoral, forma extremamente gentil, quando entre os demais se enquadravam os mais qualificados, por serem, em verdade, da mais alta relevância os serviços prestados a esse exponencial órgão judiciário, contribuições essas que ampliaram o nível da tradição desfrutada pelo Colendo Tribunal Regional Eleitoral do Ceará. Foi um gesto de amena delicadeza, recebido como uma lição de simplicidade que retribuímos com humilde acatamento e resignação, tratando como dever a ser cumprido.

À frente dessa grandiosa celebração, encontra-se o ínclito Des. **RAIMUNDO HÉLIO DE PAIVA CASTRO, respeitável** expoente que dignifica a Justiça do Ceará, enaltecendo-a por suas firmes atitudes e extrema correção, tendo como Vice-Presidente o exímio e douto Des. **JOSÉ MAURI MOURA ROCHA**, magistrado vocacionado, extremamente zeloso e diligente em seu ofício, com invejável acuidade para captação dos fatos jurídicos, culto e criterioso, experiente nos desempenhos judiciais de índole, que rende ensejo a diálogos esclarecedores.

Sentimo-nos comprometidos por superveniente dever, rogando seja-nos permitido nesta hora, pelo eminente Presidente, pelos aspectos coincidentes, recordando os tempos anteriores aqui vividos, trabalhando lado a lado em plenário, por dilatado período, com a figura respeitável do Des. **JAIIME DE ALENCAR ARARIPE**, que se devotou nos limites extremos de sua capacidade para obter, como obteve, o apoio integral e amigo de seus dignos pares para adoção de medidas concretas que aproximassem o Colendo Tribunal Regional Eleitoral do Ceará do povo a que se destinava a servir e a obter resultados eficientes e de elevado alcance, planejando o deslocamento do Tribunal a um dos Municípios integrantes dos complexos regionais, instalando-se na localidade, dando acesso à participação dos magistrados em geral,

dos titulares de mandatos eletivos e das organizações partidárias, mostrando a vitalidade cívica dos municípios, exatamente a primeira unidade política em terras brasileiras e, hoje, componente estrutural do Estado Democrático de Direito, como o reconhece do Primeiro Artigo da Constituição Federal vigente.

Confessamos que desde a convivência à época de sua investidura como Presidente deste Egrégio Tribunal Regional Eleitoral, passamos a estimá-lo, estabelecendo-se persistente amizade pela qual nos sentíamos muito honrado, como resultante ainda da elevada admiração que conosco teve continuidade, ao entendimento de que homem do tipo que ele representou em vida, será sempre lembrado, pelos que saibam cultivar o prazer de terem privado com tipos inesquecíveis, pelos seus exemplos marcantes, conservando com apreço a sua imagem moral, ocupando os espaços íntimos destinados à saudade.

Homens desse quilate não necessitam fazer aureoladas invocações doutrinárias, ou ficar na dependência de testemunhos alheios. Recebe o respeito geral e se integra de modo simples e sem receios da coletividade a que pertence e a que serve com devotamento, e por ela foi sempre respeitado, com a disposição para o bem que sempre conserva em si mesmo para distribuir nas necessidades dos demais. Esse é o tipo do verdadeiro homem, despojado de egoísmo; o autêntico homem fraternal e altruísta com o seu próximo. Esses são os homens que se afirmaram nas lições recolhidas na própria vida pessoal, devendo, por vezes, ser suficiente a habilidade na maneira exata de conduzir-se e implantar resultados que correspondam a critérios objetivos de Justiça, no tratamento de reciprocidade aplicada aos contendores e ser por eles assim compreendidos, pela clareza inconfundível de suas atitudes.

Afirmamos a Vossa Excelência, Senhor Presidente, que diante do superveniente passamento do Des. **Jaime de Alencar Araripe**, não poderíamos faltar à convocação de nossa consciência para prestar também o merecido tributo, pelo significativo empenho que teve ele para o engrandecimento deste órgão, a que tanto se dedicou, não obstante seja modesta a valia de nossa pessoal manifestação, sendo porém feita com sinceridade, com procedência do mais íntimo do coração, motivo a que a tornemos extensiva à sua querida e devotada esposa, Dona Tarcila, e a seus diletos filhos Jaime Filho, Marco e Márcia e netos.

Ao Desembargador **Hugo Pereira** cabe-nos reverenciar de modo que a presente homenagem póstuma se revele o somatório da solidária manifestação de seus colegas da magistratura que sempre o estimaram, sem que se afirme qualquer tipo de dissonância, motivo por que, para esse fim aqui nos reuníssemos, com identidade de sentimentos, em súplica a Deus, nesta celebração afetuosa que ganha expressão

pelos sentimentos e pela razão dos que bem o conheceram e sabem dos seus acumulados merecimentos, pelos quais se credenciou com suas cuidadosas manifestações de desvelo que o acompanhavam no cumprimento de sua judicatura superior, cabendo-nos nesta solenidade traduzir o persistente significado de sua perda, pelo que comprovou como excelente e dedicado esposo e pai, o amigo discreto e sincero, sem esquecer o desfalque que representa para a Justiça não mais o encontrar em sua dedicada faina julgadora, dirimindo as causas com equilíbrio, serenidade e lucidez, de modo particular à sua afeiçoada esposa Maria José e seus filhos Hugo, Gustavo, Marcos, Fábio, Valter e Daniel, pelos quais pode agora mais diretamente interceder. Em tudo o mais, a sua contribuição ficará inabalável e garantida, principalmente por seu patrimônio moral e cultural, com as suas produções jurídicas nos ambientes acadêmicos e nos repertórios judiciários, como convergência continuada da sua judicatura e do Magistério Superior, demonstrando todo empenho para o acerto e cumprimento pontual de suas responsabilidades, para o que chamamos à colação a tese que apresentou no Curso de Mestrado em Direito, fazendo-nos delicada oferta de um exemplar, nos dias que precederam à defesa do tema desenvolvido - “**A prevalência da pena nos Crimes contra o Patrimônio**” - sendo aprovado com o conceito Excelente (NOTA 10), em 05.12 de 1990, pela Comissão que foi presidida pela eminente Professora e Desembargadora **Águeda Passos Rodrigues Martins**, Presidente do egrégio Tribunal de Justiça, demonstrando seguro aprumo e firmeza nas ações e perfeita capacidade de integração com os seus colegas, interpretando com profunda argúcia a forma sóbria e harmoniosa de convivência com os seus eminentes Pares, dando testemunho eloqüente de sua capacidade de saudável integração ao seletor colegiado, que preside como eloqüente testemunho de sua proverbial eficiência e sensibilidade, no exercício de suas nobilitantes responsabilidades.

Pela ordem, figura o eminente e lúcido Desembargador **Stênio Leite Linhares**, que, muito depressa, encontrou sintonização na colegialidade do Tribunal de Justiça, o mesmo sucedendo ao ser acolhido neste Tribunal Regional Eleitoral, por seu aprumo e firmeza. Natural da intrépida Lavras da Mangabeira, nascido em 31 de janeiro de 1930, tendo cumprido o Curso Primário em sua terra natal, seguindo os encargos do Curso Ginásial no Ginásio Diocesano do Crato e no Ginásio Salesiano Padre Rolim, em Cajazeira, Paraíba, deslocando-se depois para Fortaleza, matriculando-se no Colégio São José, período em que nos tornamos, colegas, embora por pouco tempo, dando margem a que participássemos de disputa no Centro Estudantal Cearense, em posição coincidente, ambos apoiando a candidatura a Presidente de nosso comum amigo, por sinal, o vencedor no páreo, **Aquiles Peres Mota**, recentemente falecido.

Logrou o Desembargador Stênio Leite Linhares atuar nos três ramos das atividades jurídicas, a começar pelo exercício de advocacia, de 1957 a 1960, nos Municípios de Guaraciaba do Norte, Ipu, Nova Russas e Ipueiras, optando depois pelas lides do Ministério Público, em 1960, no qual teve destacada e eficiente atuação, razão para que fosse consagrado no acatamento que lhe demonstrou a sua instituição, como ficou refletido pelos lances escalados em sua brilhante carreira, tanto assim que teve o seu nome escolhido por seus colegas à lista elaborada para provimento de vaga de Desembargador, no quinto constitucional atribuído ao Ministério Público, sendo nomeado em 21 de junho de 1989, e assumido em 29 do mesmo mês.

Não seria admissível fosse omitida a sua investidura depois como membro do egrégio Tribunal Regional Eleitoral, por escolha emanada do Tribunal de Justiça do Ceará, tendo ocupado naquele as funções de Vice-Presidente e Corregedor Eleitoral, tendo por coroamento a sua escolha para Presidente do Tribunal Regional Eleitoral que hoje o homenageará, pois indiscutivelmente se fez merecedor pela sua notória probidade e competência, conduzindo-se em todas as posições, de modo elogiável, e tendo-se destacado tanto pelo que foi, como pelo modo como sempre o foi, tal como se faz na avaliação da idéia de legitimidade: **ab origine** ou **ab exercitio**, ou seja, pelo caráter legítimo de suas investiduras, e pela outra dimensão a florada, quanto ao modo eficiente de seu exercício, fazendo-se merecedor de todo respeito da comunidade.

Agrada-nos, sobremodo, encontrar, entre os homenageados, o Dr. **José Gerim Mendes Cavalcante**, Procurador da República, Chefe neste Estado, Procurador Regional Eleitoral no período 1994-1998, fato que nos vale como honrosa, agradável e merecida distinção que se nos acrescenta nessa significativa solenidade, causando-nos pessoalmente a grande alegria de sermos transformado em protagonista verbal do reconhecimento que lhe está sendo feito, com toda razão, por ser um competente e operoso colega de distinto trato social, companheiro de responsabilidades comuns na mesma instituição do Ministério Público Federal, recebendo de seus superiores comprovadas e expressivas demonstrações de reconhecimento ao seu eficiente trabalho e pela confiança merecida, estando isso comprovado pelas sucessivas e mutáveis designações que lhe foram conferidas e por ele sempre cumpridas com esmerado desvelo, sendo perceptível que muito mais advirá ao decurso de sua carreira, considerando a sua incontestável capacidade de trabalho e tirocínio profissional, fazendo-lhe votos para que encontre em nossa comum carreira, o generalizado acatamento a ser obtido entre seus próprios colegas pelos seus méritos pessoais e profissionais, sem esquecer a forma cordial, simples e receptiva com seus colegas e amigos, tendo os atributos essenciais para o serviço da defesa da sociedade que hoje,

à sombra da atual Constituição Federal, foi a entidade do Ministério Público que ficou mais aproximada no elenco das responsabilidades sociais, liberando-se, vantajosamente, da defesa dos interesses estatais e, assim, tornando possível sejam exercidas as atribuições inerentes aos seus ofícios com a mais completa autonomia e isenção.

Trouxe ele - cumpre dizer - larga e proveitosa experiência de seu fecundo trabalho advocacional, obtendo versatilidade operativa, intensamente arguto, penetrando nos meandros de uma das maiores empresas cearenses, como a confiança profissional autorizava, colhendo um cabedal de alta importância que sempre lhe será de muita utilidade, consignando votos pessoais de ininterrupto êxito, credenciado a repercutir no patrimônio cultural de nossa instituição comum.

Cabe-nos, a seguir, aflorar, aliás, com tristeza, outro rude golpe que abalou o TRE do Ceará, com a perda sobremodo lamentada de **Marta Regina Cavalcante Alencar**, nascida em Fortaleza, em 23 de outubro de 1969, filha de Antônio Alencar Fortaleza e de Marta Maria Cavalcante Alencar. Iniciou os seus estudos nesta Capital, do Jardim da Infância até a Quinta Série. Tendo acompanhado os pais que transferiram domicílio para a Bahia. Ela retornaria tempos depois para reiniciar estudos, classificando-se no vestibular para o Curso de Ciências Contábeis da UFC, nele colando grau de Bacharel, em 1994, ingressando por aprovação em concurso no Tribunal Regional Eleitoral, investindo-se em suas funções em 20 de setembro de 1995, mas, lamentavelmente depois dos esforços empreendidos em prol de sua realização profissional, extinguiu-se a sua participação no viver terreno, em 18 de fevereiro de 1999, causando imenso abalo em sua família, onde foi e será sempre muito amada entre todos os que compartilharam de sua bondosa e meiga convivência, e nas atividades funcionais neste Tribunal, sentindo-a ainda pela força energética da saudade que espalha amor, e este, suavemente, impulsiona a assisti-la por convictas orações, sem esquecer jamais o extraordinário poder da fé em Deus, que imperceptivelmente, suavizará os efeitos dolorosos, para continuar a ser meigamente agasalhada no coração.

14. As amenas correlações sucessivas entre o amor e a saudade.

Percebe-se que, nos instantes anteriores, a saudade passou a rondar-nos das mais diferentes formas, como agora se verifica com mais intensidade, a ponto de nos assediar e mansamente verificar que os sentimentos se foram rendendo, sem forças para conter as próprias resistências pessoais, na visão de que queremos nos apegar aos cenários e às fisionomias que não se dispersam da visão interior, em transposições como se fossem lances organizados em seqüências cinematográficas.

Exatamente para não haver ruptura nos padrões exigidos pelo caráter da solenidade, o que evidentemente não seria compatível, porque os abalos interiores do ser humano não penetram com efeitos danosos em celebrações de elevada magnitude litúrgica, não obstante transcorram em nível de simplicidade, mas que promovem o despertar de sentimentos de solidariedade e cordial acolhimento, nesses momentos ganhando mais densidade as reaproximações pessoais, não se podendo avaliar o custo sentimental dos que atenderam à cativante convocação, demonstrando quanto valorizavam a força da amizade, em não se eximindo da acolhedora demonstração pessoal. Ver-se-ia pela delicadeza do evento que novas fontes de saudade irromperam, e a própria saudade, mesmo com o seu tristonho semblante, conseguiu dissipar a eventual nostalgia, como se, de repente, despontasse o arco-íris projetando a sua beleza heráldica na festividade de suas cores, sentindo-se claramente perceptível na atmosfera o enternecido tempero de amor para amigos e companheiros que se estão reencontrando.

O mais importante é que as pesarasas ocorrências fúnebres legaram tocantes exemplos de seus entes queridos para cada uma das famílias atingidas, em alguns casos para os colegas, para coletividade a que serviram, certos de que não de permanecer na lembrança, como na lembrança persistem dos que privaram de suas amizades, associando-os à bondade pessoal que demonstraram, no criterioso empenho às suas responsabilidades, nos encargos humanos de justiça, o que, por certo, estariam tanto mais seguros quanto mais freqüentemente procurassem inspiração em Deus, cumprindo com dignidade e honradez o seu apostolado na judicatura que juraram servir com a mais absoluta lisura e imparcialidade, e felizes deveriam sentir-se ao conseguirem escapar das malhas sorrateiras das iníquas e degenerativas ambições e das seduções capciosas, principalmente se os efeitos se voltassem em prejuízo de direitos dos mais fracos ou dos mais pobres, de qualquer modo, contra os mais carentes.

É nesse ponto que a saudade revela as suas exponenciais virtualidades, como oportuno e generoso elemento de alívio, ensinando a acalmar-nos quando formos atingidos por circunstâncias aflitivas ou adversas.

Sabemos todos que a ação continuada do tempo torna-se o antídoto apto a reduzir as impetuosidades insensatas e a fortalecer as resistências aconchegantes de amor e também para mitigar os abalos dolorosos, oportunidade a que se possa insinuar mansamente a saudade, que tem também amor em sua essência; mas amor tristonho, temos que admitir, pela sensação vazia de ausências profundamente sentidas.

Quando alguém é acometido por incômoda dor física, dor pungente pela perda de pessoa amada, há, sem dúvida, uma invasão dos espaços íntimos por

avassaladoras aflições ou por dor física, dor sentimental, ou pior ainda, a humilhante e intolerável dor moral, a dor de quem se submete a um vazio insuportável, sem que o seja por expiação, como penitência interior por males cometidos.

Em todas essas mais diversas situações, tem a saudade relevante papel a cumprir, procurando dar conformação ao amor desfeito, ao amor perdido, amenizando-se enquanto as lembranças se vão desfalecendo até serem eliminadas por completo as suas energias.

Certo que o amor seleciona atrativos, mas pressupõe intensa e profunda relação afetiva, ainda que nem sempre possua duradoura resistência, sendo como as árvores que necessitam ser cuidadas e regadas para que se possam desenvolver, esgalhar e dar boa sombra ou oferecer bons frutos.

Se o amor, em algum momento, se evade, passa a ser negado a quem o perdeu, deixa uma seqüela de tristeza, uma desordem interior, sensação de perda, de desalento, ou de dor e, quando demora a resignação as cicatrizes amorosas se ampliam, podendo dar causa a uma súbita metamorfose sentimental, capaz de arrastar aos paroxismos da inconformação, cedendo aos ímpetos da raiva que leva à revolta, transpondo-se depois ao despeito, que mais se vai deteriorar triturada pelo rancor, e logo mais se converterá em amargura e, se não for contida, irá resvalar ao desespero, assumindo depois tendência auto-destrutiva que poderá alastrar-se nos domínios da ansiedade.

Nessa caminhada, pode apresentar-se a alguém a sensação de que a rolar, desfiladeiro abaixo, em agudo transtorno, e talvez haja alguma margem em que antes a saudade tenha tentado instalar-se e transmitir os seus benéficos e restauradores efeitos, impedindo a absorção de destrutivas reações, influenciando, de algum modo, a que se oferecesse ensino a que o tempo contribuisse para sanar os efeitos perniciosos de conflitos íntimos que se instalaram.

Não há, pois, como desdenhar ou obscurecer os efeitos benéficos da saudade, quando, em verdade, apresentam-se como eficiente lenitivo, ao se associar à paciência, pois somente assim encontram ambas o campo e o tempo livres, condições essenciais para que as adversidades individuais possam ser sanadas.

E não deve ser diferente agora, quando encontramos o Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, com a sua composição heterogênea, como de estilo, composto por consagrados cultores do direito, cômicos de seus deveres judicantes, desfrutando o respeitoso acatamento social, agindo sempre com sobriedade e firmeza em seus desempenhos decisórios, honrando a tradição que desfruta esse órgão, ostentando a contribuição de membros eminentes de diferentes áreas jurídicas. Prestamos respeitosa

homenagens ao Tribunal Regional Eleitoral, da mesma maneira externamos alto apreço aos doutos magistrados que o compõem.

As homenagens programadas foram, com extrema delicadeza, prestadas aos agraciados; e desejávamos que todos penetrassem nos sentimentos que se vão, aos poucos, se identificando, compartilhando de um misto de amor e de saudade, embora com perceptíveis abalos dolorosos, trazidos pelas próprias circunstâncias às famílias atingidas.

Cabe-nos, por último, manifestar profundo agradecimento pela forma distinta e elegante, deixando-nos sobremodo honrado e muito reconhecido, pela outorga que nos foi feita da Medalha do Mérito Eleitoral, deveras expressiva em seus simbólicos efeitos e, sobretudo, porque tudo proveio do regaço amigo desse Egrégio Tribunal Regional Eleitoral e dos dignitários que lhe imprimem as diretrizes essenciais, e não seria suficiente haver crescido a valia da outorga, realizada em nosso afeiçoado Estado natal e porque resultante de harmônicas intenções e pelas mentes solidárias de Vossas Excelências, mas em contrapartida, foi escassa a oferta que apresentamos, constituída apenas de uma mensagem com a qual, de modo simples, à vista de nossas escassas provisões, procurávamos, de algum modo, testemunhar o sincero e caloroso reconhecimento, porque foi elaborada no íntimo da consciência, pois o mais partiu mesmo da afetividade que se acumulara no coração para ser exteriorizada, aqui mesmo, em sentido de estima e respeito, e com a persistente idéia de reciprocidade, pois como assinala **Barrington Moore Jr.**, em nos faltando condição para reconhecer a idéia exata de Justiça, restaria verificar quando a Injustiça desponta, sendo suficiente apurar o afastamento ou a expulsão da idéia de reciprocidade, assinalando a ausência dos significados de Justiça.

Agradecidos, deixamos a todos o nosso mais afetuoso saudar.

“A LIBERDADE RELIGIOSA E A TRANSFUÇÃO DE SANGUE NAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ”

FABIANA COSTA LIMA DE SÁ

Advogada, Especialista pela ESMEC/Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará e Mestranda em Direito na Universidade Federal do Ceará/UFC

INTRODUÇÃO

O interesse pelo tema surgiu em uma das aulas ministradas pelo professor Willis Santiago Guerra Filho na disciplina “Teoria dos Direitos Fundamentais”, no curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará, quando foram levantados questionamentos acerca dos possíveis limites ao direito fundamental de liberdade religiosa no caso em foco, ou seja, da transfusão de sangue nas Testemunhas de Jeová.

Acreditamos que a análise sobre o tema seria mais justa se não ficasse única e exclusivamente adstrita aos aspectos jurídicos; resolvemos, então, iniciar o presente trabalho, levando em consideração algumas posições das Testemunhas de Jeová, o que nos levou a buscar um conhecimento ainda que muito superficial sobre processos alternativos à transfusão de sangue. E só por último fazer uma análise do aspecto jurídico que enlaça o respectivo tema.

1. POR QUE TESTEMUNHAS DE JEOVÁ RECUSAM TRANSFUÇÃO DE SANGUE?

As Testemunhas de Jeová não aceitam transfusões de sangue porque segundo elas a Bíblia dá a orientação de abster-se de sangue (Atos 15:28, 29): “Com

efeito, parecem bem ao Espírito Santo e a nós não vos impor outro peso além do seguinte indispensável: que vos abstenhais das carnes sacrificadas aos ídolos, do sangue, da carne sufocada e da impureza. Dessas coisas fareis bem de vos guardar conscienciosamente”.

Foram publicados alguns folhetos a respeito do assunto com o propósito de as Testemunhas de Jeová trabalharem junto aos médicos e, assim, tentar conseguir destes a maior cooperação e ajudá-los a entender a posição delas. Os folhetos foram publicados sucessivamente, em 1961: “O Sangue, a Medicina e a Lei de Deus”; em 1977: “As Testemunhas de Jeová e Questão do Sangue” e, por fim, em 1990: “Como Pode o Sangue Salvar Sua Vida?”.

O número de Testemunhas de Jeová vem aumentando em todo o mundo; hoje há mais de duzentos e cinquenta mil no Brasil; e mais meio milhão nos Estados Unidos.

As testemunhas de Jeová passaram a carregar um cartão intitulado “Documento Para Uso Médico”, que é renovado anualmente e é assinado pela pessoa e por testemunhas, com frequência, parentes próximos. A utilidade deste cartão é notificar os médicos que não aceitam transfusões de sangue em nenhuma circunstância, mas aceitam tratamentos alternativos. Após consulta a médicos e a advogados o cartão foi ajustado para tornar-se documento legal. A maioria das Testemunhas de Jeová também assinam um termo de responsabilidade que isenta os hospitais e médicos de qualquer responsabilidade civil ao proverem o solicitado tratamento sem sangue. Elas também se dispõem a assinar formulários hospitalares de consentimento expresso.

Foram criadas ‘Comissões De Ligação com Hospitais’, sob a direção do Corpo Governante das Testemunhas de Jeová, com o fim de amparar as Testemunhas na sua determinação de não aceitar infusões de sangue e firmar um espírito de cooperação entre pacientes e instituições médicas. Essas Comissões fornecem aos médicos artigos sobre tratamentos alternativos, elas mantêm contato com quase 1.300 médicos no Brasil. No mundo todo, existem 40.000 médicos dispostos a tratar e operar Testemunhas de Jeová sem sangue. Esses serviços das ‘Comissões de Ligação com Hospitais’ são prestados por anciãos selecionados e treinados para tal. Cerca de 5.000 anciãos atuam em mais de 900 COLIHs.

Esses anciãos alertam para o fato de que existem alternativas para transfusões de sangue e explicam os fundamentos das Testemunhas de Jeová. Em casos de emergência, auxiliam na providência de que ocorram contatos entre cirurgiões que já trataram, sem sangue, Testemunhas de Jeová em casos similares e médicos consultados de início. Além de médicos e hospitais, estes anciãos também visitam juízes nos casos

em que hospitais, na tentativa de administrar transfusões de sangue, procuram ordens judiciais.

As testemunhas muitas vezes processam médicos e hospitais quando se vêem desrespeitadas na sua crença religiosa. Por exemplo, no Canadá, o Tribunal de Recursos de Ontário, no ano de 1990, apoiou um processo de indenização por danos, pelo fato de que um médico desconsiderou o Cartão em que estava expressa a não-aceitação da infusão de sangue pelo paciente em toda e qualquer circunstância. Nos Estados Unidos, têm sido instaurados vários destes processos.

As Testemunhas de Jeová estão certas em não aceitar a transfusão; ainda que uma Testemunha morra por perda de sangue, elas argumentam que confiam em Deus e, de acordo com os Atos 24:15 – Deus não se esquece dos que lhe são fiéis, e lhes restituirá a vida por meio da ressurreição. Para elas, o mais importante e que está acima de tudo é o desejo de agradar a Deus.

A sua recusa à transfusão de sangue não significa que desejam morrer, não asseguram o direito de morrer, pois o que elas querem é a utilização de tratamentos alternativos.

Muitas vezes, as Testemunhas de Jeová sofreram pressões para aceitarem as transfusões de sangue, embora aceitassem tratamentos alternativos.

A título de exemplo, cito os seguintes casos, dentre outros:

1) No ano de 1976, em Porto Rico, Ana Paz de Rosário aceitou submeter-se a uma cirurgia, mas solicitou que esta fosse efetivada sem sangue, só que terminou sendo amarrada por policiais e enfermeiras que estavam munidos de ordem judicial e que proveram a transfusão de sangue. Ana Rosário em seguida entrou em choque e morreu;

2) No ano de 1975, na Dinamarca, pais Testemunhas de Jeová, ao buscarem tratamento alternativo e, ao não permitirem a transfusão forçada foram perseguidos pela polícia;

3) No dia 03 de junho de 1992, foi autorizada pelo Tribunal de Justiça do Paraná a operação do coração, exigindo transfusão, em Kleison Sílvio Bento, internado no Hospital Pequeno Príncipe (em Curitiba).

O Hospital Pequeno Príncipe recusou a transferência do menino, argumentando que esta era arriscada e conseguiu por intermédio da Justiça o direito de operá-lo.

Era recomendável que a cirurgia fosse realizada no nível atrial, entre 6 a 12 meses de vida, havia tempo para a mãe escolher um cirurgião de confiança, pois Kleison tinha 8 meses de idade.

A cirurgia era eletiva e não era de emergência. A mãe de Kleison assinou um “Termo de Isenção de Responsabilidade” e o hospital aceitou sem restrições.

Dr. Fábio Said Sallum, cirurgião assistente, depois declarou que não podia realizar a cirurgia sem sangue. Mais tarde, disse ser possível realizar a cirurgia sem sangue.

Os membros da COLIH sugeriram ao Dr. Sallum o contato com 2 cirurgiões cardiovasculares que dominam uma técnica de cirurgia sem sangue (a correção da transposição (TGA) em duas etapas) esta técnica é realizada em centros cirúrgicos modernos.

A troca de idéia que foi sugerida não foi efetivada e Dr. Sallum afirmou categoricamente que não ia haver a transferência do menino e que ele iria pedir autorização judicial para ministrar a infusão de sangue. Com isso, D. Carmelita (mãe de Kleison) e seu marido não confiavam mais em Dr. Sallum. O Hospital foi notificado por escrito da dispensa dos serviços de Dr. Sallum. O pai de Kleison não era Testemunha de Jeová e foi tentado a mudar de opinião, com tudo isso, D. Carmelita estava angustiada, num enorme estresse, então entrou com pedido de “habeas corpus” para garantir seu direito de escolher o tipo de cirurgia e, se fosse necessário, a transferência.

Dr. Armando Fontoura e equipe (Porto Alegre) e Dr. Randas Vilela Batista e equipe (próximo a Curitiba, Hospital “Angelina Caron”) estavam dispostos a operar Kleison sem sangue. Kleison não corria iminente risco de vida, não estava numa UTI, sua transferência era possível e não ameaçava a vida de Kleison.

Houve uma divulgação do caso pela imprensa escrita e tv. Depois foi retirado o pátrio poder dos pais pela justiça, foi nomeada como curadora a Dra. Jeanne B. Nicola que decidiu não transferir Kleison.

“Indaga-se a essa altura: para o bem de Kleison, por que a cirurgia não foi realizada prontamente então? Passaram-se 45 dias desde que os pais perderam o “pátrio poder” até a cirurgia ser feita. É verdade que, no ínterim, Kleison apresentou uma infecção pulmonar. Poderia ter sido evitada com melhores cuidados médicos?”¹.

1. CHAVES, Antônio. A ordem religiosa “Testemunhas de Jeová” não admite transfusões de sangue. Como ficam as operações de crianças em perigo de vida? . In: Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados- RTJE. Ano 20. Abril de 1996, vol. 147, p.13.

Kleison foi operado pela equipe do Dr Sallum e, infelizmente, morreu apesar de ser realizada a transfusão.

“Teria sido a vida de Kleison salva caso se tivesse permitido à mãe optar pela cirurgia paliativa? Talvez”.²

2. TRATAMENTOS ALTERNATIVOS

Foi realizada uma conferência médica internacional em Moscou, no dia 06 de outubro de 1998, sobre cirurgia sem sangue (“Alternativas para transfusões nas cirurgias”), tendo havido a participação de conferencistas da Rússia, França, E.U.A., da Bélgica e da Suécia. Compareceram mais de 800 médicos.

As palestras foram ministradas no sentido de mostrar os perigos das transfusões, pois foi dito que, em muitos países, crianças hemofílicas foram contaminadas pela AIDS e pela hepatite por meio das infusões e isto terminou por impulsionar os médicos a buscar uma saída alternativa, “a cirurgia sem sangue”.

Está aumentando o número de pacientes que estão recusando a transfusão, apesar de não serem Testemunhas de Jeová, devido a riscos de serem infectados pela AIDS ou pela hepatite.

Existem médicos que não aceitam a recusa a receber sangue, não admitem tal interferência em seu trabalho. Outros acham que sempre que possível deveriam ser usadas as alternativas para as transfusões de sangue e só se deveria usar sangue se não fosse possível a alternativa em casos em que há riscos de vida e depois de analisar muito bem o risco para cada paciente.

Geralmente, existem diversos modos para se tratar problemas de saúde, um apresenta este risco, outro, aquele risco. Um médico pode ministrar transfusões de sangue e ter certeza de que vale o risco. Outro, por ter obtido bons resultados com tratamento sem sangue, acha que os riscos são injustificáveis.

As Testemunhas não admitem a transfusão total, de papas de hemácias, e de plasma, bem como de concentrados de leucócitos e de plaquetas. Elas recusam transfusões por motivos religiosos e não lhes é proibido, a elas segundo o entendimento religioso, de modo absoluto, o uso de componentes, tais como as imunoglobulinas, a

2. Op.cit,p.14

albumina e preparados para hemofílicos. A decisão de aceitá-los ou não é de cada Testemunha. E em todo o mundo a transfusão total é, a cada dia, menos utilizada.

As Testemunhas também não aceitam a autotransfusão de sangue retirado previamente e guardado.

Uma pessoa tem, em cada 100 centímetros cúbicos de sangue, cerca de 14 ou 15 gramas de hemoglobina; esta está contida nos glóbulos vermelhos e transporta o oxigênio indispensável à vida; portanto caso uma pessoa venha a perder muito sangue, será natural a sua reposição. Se a taxa pré-operatória de hemoglobina de uma pessoa fosse inferior a 10g. seria determinada a transfusão. Mas, em uma Conferência sobre transfusão de sangue, foi concluído que a necessidade de a pessoa ter 10g. de hemoglobina antes da operação é uma exigência obscura que não está comprovada clinicamente. Parece que muitos bebês suportam, sem nenhuma dificuldade, níveis extraordinariamente baixos de concentração de hemoglobina, e os adultos se ajustam a baixas taxas de hemoglobina. Isto não significa que, no caso de uma pessoa perder muito sangue num acidente ou operação, não se deva fazer nada, pois uma pessoa poderá entrar em choque quando a pressão arterial cai no caso de a perda ser grande e rápida. Nestes casos, a hemorragia deve ser interrompida e o volume do sistema circulatório restaurado.

A restauração pode ser obtida sem o uso do sangue total ou plasma sangüíneo. Há diversos líquidos expansores eficazes do volume do plasma, que não contêm sangue. Entre eles, que é tão barato quanto compatível com o nosso sangue está a solução salina.

Outros líquidos expansores do volume do plasma: a dextrama, o haemacel, a solução de lactato de Ringer e a hidroxietila de amido.

Sendo o sangue perdido substituído por um líquido adequado, o sangue diluído fluirá de forma mais fácil até nos pequenos vasos; mais sangue será liberado para os tecidos e a pessoa disporá de reservas para o transporte de oxigênio. O coração bombeia mais sangue em cada batimento. Então, disso se conclui que a transfusão não é o único meio para salvar a vida; existem líquidos substitutos do sangue.

Os médicos podem ministrar oxigênio em concentração alta, depois de recuperado o volume do plasma, também podem ajudar a formar mais glóbulos vermelhos, dando ao paciente concentrados de ferro no músculo ou na veia. Além disso, existe hoje a eritropoietina (EPO) sintética.

Pode-se utilizar também o coração pulmão com líquido isento de sangue, de tal modo que o paciente, beneficiado pela hemodiluição, perderá menos glóbulos vermelhos. O bisturi elétrico é uma técnica operatória para minimizar a hemorragia.

Outro meio de ajuda é resfriar o paciente durante a cirurgia para reduzir as necessidades de oxigênio.

Com a evolução da medicina, provavelmente serão descobertos outros meios.

Em uma conversa com o Dr. Murilo Carvalho Martins, professor de clínica médica, responsável pela disciplina de Hematologia na Universidade Federal do Ceará, de C.R.M. 215, ex-diretor do HEMOCE, foram esclarecidas algumas dúvidas em relação a existência da realização de tratamentos alternativos à transfusão no Estado do Ceará.

Como médico hematologista, experiente, o Dr. Marilo falou que só faz uma transfusão quando é realmente necessária, pois, se possível outro procedimento, ele o adotará e orienta seus alunos neste sentido. Contudo existem realmente casos em que só uma transfusão pode salvar a vida e isso deverá ser analisado caso a caso.

3. A LIBERDADE RELIGIOSA

O art. 5º, VI da Constituição Federal de 1988 dispõe: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção dos locais de culto e suas liturgias”.

O princípio inserido no inciso VI do art. 5º da CF engloba a liberdade de consciência, a liberdade de crença e a liberdade de culto. A liberdade de crença é a de optar por uma religião ou não, no foro íntimo; a liberdade de consciência é a liberdade de foro íntimo, mas em questão não religiosa. A liberdade de culto se exterioriza na prática dos ritos, no culto, com suas manifestações, reuniões, cerimônias, na fidelidade aos hábitos na forma da religião escolhida em casa ou em público. A Constituição do Império só reconhecia a liberdade de culto com toda essa extensão para a religião católica. As outras eram apenas toleradas com seu culto doméstico, ou particular, em casas para isso destinadas. Portanto a Constituição de 1824 restringia a liberdade de culto, apesar de consagrar a plena liberdade de crença. Já na Constituição de 1891, 1ª Constituição da República foram consagradas as liberdades de crença e de culto. A liberdade religiosa é ainda negada ou desconhecida em muitos países; é, geralmente, consagrada pelas nações civilizadas. “Não existiu nas teocracias orientais e nas Cidades-Estados da antigüidade clássica, nem pode existir em certos Estados islâmicos da actualidade”³. Todas as nossas constituições seguintes estabeleceram tal liberdade.

3. MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 2ª ed., revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Ed., tomo IV, 1993, p. 32.

Está no cerne da liberdade de consciência ou crença, portanto no cerne dos direitos fundamentais. É forma de manifestação de pensamento.

A Teoria dos Direitos Fundamentais registra, pelo menos, três “gerações” ou “dimensões” de direitos fundamentais, e a liberdade religiosa é um direito de 1ª geração.

“A primeira geração é aquela em que aparecem as chamadas liberdades públicas, “direitos de liberdade”, que são direitos e garantias dos indivíduos a que o Estado omitta-se de interferir em uma esfera juridicamente intangível”⁴

Só há plena liberdade política e cultural, se houver plena liberdade religiosa, como também a expansão da liberdade religiosa fica ameaçada se não houver plena liberdade política.

“ A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda, por um lado, em o Estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorram (em matéria de culto, de família ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis. E consiste por outro lado (e sem que haja qualquer contradição), em o Estado não impor ou não garantir com as leis o cumprimento desses deveres”⁵

O fenômeno religioso é também comunitário. A religião implica a relação de uma pessoa com outra. A liberdade religiosa é também das confissões religiosas.

Se o Estado puser os cidadãos em condições que os impeçam de praticar a religião, apesar de lhes conceder o direito de ter uma religião, não haverá, nesse caso, liberdade religiosa.

4. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor.: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p.40.

5. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª ed., Revista e atualizada. Coimbra: Coimbra Ed., tomo IV, 1993, p. 359.

4. A LIBERDADE RELIGIOSA E A TRANSFUSÃO DE SANGUE

O Código Penal reza, em seu art. 135, que comete crime de omissão quem “deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, a criança abandonada ou extraviada, ou a pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública”. A simples omissão é punida com a detenção de 1 a 6 meses ou multa, mas de acordo com seu § único: “a pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte”. Não se encontra em nenhum lugar do Código Penal qualquer dispositivo que determine o que o médico deve fazer quando à frente de uma emergência. Prestar assistência exhibe muitas facetas, existem muitas opções para se prestar assistência, é comportamento impeditivo da tipificação das infrações penais apontadas a escolha de uma das opções. Como, por exemplo, não se dirá que um médico estaria omitindo socorro quando opta por um antibiótico menos eficaz que outro mais adequado. O médico utilizar alternativas em relação à transfusão não significa que ele deixou de prestar assistência.

Hoje, os médicos estão pensando, com mais cuidado, os riscos e benefícios de uma transfusão de sangue e, muitas vezes, preferindo tratamento alternativo, pois estão cientes dos riscos da AIDS e de outras infecções. Portanto, ela só deve ser realizada quando efetivamente necessária para a manutenção da vida do paciente. No caso de dano decorrente de transfusão que não seja absolutamente necessária, pode se caracterizar a culpa denominada imprudência por parte do médico.

Não podemos esquecer que existem autores, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, sustentando que no caso das transfusões de sangue nas Testemunhas de Jeová, pelo fato de elas assinarem um “Termo de Isenção de Responsabilidade”, não haveria responsabilidade do médico por falta ética, pois se deduz que o médico não tenha cometido a falta porque a transfusão não foi realizada por recusa da testemunha; e, no âmbito do direito penal, não se caracteriza a omissão do médico e sim a recusa por parte da Testemunha; portanto não existe crime sem culpa; o médico não teve culpa em a transfusão não ser realizada. Segundo o entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o paciente tem a liberdade de aceitar ou recusar qualquer tratamento, inclusive a transfusão de sangue, para isso basta invocar o direito fundamental à liberdade, que ganha força quando se considera o aspecto religioso eventualmente envolvido e ainda se fortalece com a invocação da privacidade.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, art. 5º, II: “ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Comete

o crime tipificado no art. 146 do Código Penal , constrangimento ilegal, quem violar o direito prescrito no art. 5º, II da CF. Mas há a exclusão da antijuricidade da “intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida”, conforme está prescrito no § 3º do mesmo artigo.

É nesse sentido a posição de Christine Santini Muriel: quando o paciente recusa receber a infusão de sangue, deve-se em primeiro lugar analisar a real necessidade da transfusão; se esta for absolutamente necessária à manutenção da vida do paciente, deverá ser ministrada mesmo que haja a recusa. Mas ela não deve ser realizada quando a transfusão for somente útil ou conveniente, pois aqui a vontade do paciente deve ser respeitada.

Deve haver em face dos direitos fundamentais à vida e à liberdade religiosa, que nesse caso estão aparentemente incompatíveis, maior discussão sobre o respectivo tema, não podendo ser simplista a preferência de um deles. Esse assunto no Brasil, a liberdade religiosa e a transfusão de sangue, tem gerado muitas polêmicas.

“Para captar o sentido de qualquer disposição do texto constitucional deve-se, portanto, ter em mente toda essa série de direitos fundamentais que, acima de tudo, se pretende sejam preservados do âmbito do Estado brasileiro”⁶

Alguns autores consideram a vida um bem maior. “O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.”⁷

“Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos”⁸

Não podemos esquecer, portanto, que há autores com posição diferente:

“Num conflito, por exemplo, entre o direito à vida e o direito à liberdade o titular de ambos é que há de escolher o que há de

6. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 32.

7. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 5ª ed revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 1999, p.60.

8. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 6ª ed, revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p.177.

prevalecer. E este registro não teoriza senão o que na história é freqüente: para manter a liberdade o indivíduo corre o risco inexorável de morrer. Não renegue isto quem não estiver disposto a, para ser coerente, lutar para que se retirem das ruas as estátuas de incontáveis heróis, dos altares da Igreja Católica numerosos santos. Nem se alegue que esse argumento levaria à admissão do suicídio. Não, porque não há o direito à morte, embora haja o de preferir, por paradoxal que seja para alguns, a morte à perda da liberdade”⁹

Diante desta divergência de entendimentos e levando em consideração que o nosso sistema jurídico pode ser representado pela figura da pirâmide proposta por Hans Kelsen, “no patamar mais elevado da ‘pirâmide’ dentro da qual, para efeito de estudo, pretendemos enquadrar nosso ordenamento jurídico, encontra-se como é fácil perceber, as determinações de nossa Constituição de 1988”¹⁰ e nesta Constituição estão consagrados, como fundamentais o direito à vida e à liberdade religiosa. Talvez seja mais adequado respeitar a liberdade religiosa, mesmo nos casos de perigo de vida em que seja possível o tratamento alternativo à transfusão de sangue. Por que não respeitar essa liberdade e submeter o paciente a tal tratamento alternativo? Aqui o direito à vida também está sendo respeitado, pois já se falou inúmeras vezes que outras alternativas à infusão também podem salvar a vida.

Só nos casos extremos de iminente risco de vida em que não haja nenhuma possibilidade de alternativas é que pesáramos os bens jurídicos envolvidos e poderíamos considerar a possibilidade da transfusão mesmo com recusa do paciente.

Não existe uma conclusão genérica, todos os casos terão que ser analisados conforme as provas e circunstâncias.

“Ainda é preciso que se diga que, no caso específico dos seguidores da Seita Testemunhas de Jeová, a jurisprudência internacional tem evoluído no sentido de que se respeite a vontade do paciente independentemente dos riscos dela decorrentes. Nos Estados Unidos da América, por exemplo,

9. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Questões Constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue. Parecer. São Paulo, 24 de out. de 1994., p.21.

10. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p.47.

alguns hospitais e Cortes adotam a teoria de que qualquer paciente adulto que não seja declarado incapaz tem o direito de recusar um tratamento, não importa quão prejudicial tal recusa possa ser para sua saúde. Adota-se em regra geral naquele país a teoria da necessidade do consentimento esclarecido do paciente para a prática de intervenção médica. Contudo, mesmo entre os americanos, tratando-se de paciente menor ou incapaz, eventual recusa dos pais ou responsáveis leva ao imediato suprimento do consentimento por autoridades judiciárias”¹¹.

A idéia dominante nos nossos Tribunais, no caso de incompatibilidade entre o direito à vida e à liberdade religiosa, é a de dar preferência ao direito à vida em detrimento da liberdade religiosa. Em seguida, alguns acórdãos sobre transfusão de sangue:

Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo

Ementa: Omissão de socorro- Agentes que não permitem a transfusão de sangue a vítima menor – Socorro ministrado sob diferente forma terapêutica – Inteligência: art. 132 do Código Penal, art. 17 do Código Penal, art. 146, § 3º, I do Código Penal – Ausência de justa causa para ação penal – Ordem concedida para o seu trancamento. 162(d)- No crime de omissão de socorro, diferentemente do crime de abandono de incapaz, o dever de assistência não está ligado a relações jurídicas especiais e qualquer pessoa está adstrita a socorrer, desde que seja possível fazê-lo sem risco pessoal. O que o art. 135 do CP define como crime é a falta de assistência. Comprovado que as acusadas estão assistindo a menor, ainda que através de terapêutica distinta, mas abonada por critério médico, inexistente justa causa, sob esse título, para a ação penal (Habeas Corpus nº 184.642/5, julgado em 30.08.1989, 9ª Câmara, relator: Marrey Neto, RJDTACRIM 7/175).

Ementa: Omissão de socorro e periclitacão de vida- Negativa de autorizacão para transfusão de sangue por motivos religiosos – Crime impossível- Inocorrência – Inteligência: art. 132 do Código Penal, art. 135 do Código Penal, art. 17 do Código

11. MURIEL, Christine Santini. Aspectos jurídicos das transfusões de sangue. In: Revista dos Tribunais, ano 83, agosto 1994, vol. 706, p.32.

Penal, art. 146, § 3º, I do Código Penal 162(b) – Acusadas que em nome de seita religiosa e das orientações nela recebidas deixam de permitir transfusão de sangue em menor, possibilitando a consumação da omissão de socorro e da periclitção de vida, praticam em tese os delitos dos arts. 132 e 135 do CP, não havendo falar em expor a perigo a vida de pessoa morta (impropriedade absoluta do objeto) ou em ministração de substância inócua à guisa de veneno (ineficácia absoluta do meio), ou em deixar sem socorro pessoa que dele não necessitasse, hipótese em que se poderia cogitar de crime impossível. (Habeas Corpus nº 184.642/5, julgado em 30.08.1989, 9ª Câmara, relator: Marrey Neto, RJDTACRIM 7/175).

Ementa: Constrangimento ilegal – Inteligência art. 132 do Código Penal, art. 135 do Código Penal, art. 17 do Código Penal, art. 146, § 3º, I do Código Penal 162(f) – Uma vez comprovado efetivo perigo de vida para a vítima, não cometeria delito nenhum o médico que, mesmo contrariando a vontade expressa dos por ela responsáveis, à mesma tivesse ministrado transfusão de sangue. (Habeas Corpus nº 184.642/5, julgado em 30.08.1989, 9ª Câmara, relator: Marrey Neto, RJDTACRIM 7/175).

Ementa: Perigo para a vida e saúde de outrem – Art. 132 do CP – Vítima menor com comprovada anemia profunda – Transfusão de sangue preconizada por médico como terapia urgente – Proibição de sua realização pelos agentes- Perigo demonstrado – Ordem denegada – Precedentes- Inteligência: art. 132 do Código Penal, art. 135 do CP, art. 17 do CP, art. 146, § 3º, I do CP 162(e). O art. 132 do CP pune a situação de perigo criada pela conduta ou omissão do agente, presente ao menos consciência de tal situação, dolo eventual. A vida humana é um bem coletivo, que interessa mais à sociedade que ao indivíduo, egoisticamente, e a lei vigente exerce opção axiológica pela vida e pela saúde, inadmitindo a exposição desses valores primordiais na expressão literal de seu texto, “a perigo direto e iminente”. Comprovados, *prima facie*, a presença de perigo para a vida da vítima, portadora de anemia profunda, a indicação em princípio correta, da transfusão de sangue e a negativa de autorização das acusadas, para a sua realização, está presente, em tese, conduta típica e punível, e a sua eventual discriminação exigiria análise crítica e valorativa de provas, incabível no âmbito estreito do habeas corpus. (Habeas Corpus nº 184.642/5, julgado em 30.08.1989, 9ª Câmara, relator: Marrey Neto, RJDTACRIM 7/175).

Tribunal de Justiça de São Paulo

Ementa: Habeas Corpus – Pretendido trancamento de ação penal – Homicídio – Paciente que influenciou para que a vítima fatal, Testemunha de Jeová,

não recebesse transfusão de sangue – Alegando os motivos espirituais e de religião – Fato típico- Ausente a falta de justa causa- Ordem denegada. (Habeas Corpus nº 253.458-3, 3ª Câmara Criminal, relator: Pereira Silva- 05.05.98-V.U.).

Ementa: Medida Cautelar- Autorização judicial para cirurgia e transfusão de sangue em paciente necessitada que se recusa à prática do ato por questão religiosa – Desnecessidade- Estrito cumprimento do dever legal do médico – Recurso não provido. (Apelação Cível nº 264.210-1- Suzano, 6ª Câmara de Direito Privado, relator: Testa Marchi- 01.08.96-V.U.)

CONCLUSÃO

A recusa das Testemunhas de Jeová em receber transfusão de sangue tem fundamento bíblico. Elas carregam um cartão (Documento Para uso Médico) com o propósito de notificar aos médicos a sua recusa, aceitam tratamentos alternativos, assinam um “Termo de Isenção de Responsabilidade”.

Foram criadas Comissões de Ligação com Hospitais (COLIHs) para amparar as Testemunhas na sua determinação de não aceitar infusão de sangue.

Existem médicos que não aceitam a recusa a receber sangue, não admitem tal interferência em seu trabalho. Outros, sempre que possível tratam alternativamente só realizando a transfusão quando não há possibilidades de tratamentos alternativos e a transfusão é absolutamente necessária para manutenção da vida do paciente.

A liberdade religiosa está no cerne dos direitos fundamentais. É forma de manifestação de pensamento. Em muitos países é negada ou desconhecida. Geralmente é estabelecida nas Nações civilizadas. Na Constituição Federal de 1988 foi estabelecida no art.5º, VI.

O Código Penal reza em seu art. 135 que comete crime de omissão de socorro quem “deixou de prestar assistência...”. Existem várias formas de prestar assistência; quando o médico trata alternativamente, não está omitindo socorro.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, art. 5º, II: “ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Comete o crime tipificado no art. 146 do Código Penal , constrangimento ilegal, quem violar o direito prescrito no art. 5º, II da CF. Mas, há a exclusão da antijuricidade da “intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida”, conforme está prescrito no § 3º do mesmo artigo.

Em face dos direitos fundamentais à vida e à liberdade religiosa deve haver maior discussão em relação ao tema. A preferência por um deles não é tão simples.

Alguns acham que a vida é o bem maior. Outros acham que em um conflito entre o direito à vida e à liberdade, o titular dos direitos é que escolherá o que tem de prevalecer.

Diante da divergência de entendimentos, talvez fosse mais adequado se tentássemos respeitar a liberdade religiosa mesmo nos casos de perigo de vida em que seja possível tratamento alternativo.

Só em casos de perigo de vida e em que não haja a possibilidade de alternativas é que pesariamos os bens jurídicos envolvidos e poderíamos considerar a possibilidade da transfusão mesmo contra a vontade do paciente.

Não existe conclusão geral, cada caso deve ser analisado conforme as provas e circunstâncias.

BIBLIOGRAFIA

1. BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed., atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 1984.
2. CHAVES, Antônio. A ordem religiosa “Testemunhas de Jeová” não admite transfusões de sangue. Como ficam as operações de crianças em perigo de vida?. In: Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados-RTJE. Ano 20. Abril de 1996, vol 147.
3. COMO pode o sangue salvar a sua vida?. Cesário Lange: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1990.
4. CONSTANTINO, Carlos Ernani. Transfusão de sangue e omissão de socorro. In: Revista jurídica – órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica jurídica. Porto Alegre/RS. Ano XLV, nov. 1997, nº 241.
5. _____. Réplicas às críticas tecidas ao nosso artigo: Transfusão de sangue e omissão de socorro. In: Revista jurídica – órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica jurídica. Porto Alegre/RS. Ano XLVI, abril de 1998, nº 246.
6. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

7. JUIS – Jurisprudência informática – da Saraiva. N. 12, 2º trim., 1998. CD-ROM.
8. MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 2ª ed., revista e actualizada. Vol. IV. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.
9. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 5ª ed. Revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 1999.
10. _____. Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1988.
11. MURIEL, Christine Santini. Aspectos Jurídicos das transfusões de sangue. In: Revista dos Tribunais. Ano 83. Agosto de 1994, vol. 706.
12. PIAZZA, Pe. Waldomiro. Teologia Fundamental para leigos – Jesus Cristo nos evangelhos. São Paulo: Ed. Loyola, 1980.
13. SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 6ª ed., revista e ampliada de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª tiragem, 1990.
14. TESTEMUNHAS de Jeová: Proclamadores do Reino de Deus. São Paulo: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1993.
15. UMA notável conferência em Moscou sobre cirurgia sem sangue. Despertai!, 22. Abr. 1999.
16. WILGES, Irineu. Cultura religiosa – As religiões no mundo. 8ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1994.

Pareceres:

1. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Questões Constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue. São Paulo. Impresso pela Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e tratados, 1994.
2. FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. Ed. Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados.

OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E A DIFÍCIL TAREFA DE JULGAR.

WALBER SIQUEIRA VIEIRA.

*Advogado; Procurador Jurídico da Fundação
da Criança da Cidade – FUNCI;*

“O juiz, na realidade, é a alma do processo jurídico, o artifício laborioso do direito novo contra as fórmulas caducas do direito tradicional.”

(Jean Cruet)

A moderna doutrina processual, tendo à frente figuras do mais alto quilate, como Eduardo Coutoure, Betti, Moacir Amaral dos Santos, advoga que o verdadeiro desiderato do processo é dirimir o conflito de interesses postos ‘a apreciação do Poder Judiciário.

O processo possui dupla finalidade: uma, de natureza pública e outra, privada. Esta, quando objetiva solução da lide; aquela quando a prestação jurisdicional do Estado – Juiz tenha por desiderato trazer a paz no âmago da sociedade.

A regra insculpida nos ditames do art. 130 da nossa atual Lei Adjetiva Civil traz a visão social do processo mediante os chamados poderes instrutórios gerais do juiz.

Senão vejamos:

Art. 130 “ Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

Um consectário lógico e inarredável desta moderna doutrina seria a libertação do juiz na busca da verdade real, do justo.

Dormita no supramencionado artigo a autorização para que o juiz possa pesquisar, objetivando a ampla investigação da verdade real para constatar a veracidade das provas produzidas pelas partes.

Antigamente, isto não era possível.

Na visão privatista do código de 1939, o social estava nitidamente isolado. O juiz encontrava-se adstrito ‘as provas que as partes carregavam ao bojo do processo, devido ao caráter individualista da época.

Hoje, entretanto, o magistrado tem todo o espaço para a busca de provas inclusive, se for o caso, tem prerrogativa de determinar, de ofício, todo e qualquer tipo de material probatório que julgue importante para a formação de seu convencimento.

Com a excelsa autoridade que lhe é peculiar, o Min. do STJ, Sálvio de Figueiredo Teixeira, preceitua com maestria:

“O juiz pode assumir a posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes.”

O juiz, com seus poderes instrutórios, não é mais um mero espectador do processo. Sem azo de dúvidas, passou a ser um protagonista deste processo, atuando como um grande agente de transformação social.

A aplicação dos poderes instrutórios do juiz traz a solução para o litígio de uma forma mais justa no atendimento dos anseios da sociedade. E é no interrogatório das partes que o poder instrutório do juiz se faz mais presente.

Mas, como compatibilizar, em uma mesma sistemática processual, a existência de poderes dispositivos (art. 333, I e II – CPC) com poderes instrutórios do juiz (art. 130 CPC) ?

Na verdade, esta suposta contradição, entre os arts. 130 e 333, I e II, não existe, pois se conclui que o art. 333 nada mais é que a complementação do colorário do chamado Princípio Dispositivo da Demanda, ou seja, se se provoca a atividade jurisdicional do Estado – Juiz tem-se que expor os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido porque isto constitui o Princípio da Substanciação da Lide .

O que o art. 333 do CPC exige do autor é que este prove o fato constitutivo de seu direito mediante os elementos probatórios. O autor, desta forma, comprovará que o direito que alega é existente. Por sua vez, o réu, ao se contrapor ao pedido do autor, mediante a contestação ou nas contraposições previstas pela Lei dos Juizados Especiais, deverá provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Portanto todas estas especificações, previstas no art. 333, do CPC, e umbilicalmente ligadas ao Princípio Dispositivo ou da Demanda, não afetam em nada o estabelecido no art. 130 do mesmo diploma legal. Se o autor não indicar elementos probatórios da existência dos fatos alegados em sua proemial, sua petição será considerada inepta para receber a chancela jurisdicional da admissibilidade.

O magistrado, sem perder essa imparcialidade necessária e imprescindível tão exigida, deve buscar a verdade real, usando os seus poderes instrutórios sem, no entanto, vulnerar os aspectos constantes do art. 333 do CPC, onde está o Princípio da Dispositividade.

É o que exatamente advoga o grande jurista NELSON NERI: o “ **poder instrutório do juiz, principalmente de determinar “ex officio” a realização de provas que entender pertinente, não configura como exceção ao princípio dispositivo.**”

A técnica hermenêutica do sistema mantém os poderes instrutórios do juiz em perfeito equilíbrio com os princípios da dispositividade – característica que melhor reflete o nosso sistema processual – e do ônus da prova.

O juiz, inclusive, tem o poder de indeferir toda e qualquer prova que achar inútil, tudo em prol da mais cristalina justiça, velando, assim, pela rápida e justa solução da lide, tendo como bússola, quando da prolação de sua sentença, o interesse social.

Lília Maia de Moraes, vencedora do I Concurso de Monografias sobre o Poder Judiciário promovido pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará - ESMEC. 1998. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará mediante a monografia intitulada “O Poder Judiciário e os Desafios do Estado Contemporâneo”, explica-nos:

“A história da magistratura revela grande complexidade posto que, para o seu entendimento, é necessário o conhecimento da

evolução das sociedades humanas, da complexidade crescente das organizações sociais, das diversas formas e sistemas de governo e todas as situações estabelecidas através dos tempos. Todos esses fatores influenciaram no papel da magistratura através da história e, conseqüentemente o papel do juiz no mundo atual.”

Já o ilustre Senador da República e prof. emérito da Universidade de Brasília, Dr. Josaphat Marinho, em artigo publicado pela REVISTA DA ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS, com muita propriedade, leciona:

“ É a tarefa criadora, que completa a lei ou lhe dá nova dimensão, para mantê-la contemporânea da realidade sobrevivida. A luz da conveniência social de evitar que a vida em mutação constante esgote o conteúdo da norma, o juiz a estende, mediante interpretação construtiva, as situações antes imprevisíveis, mas que se enquadram no cerne da matéria originariamente regulada. Sem negar-lhe a substância ou espírito, o juiz insufla vitalidade à norma, para conservá-la portadora de eficácia real, até que o legislador emita outro instrumento disciplinante adequado, ou inovador.”

Neste passo, recorremos novamente aos ensinamentos do grande Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, desta vez em artigo intitulado “O Aprimoramento do Processo Civil Como Pressuposto de Uma Justiça Melhor.”

“Sente-se no ar, porém, um sopro de renovação participando de uma justiça “mais enferma que culpada”, os magistrados brasileiros estão mudando. Não mais se limitam à função de julgar e prestigiados pelo novo texto constitucional, buscam integrar-se na sociedade a que servem, compreender o fenômeno social na sua origem e contribuir para a melhoria do mecanismo judicial. Daí as esperanças que o povo nos juizes está a depositar, sem embargos das notórias deficiências do nosso aparelho judiciário.”

Em arremate final a estas breves considerações sobre o assunto, a belíssima passagem muito bem escrita pelo Magistrado Francisco José Soares em seu livro “O OFÍCIO JUDICIAL – VOTOS E SENTENÇAS.”

“ De Santo Ivo, patrono dos juristas, diz-se ter sido tão virtuoso quanto arguto. Perante ele, relata a tradição, um rico senhor demandou contra um pobre operário, cobrando-lhe indenização por haver usufruído os suaves odores de sua bela colina. O santo julgador reconheceu-lhe a procedência do pedido, condenando o pobre a lhe pagar uma moeda de ouro. Recebeu a moeda e fê-la tilintar sobre a mesa, e quando o rico ia apanhá – la com a ganância sôfrega dos avaros, Santo Ivo obstou-lhe o gesto, declarando que aquele som provocado pela moeda era o bastante para compensar o aroma das flores que o pobre havia aspirado.”

BIBLIOGRAFIA.

- GONÇALVES, Willian do Couto. **Revista de Direito Processual** n.º 60, Ano 15. Pág. 185.
- MARINHO, Josaphat. A Função de Julgar e a Constituição, **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. Ano VIII. n.º 6. Rio de Janeiro, 2º Semestre de 1994. pág. 174.
- SOARES. Francisco José. O Ofício Judicial – Votos e Sentenças. Ed. UNIFOR. Fortaleza – Ceará. pág. 21.
- JUNIOR. Nelson Nery e Rosa Maria Andrade Nery. Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.
- TEIXEIRA. Sálvio de Figueiredo. **Atualidades Jurídicas**. O Aprimoramento do Processo Civil Como Pressuposto de Uma Justiça Melhor.” Ed. Del Rey. Belo Horizonte. Ano Centenário da Faculdade de Direito, pág. 134. 1992.
- _____. **Revista dos Tribunais – RT**, 729/155.

JURISPRUDÊNCIA

Nº 00.07895-3 – AÇÃO CAUTELAR INOMINADA

REQUERENTES: – **MUNICÍPIO DE COREAÚ E OUTROS**

REQUERIDAS: – **CÂMARA MUNICIPAL DE COREAÚ E OUTRAS**

RELATOR DESIGNADO PARA LAVRAR ACÓRDÃO: – **DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA**

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. PEDIDO DA AÇÃO PRINCIPAL ANUNCIADA JURIDICAMENTE IMPOSSÍVEL. NÃO CONHECIMENTO.

I – A medida principal, apontada no caso concreto, traz pedido juridicamente impossível, haja vista que não existe, no ordenamento jurídico pátrio, ação declaratória de constitucionalidade no âmbito da competência da Corte estadual. Assim sendo, inviável conhecer-se do pedido cautelar que lhe é preparatório e que, de igual, padece da mesma impossibilidade jurídica.

II – Ação cautelar não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos, acordam os Desembargadores integrantes do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em sua composição plenária, por maioria de votos, vencidos os Desembargadores Edmilson da Cruz Neves, João de Deus Barros Bringel, Francisco da Rocha Victor, José Cláudio Nogueira Carneiro, Gizela Nunes da Costa, Ernani Barreira Porto, José Evandro Nogueira Lima e José Mauri Moura Rocha, em não conhecer da presente ação, tudo de conformidade com o voto do Exmo. Sr. Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha, designado para lavrar o acórdão.

RELATÓRIO

Cuida-se de ação cautelar inominada, intentada pelos Municípios de Coreaú, Poronga e Santana do Acaraú, contra as respectivas Câmaras Municipais, objetivando

a declaração de validade das Leis Orgânicas das citadas Comunas, independentemente de publicação em órgão oficial.

Anunciam os autores, como ação principal a ser proposta, uma “declaratória de constitucionalidade das mencionadas leis orgânicas”.

Devidamente citada, a Câmara Municipal de Poranga comparece ao feito para dizer que, após a promulgação de sua Lei Orgânica, foi dada ampla divulgação a esta, não tendo sido a mesma publicada em órgão oficial, por falta de recursos.

Por sua vez, a Câmara Municipal de Coreaú vem à sede da impetração para dizer da perda do objeto da ação, haja vista que a Lei Orgânica do citado Município já havia sido publicada no Diário da Justiça do dia 12 de junho de 1992.

Por fim, apesar de citada, a Câmara Municipal de Santana do Acaraú não compareceu à lide.

Instada a manifestar-se, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela extinção do processo sem julgamento de mérito, ante a falta de interesse no prosseguimento do feito, demonstrada pelos autores.

É o relatório.

VOTO

Como sabido, o processo cautelar tem como característica a instrumentalidade, considerando que existe, para garantir a eficácia de outro processo, o qual é chamado pela doutrina de processo principal.

Daí a exigência do art. 801, III, do C.P.C., ao dispor que o requerente pleiteará a medida cautelar em petição escrita, contendo, dentre outros requisitos, menção à lide e seu fundamento.

Tal dispositivo legal implica exigir que a parte apresente a sua ação principal, para que o julgador possa verificar se a providência cautelar anterior realmente é procedente, observando, inclusive, a legitimidade das partes e seu interesse processual.

A intenção do legislador ordinário, quando criou a citada exigência, foi dar ao magistrado elementos, mediante os quais possa ser constatada a viabilidade da demanda principal anunciada e, de conseqüência, da cautelar que lhe visa assegurar o resultado.

Sobre a matéria observe-se o magistério de Humberto Theodoro Júnior:

“O processo cautelar é instrumental, serve à tutela de outro processo, que a doutrina chama de processo principal ou de mérito.[...]”

Mas como a medida cautelar pressupõe um processo principal, exige o Código que aquele que pretende a tutela instrumental preventiva demonstre a existência ou a probabilidade da ação de mérito. E isto se faz mediante descrição, no pedido de cautela, da ‘lide e seus fundamentos’. [...]

O que se há de procurar é a demonstração de que, genericamente, o ‘fumus boni iuris’ do requerente lhe assegura alguma ação de mérito, cuja possibilidade jurídica exista e cuja legitimidade de parte corresponda aos sujeitos da ação cautelar.

A demonstração dos fundamentos, portanto, é, ‘in casu’, destinada a comprovar a existência das condições da ação, de mérito. Se estas inexistirem, o processo principal será inviável e a medida cautelar que lhe é acessória também não terá cabimento.

Da carência da ação, com relação à questão de mérito, decorre automaticamente a carência da co-respectiva ação cautelar” (in Curso de Direito Processual Civil, RJ, Forense, 1996, pp. 401/402)

No caso concreto, conforme se vê às fls. 10 dos autos, a ação principal, indicada pelos municípios-requerentes, é uma “ação declaratória da constitucionalidade” das cogitadas leis orgânicas.

Ora, a já mencionada medida de mérito traz pedido juridicamente impossível, haja vista que não existe no ordenamento jurídico pátrio controle direto de constitucionalidade no âmbito da competência das Cortes estaduais.

É que, somente perante o Supremo Tribunal Federal, é possível a propositura de ação declaratória de constitucionalidade, quando se tratar de lei ou ato normativo **federal**, conforme o art. 102, inciso I, alínea “a”, CF/88, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 3/93.

Logo, sendo juridicamente impossível a demanda principal dos autores, inviável conhecer-se o esquipático pedido cautelar que lhe é preparatório e que, de igual, padece da mesma impossibilidade jurídica.

Do exposto, não conheço da presente ação cautelar inominada, extinguindo o processo sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

É como voto.

Fortaleza, 17 de fevereiro de 2000.

PRESIDENTE_____

RELATOR_____

PROCURADOR_____

c:/ não conhecer cautelar.doc

Nº 1998.02151-9 - MANDADO DE SEGURANÇA

IMPETRANTE: – FRANCISCO BENEDITO PEREIRA DE ALMEIDA

IMPETRADO: – SECRETÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ E OUTRO

RELATOR DESIGNADO PARA ACÓRDÃO: – DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. POICIAL MILITAR. PROMOÇÃO. ART. 29, IV, DA LEI ESTADUAL Nº 10.273/79. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, CF/88).

I – Não importa em malferimento ao princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII) a vedação de acesso ao quadro de promoção do policial militar que responde a procedimento criminal.

II - Tal disposição infraconstitucional não tem conteúdo cominatório de punição, pois não está impingindo em desfavor do impetrante qualquer culpa, nem lhe antecipando os efeitos de uma sentença penal condenatória. Ademais, não é subtraído do oficial a possibilidade de vir a gozar do dito benefício, uma vez que o art. 17, inciso III, da Lei Estadual nº 10.273/79, dispõe que aquele será ressarcido da preterição, desde que seja reconhecido seu direito à promoção, quando for absolvido ou impronunciado no processo-crime a que estiver respondendo.

III – Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutido, acordam os Desembargadores integrantes do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em sua composição plenária, por maioria,

vencidos os Desembargadores Edmilson da Cruz Neves, João de Deus Barros Bringel, Francisco da Rocha Victor e José Evandro Nogueira Lima, em denegar a segurança pleiteada, cassando a liminar anteriormente concedida, tudo de conformidade com o voto do Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha, designado para lavrar o acórdão.

RELATÓRIO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Francisco Benedito Pereira de Almeida, contra ato das autoridades acima epigrafadas, o qual impediu o acesso do impetrante ao quadro de promoção da Corporação Militar deste Estado, com esteio no disposto no art.29, inciso IV, da Lei Estadual nº 10.273/79.

Alega o requerente que a decisão que vedou a inclusão de seu nome no quadro de promoção ignorou inteiramente o princípio constitucional insculpido no art. 5º, LVII, da Carta Magna, qual seja, o da presunção de inocência.

Em peça de informações que demora às fls. 25/31, a parte impetrada refuta os argumentos, citando vários pronunciamentos doutrinários e jurisprudenciais.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria Geral de Justiça foi pela concessão da segurança.

VOTO

A Lei Estadual nº 10.273, de 22 de junho de 1979, dispõe em seu art. 29, inciso IV, o seguinte:

“Art. 29. O oficial PM não poderá constar quadro de acesso quando:

[...]

IV – for denunciado em processo crime, quando a sentença não transitar em julgado”.

A aplicação da norma estadual acima transcrita em nada afronta o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII).

É que a vedação inserida na citada disposição legal não está impingindo ao oficial qualquer culpa, nem lhe antecipando efeitos de uma sentença penal condenatória.

Ao contrário, está apenas colocado-o em situação peculiar com relação aos demais oficiais, tendo em vista encontrar-se à disposição do Poder Judiciário, em virtude da instauração de procedimento criminal contra sua pessoa.

Ademais, não é subtraído do oficial a possibilidade de vir a gozar do dito benefício, uma vez que o art. 17, inciso III, da Lei Estadual nº 10.273/79, dispõe que aquele será ressarcido da preterição, desde que seja reconhecido seu direito à promoção, quando for absolvido ou impronunciado no processo-crime a que estiver respondendo.

Sobre o assunto em tela já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“Policia! Militar. Promoção. Art. 15 do Decreto nº 666/64 do Estado do Espírito Santo. Inexistência de Ofensa ao artigo 5º, LVII, da Constituição Federal. Recurso extraordinário não conhecido. Inexiste a alegada ofensa ao artigo 5º, LVII, da Constituição que não tem o alcance pretendido pelo recorrente, uma vez que se circunscreve ele ao âmbito penal.

Ademais, como saliente o acórdão recorrido, o Decreto em causa sequer estabelece que o óbice à promoção da praça que está ‘sub judice’ é absoluto, porquanto tem ele dispositivo expresso no sentido de que ‘a praça absolvida em última instância será promovida em ressarcimento de preterição, se a isto tiver direito, independentemente de vaga e data’, ressalvando, portanto, a hipótese de posterior absolvição, o que, aliás, no caso, não ocorreu” (STF – RE 210363/ES – Rel. Min. Moreira Alves – j. 23.6.1998 - DJ 16.10.1998 – p. 00018).

No mesmo sentido: STF, RE 141.787-1 – j. 01.06.1999 – DJ 25.06.1999.

Assim também tem decidido, de forma reiterada, esta Egrégia Corte de Justiça, conforme se pode verificar a partir do voto proferido pelo Exmo. Sr. Des. Raimundo Bastos de Oliveira, nos autos do Mandado de Segurança nº 97.04803-1, cuja ementa é a seguinte:

“Mandado de Segurança – Polícia Militar – Oficial – Quadro de Promoções – Acesso – Indeferimento.

O ato administrativo, editado com fincas na lei de regência, que recusa a promoção de Oficial PM, por se encontrar, na época da

consagrada movimentação, na condição de sub judice, não agride o princípio da presunção de inocência. Precedentes. Ordem denegada”.

Na hipótese de que se cuida, conforme relatado pelo próprio impetrante, este responde a ação criminal pela prática de crime previsto no art. 129 do Código Penal Pátrio, o qual se encontra na fase de produção probatória.

Tal circunstância, de acordo com a regra da lei estadual já mencionada, impede, neste momento, a inclusão de seu nome no quadro de promoção da Corporação Militar, não importando tal proceder, consoante demonstrado, em inobservância ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Por tais razões, pedindo vênias ao eminente Relator e aos demais Desembargadores que o seguiram, denego a segurança, cassando a liminar anteriormente concedida.

É como voto.

Fortaleza, 17 de fevereiro de 2000.

Presidente _____

Relator p/ Acórdão _____

Procurador _____

C:/ inocencia militar.doc

DECISÕES E ACÓRDÃOS

DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO

FRANCISCO EDUARDO FONTENELE BATISTA

Juiz Substituto

Processual Civil. Revisional de Contrato Bancário. Efeito Válido da Citação. Litigiosidade da Coisa.

01. Trata o presente feito de ação ordinária revisional de contrato de cédula de crédito industrial que Margarida Lidouvina Rodrigues ME e Margarida Lidouvina Rodrigues interpuseram contra o Banco do Nordeste do Brasil S/A, ambos qualificados, onde visam as autoras a declaração de nulidade e, de conseqüência, intervenção judicial na formação das cláusulas que constituem a avença presente entre as partes.
2. Ao efetuar o juízo de admissibilidade da postulação autoral, veiculada na inicial em sua integralidade, este Juízo reservou-se a apreciação do pleito de antecipação de tutela para momento, após concedida oportunidade para que sobre a integralidade do pleito a parte adversa se pronunciasse.
3. Ocorrida, pois, a citação válida do demandado e vindo em seguida aos autos a contestação de fls. 63/91, desacompanhada de documentação, passo, à análise da súplica antecipatória.
4. De pronto, impende afirmar-se que, após análise efetivada sobre a modalidade de tutela jurisdicional, invocada pelas suplicantes e verificando a inexistência de ações outras que tenham o citado contrato por fundamento, a par do fato de as autoras não haverem demonstrado qualquer restrição concretizada a seu crédito,

o pedido de antecipação de tutela pretendida é inócuo e, portanto, de desnecessária e inútil concessão.

5. Explica-se.
6. Viu-se que a avença existente entre as partes, ou melhor, a validade desta, à vista das disposições decorrentes do Código de Defesa do Consumidor, cuja tutela *in casu* é também pretendida, foi indelevelmente questionada pelas Suplicantes que argüíram a ocorrência sobre as mesmas de sérias nulidades em caráter absoluto.
7. Tendo sido a parte ré regularmente citada (fl. 60/61) ao ponto mesmo de vir ao feito a contestação¹ presente às fls. 63/91, a partir desse momento, a validade da avença ou relação jurídica de direito material - *rectius*, assim qualificado por José Carlos Barbosa Moreira² como o direito deduzido judicialmente - tornou-se litigiosa, resultando daí sérias conseqüências processuais sobre as quais se discorrerá na presente decisão.
8. De fato.
9. Por objeto da demanda tem-se não só pedido mediato, representado pelo bem material da vida, sobre o qual recairá ou sobre o qual jogará seus efeitos a sentença de mérito, mas sim toda e qualquer coisa ou relação jurídica material colocada à apreciação do órgão jurisdicional e que por tal razão, uma vez deduzida, em júízo, a pretensão correlata e, validamente formada a relação processual, vem a tornar-se litigiosa. Esse é apenas um dos efeitos, dentre processuais e materiais, trazidos pela citação válida.
10. O sentido que a lei imprime à expressão “coisa litigiosa”, adotando a orientação abalizada do eminente lente De Plácido e Silva³, corresponde assim a toda e qualquer relação jurídica, deduzida em Júízo, ou objeto material sobre o qual a mesma se funda, a reclamar do Judiciário o exercício de sua atividade declarativa e formuladora da norma jurídica concreta, aplicável à lide e com vistas à sua composição.

1. Embora o atendimento do réu ao chamamento ao processo seja totalmente desnecessário à concretização da litigiosidade da coisa, segundo Pontes de Miranda, em seu famoso “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. 4, p. 228, ed. Forense.

2. O Novo Processo Civil Brasileiro, 19ª ed., p. 33, Forense, 1998.

3. Dicionário Jurídico, ed. Forense, 1998, 15ª ed., 2ª tiragem, revista e atualizada, p. 178.

11. Apesar de a maioria esmagadora da doutrina nacional dar atenção e tecer comentários apenas com relação à litigiosidade do objeto, enquanto coisa material, não há como não reconhecer autorizar a realidade jurídica afirmar-se que não raro ocorrem litígios como o presente, em que não se está a discutir a posse ou propriedade de um objeto corpóreo, material, e sim a validade e efetividade de um pacto à luz do conjunto de normas jurídicas vigentes e aplicáveis.
12. Tal constatação permite afirmar que, de boa técnica não foi, portanto, o trabalho do legislador de 1973, ao estabelecer o vocábulo “coisa” no teor do art. 219 (de idêntica redação à do antigo artigo 166 do Código de 1939) para designar o objeto da controvérsia judicial, por exatamente ter deixado, e de forma errônea, entendendo, aparentar referir-se apenas ao objeto material ou “coisa” sobre o qual versa a lide, entendimento este que não deve prevalecer.
13. Diante de tais argumentos, e interpretando, à vista das considerações supracitadas, o acertado sentido da letra da lei, entende este Juízo que deve-se conceber por coisa litigiosa não só a coisa ou bem material da vida que está sendo disputado em demanda judicial, mas sim a toda e qualquer relação jurídica que se faz controversa, na lição de Carnelluti, ao ser trazida a juízo em uma pretensão formalizada e resistida, fazendo nascer o litígio e tornando-a, nos termos do art. 219 antes mencionado, litigiosa. Assim é que tenho por litigiosa a relação jurídica material entre requerentes e demandado.
14. Como decorrência própria de tal conclusão, pois, sérias conseqüências processuais advêm aos sujeitos processuais, dentre os quais, para aclará-las, cabível é a todo ponto o escólio de Amaral Santos⁴ segundo o qual dá-se, nesse caso, a ocorrência de **“conseqüências que afetam a validade de atos concernentes à sua disposição, reguladas, inclusive, por leis de natureza processual”**. Isso não poderia deixar de ocorrer na presente demanda, firmando-se a presente intelecção, esclarece-se de oportuno, em bases lógicas de raciocínio.
15. Estando em evidente discussão cláusulas contratuais (fls. 8, 12, 13 e 14) cuja validade é severamente questionada, e incidindo as mesmas diretamente na construção do preço a ser pago em amortização, pelas autoras, ao réu, após análise do teor do contrato na situação em que se encontra, tenho que o eventual inadimplemento - sem, no entanto, aqui tê-lo por justificado ou autorizado, caso

4. Ed. Saraiva, p. 164, 1999.

este venha a ocorrer - das parcelas pode vir desencadear às partes, mesmo com a existência da presente ação, a prática de atos em desfavor das autoras por parte do réu. Nesse sentido, **é que tenho a prática desses atos por impedida, em função do mencionado efeito que decorre da citação válida, até que sobre a relação jurídica venham incidir os efeitos do provimento judicial definitivo.** Tome-se, pois, a exemplo a questão da interposição de eventual ação de execução, ou mesmo ação de reintegração de posse, fundada em contrato cuja validade se discute em ação anterior. No primeiro caso, a litigiosidade da relação jurídica tem efeitos tantos que consegue mesmo comprometer seriamente a força executiva do contrato⁵, havendo já a jurisprudência considerado o tema da mesma forma já outras tantas vezes, inclusive⁶.

16. Mencionada a impossibilidade de modificação do *status quo* da coisa litigiosa a partir do momento da citação, há que se tecer também, como forma de validar a presente intelecção, breve comentário em relação aos efeitos da sentença como forma de atestar a aplicabilidade e invocação do preceito da litigiosidade da coisa *in casu*, o que passo a fazer, à vista de eventual vislumbamento de óbices a esse entendimento por parte da doutrina, tomando-se como base a questão da retroação

-
5. “A preexistência de ação intentada por mutuário, tendo por escopo discutir o adimplemento das obrigações contratuais, notadamente, os índices a serem aplicados nos reajustamentos das prestações, obsta a que o agente financeiro promova ação executiva objetivando haver as quantias que estão sendo questionadas em juízo. (...)” (TRF 5a. Região. Registro inicial do processo (RIP): 05045744, decisão de 21.8.90. Processo AC. nº506693, ano:1990, UF: CE, Turma :2, Apelação Cível. Fonte (Publicação): Data da Publicação (mês-dia-ano): 09-28-1990 - DJ DATA (mês-dia-ano): 09-28-1990 PG:, Relator - Juiz José Delgado).
6. “Coisa litigiosa, incabível a execução. Existindo ação anterior dos mutuários contra o agente financeiro do BNH, em que se questiona o “quantum” pertinente ao reajuste das prestações de seus imóveis, o contrato de mútuo tornou-se litigioso sendo incabível a execução hipotecária. - precedentes da turma. - recurso improvido.” (TRF 5a. Região. Registro inicial do processo (RIP): 05025824, Decisão:07-06-1990, Processo AC, nº: 0505631, ano: 1990, UF: CE Turma: 1, Apelação cível. Fonte (Publicação): Data da Publicação (mês-dia-ano): 09-14-1990 - DJ, Data (mês-dia-ano): 09-14-1990, pág. *****. Relator Juiz Castro Meira); “Execução fundada em contrato de mútuo objeto de ação declaratória. Inexigibilidade do título. Medida cautelar deferida para sustar a execução.- não pode ser considerado título líquido e certo, para fins executórios, contrato de mútuo objeto de ação declaratória. Proposta ação na qual o mutuário pede o acertamento da relação jurídica, o contrato mútuo tornou-se coisa litigiosa com a citação do agente financeiro do SFH. Mantém-se, por conseguinte, liminar concedida em procedimento acautelatório que visa evitar qualquer forma de execução, até que a ação principal chegue ao seu fim. - agravo de instrumento a que se nega provimento. Decisão unânime.” (TRF 5a. Região. Registro inicial do processo (RIP): 05053550, decisão:04-04-1991, processo: AG nº 0500799, ano: 1990, UF: CE, turma:1. Agravo de instrumento. Fonte (publicação): data da publicação (mês-dia-ano): 04-26-1991 - DJ, data (mês-dia-ano): 04-26-1991, pág: 08829. Relator Juiz Francisco Falcão)

desses efeitos ou não, já que é clássica a lição doutrinária, meramente formalista, segundo a qual, das modalidades de sentença apenas a de caráter constitutivo não teria seus efeitos protraíveis no tempo, à data da citação, por exemplo⁷.

17. Com efeito.
18. Buscando-se qualificar a pretensão inaugural, tomando como princípio a modalidade de tutela cognitiva solicitada diante dos postulados apresentados pela doutrina contemporânea, observa-se ter a presente caráter misto.
19. O pleito autoral ressuma, a modo próprio, a presença de súplica de três tipos de provimento jurisdicional, quais sejam o de natureza declaratória, comum a todas as sentenças, e ao qual se acresceria o efeito constitutivo de alterar – pela anulação de cláusulas do contrato à vista da legislação pertinente, em sendo o caso – a relação jurídica material existente como conseqüência dessa declaração, o provimento declaratório propriamente dito e o provimento de natureza condenatória.
20. Mas já é pacífico na doutrina moderna que todas as sentenças de conhecimento são, em sua concreitude, sentenças declaratórias, pois têm por escopo principal declarar o direito material aplicável à lide, ocorrendo apenas mudanças na denominação de seus efeitos em relação às partes ou ao plano material da relação jurídica, quando então recebem a denominação de meramente declaratórios, condenatórios e inclusive constitutivos.
21. As sentenças constitutivas, é bom que se diga, não poderiam deixar de carregar, em si, uma tremenda carga declaratória. E não haveria de ser diferente, pois, sem a certeza afirmada de um direito preexistente ou da existência das condições necessárias e determinadas por lei, para se criar uma nova relação jurídica, ou alterar a existente, a criação, extinção ou modificação dessa relação jurídica, como conseqüência dessa declaração, certamente tornar-se-ia inviável.
22. Analisando, nesses termos, o pedido inaugural, responsável, em virtude do critério simétrico ou princípio da congruência, pela qualificação e fixação dos limites objetivos e subjetivos do provimento jurisdicional de mérito eventualmente favorável, é que se colhe, como acima dito, que poderá o mesmo irradiar os três tipos de efeitos próprios aos processos de cognição, sobretudo o declaratório e constitutivo, na forma acima vista, a permitir com mais incisão, em relação ao

7. Muito embora o ordenamento reconheça exceções à regra (arts. 147, 158 e 452 do Código Civil).

efeito declaratório, a formação da convicção aclarada nessa decisão no que se refere à disposição e uso do contrato neste feito hostilizado em outras demandas judiciais.

23. Mesmo sem qualquer apego à citada lição doutrinária, plenamente válida é ainda perante esse juízo, se confrontado com a doutrina e sobretudo com a legislação, a afirmação segundo a qual os efeitos da prolação de eventual sentença meritória favorável devem retrotrair à data mesmo da interposição da *actio*, em sendo observada a orientação de Chiovenda, segundo o qual, entendimento contrário invariavelmente prejudicaria as partes que invocam a tutela jurisdicional em virtude da eventual demora pelo órgão estatal para o julgamento das demandas processuais à sua consideração posta.
24. Assim, também não haveria como não reconhecer aqui, uma vez já caracterizada a litigiosidade da relação jurídica material atacada, a imposição da retroação dos efeitos da eventual sentença de mérito, favorável a bem da efetividade processual enquanto corolário da instrumentalidade do processo, princípios basilares que norteiam a atividade jurisdicional, daí a completar o comando da bem lançada determinação legal (art. 219, CPC) oriunda da lavra do legislador processual de 1973.
25. Em conclusão, em decorrência do óbice representado pelo efeito processual trazido pelo Código de Processo Civil mencionado, impedida está a **modificação** da situação de fato existente entre as partes no que tange à execução do contrato no tempo e espaço ou de incidir ou ocorrer qualquer modificação outra da situação fático-jurídica em que se acham as partes avençantes a partir do momento em que se deu a citação válida. A manutenção da execução do contrato no tempo, na forma em que a mesma vem ocorrendo, seria uma consequência lógica que se extrai desse entendimento.
26. Uma vez tornada litigiosa a relação jurídica e constituído um dever de comportamento às partes no que àquela se refere, de conformidade com esse entendimento surge, pois, um ônus para os sujeitos processuais, impedidos que estão estes de, em se discutindo a validade de todo o contrato, ou mesmo apenas de parte dele, invocá-lo como preceito fundamentador de atos outros, judiciais ou não, que se anteriormente teriam naquela fonte a sua legitimação, justificando

plenamente, como se vê na jurisprudência de nossos tribunais⁸, o claro reflexo do efeito processual da litigiosidade do objeto da demanda *in casu* para a prática de quaisquer atos, inclusive aqueles mencionados no pleito antecipatório.

27. Saliente-se, por fim, que em sendo tal conduta negativa um ônus, não poderia a lei como tal deixar de impor sanção ao caso de desrespeito. Assim é que emerge da própria lei processual vigente a legal imposição da pena processual da litigância de má-fé nesses casos⁹, nos termos dos art. 17, incisos I e III, art. 16 e art. 18, todos do Código de Processo Civil, sem falar doutra banda na possibilidade de declaração de nulidade absoluta do ato praticado nessas circunstâncias e independentemente de prova de prejuízo de quem o alegar - de modo a torná-lo ineficaz - e mediante simples informação nestes autos.
28. Com efeito, e sem prejuízo de reformulação da convicção aqui esclarecida, sobretudo à vista de inovação ocorrida na situação jurídica existente entre as partes até o trânsito em julgado de eventual decisão de mérito, indefiro, à vista das considerações supra traçadas, o pedido de antecipação de tutela formulado pela parte autora e, de conseqüência, determino: A) a intimação das partes sobre o teor da presente decisão para a devida ciência, e b) a intimação da parte autora para que se pronuncie sobre a contestação, no prazo de dez dias.
29. Em exercício do poder instrutório genérico, este decorrente do art. 130 do Código de processo Civil, determino que apresente, no prazo de dez (10) dias, a parte requerida os extratos dos pagamentos em amortização efetuados pela parte autora à sua dívida até o presente momento.
30. Expedientes necessários.

Itarema, 7 de abril de 2000.

-
8. Veja-se mais uma vez, a propósito, como se apresenta o entendimento do Tribunal Regional Federal da 5a. região, adiante transcrito, conclusivamente sobre o tema: “A propositura de ação na qual se discute a relação jurídica, que passa a ser então coisa litigiosa, é inadmissível. A propositura da execução fundada nessa mesma relação, porque em coisa litigiosa não pode fundar-se um credito liquido e certo.- agravo improvido.” (TRF 5a. Região. Registro inicial do processo (RIP): 05015883 Decisão: 19-10-1989, Processo: AG, nº 0500150, ano: 1989, UF: CE, Turma: 1, Fonte (Publicação): Data da Publicação (mês-dia-ano): 12-02-1989 - DOE, Data (mês-dia-ano): 12-02-1989, pág.**. Agravo de Instrumento. Relator Juiz Hugo Machado).
 9. STJ - Registro inicial do processo (RIP): 61869. Decisão: 12-05-1992, Processo: RESP, nº 20095, ano 1992, UF: SP, Turma: 3, Data da Publicação (mês-dia-ano): 06-08-1992 - DJ Data (mês-dia-ano): 06-08-1992 PG: 08618. Relator Waldemar Zveiter: “processual civil - litigância de má-fé - Deserção - Matéria de prova. I- A sanção que resulta da litigância de má-fé impõe - se quando consta apurado haver sido alterado o estado de fato da coisa litigiosa. (...) IV- Recurso conhecido e improvido.”

Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará



Composto e Impresso nas oficinas do
Parque Gráfico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará,
em setembro de 2000