



Revista da

EMERJ

Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro

Volume 3 nº 11 - 2000



EMERJ - A ESCOLA DO JUIZ



Revista da

EMERJ

Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro

Volume 3 nº 11 - 2000



EMERJ - A ESCOLA DO JUIZ

© 2000, EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

Des. Manoel Carpena Amorim; Des. Semy Glanz; Des. Laerson Mauro; Des. Darcy Lizardo de Lima; Des. Luiz Fux; Des. Décio Xavier Gama; Min. Carlos Alberto Menezes Direito; Des. Jorge de Miranda Magalhães; Des. Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento; Des. Jorge Alberto Romeiro Júnior; Des. Letícia de Faria Sardas.

Coordenação: Des. Décio Xavier Gama

Produção Gráfico-Editorial da Assessoria de Publicações da EMERJ

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); Editoração *website*: Geórgia Kitsos; Editoração: Márcio Alvim; Revisão: Irapuã Araújo, Milton Costa; Capa: Geórgia Kitsos.

Apoio Cultural: Banco do Brasil

Impressão: Infra-Estrutura Gráfica Banco do Brasil

Tiragem: 2.500 exemplares

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -
EMERJ, 1998.

v.

Trimestral -

ISSN 1415-4951 (impresso); 2236-8957 (*on-line*)

V.1, n.4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Todos os direitos reservados à

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Av. Erasmo Braga, 115/4º andar - CEP: 20026-900 - Rio de Janeiro, RJ

Telefones: (0XX21) 533-6642 / 533-5644 / 588-3376 - Fax: (0XX21) 262-9804

E-mail: emerjpublicacoes@tj.rj.gov.br



DIRETORIA DA EMERJ

Diretor-Geral

Des. Manoel Carpena Amorim

Conselho Consultivo

Efetivos

Des. João Carlos Pestana de Aguiar Silva

Des. Laerson Mauro

Des. Darcy Lizardo de Lima

Suplentes

Des. Sérgio Cavalieri Filho

Des. Marcus Antonio de Souza Faver

Des. Fernando Celso Guimarães

Presidente do Conselho de Conferencistas Eméritos

Des. José Joaquim da Fonseca Passos

Diretora do Departamento Geral de Estudos e Ensino

Dra. Heloisa Carpena Vieira de Mello

Coordenadora Geral de Ensino

Dra. Márcia Claudia Accioly Pimentel

Chefe de Gabinete

Dra. Maria Alice da Cruz Marinho Vieira

Aos Leitores

Estamos lançando mais uma REVISTA EMERJ.

Fiéis aos nossos objetivos, conseguimos reunir temas jurídicos de grande importância, quer no tocante aos seus autores, quer no tocante à atualidade das matérias.

Quanto a nós, resolvemos neste número dar aos leitores uma visão, ainda que superficial, da organização da justiça em dois países distantes com os quais não temos identificação cultural alguma – a China e a Tailândia. Vale, entretanto, a curiosidade e os pontos de convergência entre sociedades tão diferentes.

É impressionante, com toda certeza, o cuidado com que a Tailândia trata do treinamento dos seus juízes.

Esperamos que o novo número seja útil para o nosso público.

Até breve.

DESEMBARGADOR MANOEL CARPENA AMORIM
Diretor-Geral da EMERJ

SUMÁRIO

- VIAGEM À CHINA E À TAILÂNDIA** **11**
Desembargador Manoel Carpena Amorim - Diretor da EMERJ
Intercâmbio de conhecimentos com órgãos jurisdicionais daqueles países. Perspectiva de abertura da China nos últimos dez anos para o Ocidente de seu sistema de vida econômica para a concorrência de mercado. O grande surto de progresso daquele país. Evolução de seu sistema de Justiça. A Constituição da China de 04/12/1982, os Tribunais Populares e as Procuradorias Populares. Na Tailândia o ingresso na magistratura se faz por concurso público, com preparo e treinamento dos aprovados para o exercício do cargo, através do *Judicial Training Institute*. São quatro meses no Instituto e oito meses de estágio, em partes, assim denominadas: Conhecimento Judiciário, Trabalho no Tribunal e Assuntos Correlatos.
- JUDICIÁRIO: UMA VISÃO REALISTA** **21**
Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello - STF
Crises: um tema comum. O grande número de processos e planos econômicos e o mar de dúvidas sobre os índices aplicáveis em muitos casos, de correção monetária (Poupança, FGTS etc.). As Medidas Provisórias concedidas pela Carta de 1988 e a instabilidade de seu processo de implantação. A insegurança na eficácia da prestação jurisdicional. O papel importante dos magistrados na feitura da Justiça.
- A DECISÃO JUDICIAL** **24**
Ministro Carlos Alberto Menezes Direito - STJ
A aplicação do Direito no caso concreto. Regras do Direito e circunstâncias a influenciar a decisão. O senso de justiça individual. A interpretação enunciativa pelo Juiz. A obra de Carlos Maximiliano. A interpretação supra e infraconstitucional. A interpretação do STJ na reparação do dano moral e a Súmula nº 7 do mesmo E. Tribunal.
- LOPES DA COSTA E O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO** **43**
Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira - STJ
1. O processualismo em Minas Gerais. 2. Lopes da Costa: o homem e o juiz. 3. O jurista e a obra. 4. A influência de Lopes da Costa no processo civil brasileiro.

**CONSIDERAÇÕES SOBRE O EFEITO SUSPENSIVO DOS
RECURSOS CÍVEIS**

66

Advogado Sérgio Bermudes

1. O tema. 2. O efeito suspensivo. 3. Razões do efeito suspensivo. 4. Suspensão legal e provocada. 5. Efeito suspensivo provocado da apelação.

AS AÇÕES CAUTELARES NO DIREITO DE FAMÍLIA

72

Desembargador Wilson Marques

Conceito. A liminar. As Ações Cautelares Nominadas no Direito de Família. 1. A separação de corpos: Código Civil, artigo 223. Código de Processo Civil, artigo 888, VI. 2. Arrolamento de bens: Artigos 855/856. Conceito, natureza jurídica. Generalidades. 3. Guarda e educação dos filhos e regulamentação do direito de visitas: Artigo 888, VII. 4. Alimentos provisionais: Artigo 852.

O LITIGANTE HABITUAL

88

Procurador Ruy Mendes Pimentel

O litigante habitual à luz do C.D.C. O litigante habitual no direito e processo do trabalho. Direito Processual Civil. Três hipóteses eloqüentes: Cartões de crédito emitido sem solicitação do cliente; Banco sucessor confesso que nega tal condição posteriormente e aceitação de índice de correção monetária no processo para, depois, no mesmo processo dizer o banco que o índice não é “Z”, mas “Y”. Litigante habitual no direito e processo penal. Sugestões.

APONTAMENTOS SOBRE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

95

Juiz de Direito Adolpho C. de Andrade Mello Jr.

I. Introdução. Jurisdição. II. Face constitucional. III - *Judicial Review* - A Doutrina do Juiz Marschall - Alcance e evolução. IV. O modelo Inglês. V. O modelo francês - Controle político - O *Juris constitutionnaire* - Comitê constitucional e Conselho constitucional. VI. O modelo austríaco de controle - Concepção kelseniana. VII. Controle autônomo - Modelo alemão. VIII. Controle judicial na Constituição da República Portuguesa. IX. Controle de Constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro.

CITAÇÃO EDITALÍCIA. REVELIA. SUSPENSÃO DO PROCESSO. REFLEXÕES

110

Juiz de Direito Ronaldo Leite Pedrosa

Primeira divergência: retroatividade da norma. Segunda divergência: prazo da suspensão. Terceira divergência: o que fazer após o *dies ad quem*.

**A CLÁUSULA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E A GARANTIA DE
INSTÂNCIA DO PARÁGRAFO 1º, DO ART. 126, DA LEI Nº 8.213/91**

116

Juiz de Direito José Eduardo Nobre Matta

I. Apresentação. II. Breve Histórico sobre o devido processo legal. II.1. O Direito Inglês. II.2. O Direito Norte-Americano. III. Hermenêutica Constitucional dos Direitos e Garantias Fundamentais – Alcance do conteúdo jurídico do princípio do devido processo legal na ordem constitucional vigente. IV. O alcance da cláusula do devido processo legal e a exigência de garantia de instância prevista no parágrafo 1º, do art. 126, da Lei nº 8.213/91.

LEI DA MORDAÇA E DIREITO DE INFORMAÇÃO – MÍDIA E JUSTIÇA

131

Juiz de Direito Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

1. Introdução. 2. As hipóteses de sigilo mencionadas nos projetos. 3. A quebra do sigilo e a restrição dos Direitos de Personalidade. 4. As legislações atuais sobre o assunto. 5. Da conveniência ou não da aprovação dos projetos. 6. O Instituto do Segredo de Justiça. 7. O segredo de Justiça e a informação jornalística. 8. Conclusão.

JUIZADO DE DIREITO EM TERRITÓRIO INDÍGENA

147

Desembargador Asclepiades Rodrigues

1. O lugar. 2. A população. 3. Os missionários salesianos. 4. Justiça cível sem processo e sem advogado. 5. Justiça eleitoral. 6. Um julgamento pelo júri popular. 7. A imputabilidade penal do índio. 8. O problema dos entorpecentes. 9. Os índios e a Constituição da República.

**A PROTEÇÃO INTERNACIONAL AOS DIREITOS HUMANOS
DA MULHER**

155

Advogada Marianna Montebello

Introdução. Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Convenção de Belém do Pará. Conclusão.

O PAPEL POLÍTICO DO PODER JUDICIÁRIO

171

Juíza de Direito Flávia de Almeida Viveiros de Castro

1. O papel do Poder Judiciário: evolução histórica. 2. O papel político dos tribunais e o controle judicial do Poder. 3. O novo papel do magistrado.

MERCOSUL: DIREITO, JURISDIÇÃO, CIDADANIA E DEMOCRACIA

187

Desembargador Antônio Rulli Júnior

Introdução. Espaços de Integração e Mercosul. Construção de um Direito Comunitário. Soberania. Direito Comunitário e Direito Nacional. Estado Nacional e Direito Internacional. Contratos Internacionais e Estado Nacional. Protocolo de Brasília e Sistema de Solução de Controvérsias. Protocolo de las Lenas e o Supremo Tribunal Federal. Tribunal Supranacional. Parlatino. Conclusão.

MONOGRAFIAS DE ESTAGIÁRIOS - 1º SEMESTRE DE 2000

207

VIAGEM À CHINA E TAILÂNDIA

MANOEL CARPENA AMORIM

Desembargador TJ/RJ. Diretor-Geral da EMERJ

Dando seguimento ao programa de intercâmbio que vimos mantendo com diversas entidades internacionais, públicas e privadas nos EUA, Porto Rico, Paraguai, Argentina, União Européia, França, Portugal e Espanha, estivemos recentemente na China e na Tailândia, em visita à órgãos jurisdicionais daqueles países, retribuindo a recepção que fizemos no ano passado a uma delegação de juízes chineses.

Naquela oportunidade o que chamou a nossa atenção foi o grande interesse dos visitantes pelas nossas coisas, especialmente, pela organização judiciária brasileira.

Agora na China entendemos a razão de tanto interesse.

Se fizemos um retrospecto, ainda que superficial, da história da China vamos observar que o sistema social daquele país acabou de fazer 50 anos.

A revolução comunista de 1949, liderada por Mao Tse Tung, rompeu com as estruturas sociais da China Imperial e multimilenar que já fora abalada no início do século com a instauração da República por obra de **Sun Yat Sen**.

Politicamente, a China, nos últimos dez anos, agora sob a liderança de Den Xiao Ping, abriu o sistema para o ocidente permitindo a entrada, em grande escala, da concorrência de mercado.

Hoje a China experimenta um grande surto de progresso.

As grandes cidades chinesas como Beijing, Shangai e Hong Kong, esta última por outras razões, se equívalem a qualquer cidade do primeiro mundo e até as ultrapassam pela modernidade e pelas linhas arrojadas de sua arquitetura e de sua engenharia relativamente ao sistema viário interno e nacional.

É evidente que um salto dessa proporção, incentivado na última década, transformou a sociedade chinesa e está obrigando o país a adaptar a sua Justiça aos novos tempos.

A Justiça dos Mandarins, dos Imperadores, dos Chefes locais, do Partido Comunista e do exército começa a ceder espaço para a Justiça convencional dos países do Ocidente. Daí o interesse revelado pelas delegações dos Juizes que visitam o Brasil, mas também outros países da América e da Europa.

Quando indaguei em reuniões de trabalho mantidas com os dirigentes das Cortes Chinesas sobre a origem do Direito Chinês e mais especificamente sobre a origem da organização judiciária da China, a resposta não tardou: “O país está aberto a todas as culturas, desde que atendam as nossas peculiaridades”.

Aliás essa afirmação se afina muito bem com o momento cultural que estamos vivendo no ocidente. A Globalização, e os problemas correlatos que surgem, desmistificou a idéia de que o sistema jurídico processual devia estar arraigado à nossa cultura romana européia continental, via Península Ibérica.

Muitos e importantes institutos e mecanismos judiciários são hoje importados “com a maior desfaçatez”, sem que ninguém no Brasil fique sequer levemente ruborizado. Os Juizados Especiais, a transação penal, a suspensão condicional do processo são importados dos EUA sem que ninguém discuta a validade e a importância dos seus objetivos.

Com a China está acontecendo o mesmo, só que numa escala menor, uma vez que somente agora começam a surgir os conflitos intersubjetivos que a economia de mercado proporciona.

O cidadão chinês começa a desfrutar dos direitos inerentes à cidadania, além das divergências inevitáveis que começam a surgir entre os indivíduos, as empresas e o Estado.

Nenhuma sociedade pode prosperar, e a China está vivendo o desenvolvimento econômico, sem o suporte de uma organização judicial séria, capaz de dirimir os conflitos sociais.

Foi o clima que pudemos constatar na China. E é fantástico observar o surgimento desse organismo, que está à procura do seu perfil. Quem for à China para estudar o estágio de desenvolvimento daquela sociedade vai se defrontar com um verdadeiro laboratório onde os cientistas sociais estão procurando o melhor caminho.

Os Tribunais Superiores de Beijing e Shangai já dispõem de uma estrutura bastante operosa. Principalmente Shangai que, mesmo durante o período fechado do comunismo chinês, já dispunha de uma estrutura de livre mercado à semelhança dos países ocidentais.

Um dos portos mais importantes da Ásia, a poucos quilômetros do mar da China, por onde entravam e saíam mercadorias das mais diversas procedências, já há muitos anos dispunha de uma estrutura judicial capaz de responder à demanda que surge inevitavelmente desse regime de trocas, de importações e exportações dos produtos nacionais.

No Tribunal de Apelação de Shangai observa-se um movimento intenso e uma organização judiciária bem aparelhada para o desempenho das suas funções.

Os Juizes, em número equivalente aos nossos, como os demais funcionários chineses, não são bem remunerados, mas, em compensação, recebem integral apoio do Estado no que é essencial – moradia, transporte, educação dos filhos, assistência médica. Mas somados todos esses benefícios ainda ficam muito longe de nós.

Os recursos processuais são muito limitados, e, na Tailândia, nem existem sessões públicas dos julgamentos no segundo grau de jurisdição. Lá os juizes da Corte de Apelação se limitam a preparar os votos e publicar as decisões.

Aliás, pelo que temos visto na América, na Europa, e agora, na Ásia, o Brasil é recordista em número de recursos e em garantias nos julgamentos do 2º grau de jurisdição.

Os processos que chegam as nossas Cortes são em tal número que, no exterior, nos sentimos constrangidos em revelar.

O nosso Ministro Velloso a esse propósito conta uma história muito interessante, quando em reunião com Juizes da Suprema Corte Americana, indagado sobre o número de processos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, teve que ratificar a expressão dos números em *thousands* e não em *hundreds* como eles chegaram a supor.

É possível que esse exagero de recursos seja resultado de um processo cultural dos países em desenvolvimento. Tal como ocorre com a burocracia oficial que não tem similar em nenhum país do 1º mundo.

Parece que se pode estabelecer uma regra: Quanto mais pobre o país mais burocracia; quanto mais rico maior simplificação no trato das relações entre os indivíduos e o Estado.

No preâmbulo da Constituição Chinesa está escrito:

A República Popular é um estado multi-étnico unitário criado pela reunião dos povos de todos os grupos étnicos chineses. Relações socialistas de igualdade, unidade e solidariedade foram estabelecidas entre os grupos

étnicos e deverão continuar a ser fortalecidas. Na luta pela salvaguarda da unidade dos grupos étnicos, é necessário combater o chovinismo dos grandes grupos, especialmente o chovinismo Han, e combater o chovinismo local. O Estado deverá fazer o máximo para promover a prosperidade de todos os grupos étnicos.

O sucesso alcançado pela revolução e construção depende do apoio dos povos do mundo. O futuro da China está estreitamente ligado ao futuro do mundo. A China cultiva uma política estrangeira independente e observa os cinco princípios do respeito mútuo pela soberania e integridade territorial, não agressão mútua, não interferência nos assuntos internos de cada país, igualdade e benefício mútuo e a coexistência pacífica no desenvolvimento de relações diplomáticas e trocas culturais e econômicas com outros países. A China firmemente se opõe ao imperialismo, hegemonismo e colonialismo, trabalha para fortalecer a unidade com povos de outros países, apóia as nações oprimidas e países em desenvolvimento na sua luta para vencer e preservar a independência nacional e desenvolver suas economias nacionais, e esforçar-se para salvaguardar a paz mundial e promover a causa do progresso humano.

A Constituição, na forma legal, afirma as realizações das lutas do povo chinês de todos os grupos étnicos e define o sistema básico e as tarefas básicas do estado, é a lei fundamental do estado e possui a autoridade legal suprema. Os povos de todos os grupos étnicos, todos os órgãos do estado, as forças armadas, todos os partidos políticos e organizações públicas e todas as empresas e instituições no país devem ter na Constituição como seu padrão básico de conduta, e têm o dever de assegurar a dignidade da Constituição e garantir sua implementação.

Nota-se, portanto, uma indisfarçável tendência de dar ao cidadão chinês uma nova dimensão do seu destino, agora titular de direitos e obrigações inerentes à cidadania e à sua própria vida privada.

Evidentemente que se trata de um processo social em andamento.

Mas o que podemos observar naquele país foi extremamente positivo, especialmente para nós, que, por uma circunstância fortuita, conhecemos a China de outrora, lá pelos idos de 1986, e voltamos agora, 14 anos depois, com essa perspectiva histórica do confronto das antigas estruturas e do moderno estado chinês.

Posso garantir aos leitores que se trata da maior transformação social de um povo em tão curto espaço de tempo.

Queira Deus que ainda possamos ver a China absolutamente integrada no contexto universal das nações onde com toda certeza vai ocupar lugar de destaque no século XXI.

A Constituição da República Popular da China, promulgada em 04.12.1982, dispõe na *Seção VII* sobre os *Tribunais Populares e as Procuradorias Populares*, nos seguintes termos:

Artigo 123 - Os tribunais populares da República Popular da China são os órgãos judiciários do estado.

Artigo 124 - A República Popular da China constitui o Supremo Tribunal Popular e os tribunais populares em vários níveis locais, assim como os tribunais militares e outros tribunais populares especiais.

O mandato do Presidente do Supremo Tribunal Popular é igual ao do Congresso Popular Nacional. O Presidente não permanecerá no cargo por mais de dois mandatos consecutivos.

A organização dos tribunais populares é prescrita em lei.

Artigo 125 - Exceto em circunstâncias especiais e especificadas em lei, todos os casos apresentados aos tribunais populares serão ouvidos em público. O acusado tem o direito de defesa.

Artigo 126 - Os tribunais populares exercem o poder jurisdicional de maneira independente, segundo as prescrições da lei, e não estão sujeitos a interferências por parte de nenhum órgão administrativo, organismo público ou indivíduo.

Artigo 127 - O Supremo Tribunal Popular é o mais alto dos órgãos judiciários.

O Supremo Tribunal Popular supervisiona a administração da justiça pelos tribunais populares nos diversos níveis locais e pelos tribunais populares especiais.

Artigo 128 - O Supremo Tribunal Popular é responsável perante o Congresso Popular Nacional e sua Comissão Permanente. Os tribunais populares locais, em seus diversos níveis, são responsáveis perante os órgãos estatais que os criaram.

Artigo 129 - As procuradorias populares da República Popular da China são os órgãos estatais encarregados da observância da lei.

Artigo 130 - A República Popular da China estabelece a Suprema Procuradoria Popular e as procuradorias populares em vários níveis locais, assim como as procuradorias militares e outras procuradorias populares especiais.

O mandato do Procurador-Geral da Suprema Procuradoria Popular é igual ao do Congresso Popular Nacional e sua Comissão Permanente; o Procurador-Geral não permanecerá no cargo por mais de dois mandatos consecutivos.

A organização das procuradorias populares é prescrita em lei.

Artigo 131 - As procuradorias populares exercem o poder de defesa de maneira independente, segundo as prescrições da lei, e não estão sujeitas a interferências por parte de nenhum órgão administrativo, organismo público ou indivíduo.

Artigo 132 - A Suprema Procuradoria Popular é o mais alto órgão de defesa.

A Suprema Procuradoria Popular dirige o trabalho das procuradorias populares em vários níveis locais e das procuradorias populares especiais. As procuradorias populares de nível mais alto dirigem o trabalho das de nível mais baixo.

Artigo 133 - A Suprema Procuradoria Popular é responsável perante o Congresso Popular Nacional e sua Comissão Permanente. As procuradorias populares em vários níveis locais são responsáveis perante os órgãos estatais que as criaram e às procuradorias de nível mais alto.

Artigo 134 - Os cidadãos de todos os grupos étnicos têm o direito de usar as línguas faladas e escritas de seus próprios grupos étnicos nos procedimentos judiciais. Os tribunais populares e as procuradorias populares devem fornecer tradução para qualquer das partes que não for familiar com a língua falada e escrita geralmente usada na localidade.

Artigo 135 - Os tribunais populares, as procuradorias populares e os órgãos de segurança pública deverão, nas causas criminais, dividir suas funções, cada um assumindo a responsabilidade de seu próprio trabalho, coordenando seus esforços e fiscalizando-se uns os outros, para assegurar a correta e efetiva implementação da lei.

Na Tailândia os Juizes são recrutados como os nossos, mediante concurso público e são, também como os nossos, extremamente jovens.

É curioso que, refletindo uma tendência mundial, apesar de evidente caráter patriarcal daquela sociedade, as mulheres já começam a povoar os quadros da magistratura em expressiva quantidade.

Mas o que realmente nos impressionou naquele país, onde se nota a influência francesa, foi que os Juizes são cuidadosamente preparados para o exercício das funções judicantes.

O **Judicial Training Institute** treina Juízes e pessoal administrativo do Poder Judiciário.

Tem cerca de onze anos de existência e resultou da transformação da Divisão de Seminários dos escritórios dos negócios judiciais do Ministério da Justiça da Tailândia.

Como na Alemanha, o **Judicial College** dispõe de acomodações para abrigar os Juízes que se inscrevem, anualmente, em regime *full time* para o desempenho da formação permanente.

Na Tailândia, os Juízes são verdadeiramente profissionais.

Ninguém pode ser admitido como Juiz sem que se submeta por período nunca inferior a 1 ano a estágio como *judge-trainee*.

Quatro meses no instituto e oito meses de estágio junto aos diversos Juízes Cíveis e Criminais.

O treinamento está dividido em três partes:

1. CONHECIMENTO JUDICIÁRIO

1.1. Conhecimento relacionado com os trabalhos do tribunal

Esta seção consiste em 30 tópicos, com a duração de 111 horas. É destinada a treinar os juízes-treinandos nos procedimentos processuais tanto teórico quanto práticos nos tribunais cíveis e criminais. Os juízes-treinandos são encarregados de redigir sentenças, memorandos (*memorandums*), ordens judiciais e todos os demais procedimentos executados pelo tribunal a partir de casos reais. Isto é feito sob a supervisão de 7 orientadores seniores que se distinguiram como magistrados e são aposentados do Supremo Tribunal. Estão também incluídos nesta parte os casos especiais de falências, menores, trabalho e impostos.

1.2. Assuntos correlatos

Esta seção consiste em 27 tópicos, com a duração de 87 horas. Pretende dar aos juízes-treinandos conhecimentos básicos necessários, assim como uma visão geral das leis especiais e assuntos correlatos referentes às decisões judiciais e à administração da justiça (*administration of justice*) como um todo. Os tópicos incluem legislação sobre propriedade intelectual, legislação tributária, leis islâmicas, sistemas da *common law*, legislação codificada (*codified law systems*), leis internacionais, leis sobre o comércio internacional, medicina legal, criminologia e tratamento dos criminosos, prática policial, investigação criminal, operações bancárias etc.

1.3. Ética

Esta seção consiste em 9 tópicos, com a duração de 27 horas. É especialmente dedicada à conduta profissional e às regras de etiqueta judiciária, incluindo os princípios do Budismo referentes ao comportamento dos magistrados.

1.4. Conhecimentos Gerais

Esta seção consiste em 6 tópicos, com a duração de 22 horas e meia. São fornecidas aos juízes-treinandos informações gerais sobre o plano de desenvolvimento para o Ministério da Justiça e as regulamentações gerais do Ministério da Administração.

2. SIMULAÇÕES NO TRIBUNAL, SEMINÁRIOS

Esta parte permite aos treinandos praticar passo a passo os procedimentos processuais nos tribunais, utilizando amostras de casos reais. Os juízes-treinandos têm também a oportunidade de praticar a redação de sentenças e ordens judiciais a partir de casos reais. Esta parte destina-se a desenvolver as habilidades profissionais dos treinandos.

3. OBSERVAÇÃO

Com a finalidade de ampliar a visão e a experiência dos participantes, o Ministério da Justiça oferece também viagens de estudos e observação, durante 10 dias, tanto no país como no exterior. Cada ano esse programa leva os treinandos às regiões norte e sul da Tailândia, além de viagem para conhecerem a administração da justiça na Malásia, Cingapura, República Popular da China, Hong Kong, Coréia, Indonésia, Austrália e Nova Zelândia.

É importante ressaltar que magistrados experientes em áreas especializadas, professores reputados de universidades conhecidas e especialistas de instituições governamentais e privadas são sempre convidados para ministrar palestras nesse programa. Ademais, existe a prática de esportes tais como tênis, futebol e dança, com objetivo de tornar os juízes-treinandos saudáveis. Através desse treinamento pré-trabalho, o Instituto acredita estar dando aos juízes-treinandos confiança na sua capacidade de exercer seus deveres com eficácia.

Após o término acadêmico de 4 meses, os juízes-treinandos são encaminhados ao Tribunal Cível e ao Tribunal Criminal para, num período de 8 meses, aprenderem as habilidades e técnicas das decisões judiciais e da execução dos procedimentos processuais.

Durante o trabalho judicial, o Instituto também fornece treinamento-em-serviço, que pretende ser uma educação continuada para os magistrados, e com o objetivo de mantê-los sempre bem informados sobre os desenvolvimentos recentes do direito. O treinamento-em-serviço, na forma de seminários e conferências, é ministrado também aos desembargadores e aos ministros dos tribunais superiores. Os temas dos seminários incluem legislação de comércio internacional, legislação sobre propriedade intelectual, legislação tributária, legislação sobre o uso da terra e leis administrativas, além de medidas para enfrentar o congestionamento e o atraso dos processos, e outros assuntos de interesse.

No que se refere ao programa de treinamento e desenvolvimento dos funcionários do Ministério, haverá programas de treinamento para *probation officers (one who supervises a person – commonly juveniles – placed on probation by a court in a criminal proceeding)*, *court registrars* (oficiais de registro dos tribunais), *assistants court registrars* (assistentes dos oficiais de registro dos tribunais), *correspondent officers* (oficiais correspondentes), *executing officers* (oficiais de execução) e contadores. Entre esses programas de treinamento, o centro enfatizará o treinamento administrativo. O treinamento será dividido em 2-3 cursos e seminários. Os currículos são programados visando ao conhecimento e habilidades administrativos intensivos. Para complementar este curso, cada treinando deve redigir uma monografia. O oficial deve ser treinado em exercer liderança nos diversos órgãos. Nos fins-de-semana o centro organiza programas de treinamento gratuitos relativos aos princípios básicos legais para o público, a fim de divulgar conhecimento sobre os direitos e deveres do cidadão, como por exemplo programas de treinamento básico sobre legislação tributária, direito civil, direito penal, leis do trânsito e outros assuntos.

PESQUISA E DESENVOLVIMENTO

A pesquisa e desenvolvimento são responsabilidade da Seção de Serviços de Treinamento e Desenvolvimento. Pesquisas em diversas áreas têm sido realizadas. Entretanto, a principal ênfase será na área da administração da justiça e no desenvolvimento de recursos humanos. Além do mais, é permitido a um grupo de magistrados selecionados conduzir pesquisas, especificamente fazer comentários sobre julgados do Supremo Tribunal, publicando-as no ementário distribuído a todos os juízes. Os magistrados selecionados também realizam pesquisas em áreas específicas do Direito e

se preparam para serem instrutores em cursos para juízes e demais funcionários dos tribunais.

PLANEJANEMTO FUTURO

Em 1999, o Instituto de Treinamento Judiciário disporá de um prédio com mais 19 andares. Haverá 140 apartamentos duplos com ar condicionado, 7 apartamentos executivos, um *hall* para seminários, diversas salas para conferências, um refeitório, uma academia de ginástica, 2 quadras de *squash*, uma piscina e diversos escritórios. Quanto melhores forem as instalações, melhor será o exercício das responsabilidades do Centro de Desenvolvimento de Recursos Humanos do Ministério da Justiça para servir ao sistema judiciário da Tailândia como um todo. ◆

JUDICIÁRIO – UMA VISÃO REALISTA

MARCO AURÉLIO MENDES DE FARIAS MELLO

Ministro Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal

Nos dias atuais, é comum falar-se em crise. Muitos dizem-na linear, envolvendo o Estado como um grande todo. Outros a tem setorizada, distinguindo-a como restrita ao Judiciário. Aí, surgem as críticas exacerbadas, deixando-se de lado a visão abrangente, a visão racional, para potencializarem-se certos aspectos negativos. As situações ligadas à administração, em si, não merecem destaque, porque isoladas e submetidas, antes mesmo da CPI do Judiciário, ao crivo da lei. Voltemos os olhos para o ofício judicante e, portanto, à atuação do Estado-Juiz e ao atendimento dos anseios populares. De Norte a Sul, a problemática é a mesma. De um lado, surgem os magistrados em esforço sobre-humano, sacrificando a vida em sociedade, a própria dedicação ao aprimoramento constante, aplicando-se, a partir de obstinação insuplantável, à busca da solução dos conflitos de interesse. O número de processos em curso, cada qual apresentando peculiaridades desafiadoras do intelecto, torna-os verdadeiros estivadores do Direito, afastando-os cada vez mais do trato deste como uma verdadeira ciência, a indicar, enquanto tal, a valia dos meios sempre a submeterem o fim, o desfecho das controvérsias. Sim, é de importância maior o empréstimo de gradação a esses elementos, no que se lida com institutos, expressões e vocábulos com sentido específico, devendo estar sempre presente a fidelidade aos parâmetros de nossa ordem jurídica. De outra parte, verifica-se o surgimento, sem precedentes, de conflitos de interesses, exigindo atuação imediata dos órgãos investidos da jurisdição, porquanto a permanência destas questões no cenário jurídico implica o abalo da paz social. O desafio está na busca do equilíbrio de valores. A celeridade há de ser considerada sem o sacrifício do conteúdo. Podemos dizer que, nesse mister, não se pode exigir uma maior dedicação. Alcançou-se o limite, tendo em conta a razoabilidade. É chegada a hora de reflexão direcionada a definir-se as causas da quadra vivida. O brasileiro apenas acredita na solução judicial. Diante de situação reveladora de posições

antagônicas, aciona o direito cívico de acesso ao Judiciário, ficando em segundo plano os meios suasórios de equacionamento das divergências. Então é fácil detectar os motivos do grande número de processos. Nos últimos anos, os sucessivos governos depararam com um mal maior - a inflação. Por isso, implementaram planos econômicos, resultando deles mudanças normativas substanciais. Confirmaram-se os planos: Delfim I, II e III; Dornelles; Cruzado I e II; Bresser; Arroz com Feijão; Verão; Collor I e II; Marcílio e Real.

Tal procedimento teria sido menos nefasto caso observada a organicidade do Direito. Todavia, a elaboração de projetos fez-se sem o acompanhamento de juristas, prevalecendo a participação dos tecnocratas. O resultado foi um mar de dúvidas sobre o alcance das novas normas jurídicas. Ainda hoje, em que pese a passagem de anos sob a disciplina do plano real, continuamos no rescaldo dos incêndios provocados pelos diversos planos econômicos. Algumas matérias ainda não foram pacificadas, como ocorre, por exemplo, com a correção monetária relativa aos saldos das cadernetas de poupança objeto de bloqueio e das contas do FGTS.

Pois bem, convivemos com certa estabilidade financeira. Já não nos aflige a espiral inflacionária de dois dígitos ao mês, havendo chegado em 1989/1990 a cerca de noventa por cento. Surgiu outra instabilidade. Referimo-nos à normativa e, o que é pior, àquela introduzida mediante instrumental de acentuada excepcionalidade, como o quer a Constituição Federal, que é a medida provisória. Prevista no campo da mesclagem das atividades de Poderes diversos - o Executivo e o Legislativo -, está jungida a requisitos rígidos: a relevância e a urgência do tema veiculado e a prazo de caducidade - trinta dias - sendo que, em se encontrando o Congresso em recesso, deve ser convocado para apreciação, em cinco dias, da medida provisória editada. Essa providência somente é repetida na Lei Fundamental quanto ao estado de defesa, exceção ao dia-a-dia da vida dos brasileiros que, felizmente e ao contrário do que ocorre com a medida provisória, assim permanece. Esta é editada e reeditada sem peias, chegando-se, até mesmo, ao embaralhamento de matérias. Ademais, não raro tem utilização provocadora de um maior desequilíbrio de forças, conflitando, assim, com os ares de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. À mercê da potencialização de interesses secundários do Estado - União, Estados propriamente ditos, Municípios, fundações públicas e autarquias - versam, costumeiramente, sobre tratamento privilegiado - e a expressão exata é essa - dispensado às entidades públicas. Além disso, vem surgindo tendência espúria. Por meio de medidas provi-

sórias - e, portanto, de instrumentos com força de lei de caráter precário e efêmero que acabam perpetuando-se no campo das relações jurídicas, sem que se conte com a manifestação dos representantes do povo - os Deputados Federais - e dos Estados - os Senadores - cerceia-se o ofício judicante, proibindo-se certos atos processuais sem uma razão plausível, ao menos socialmente aceitável. O poder judicante pressupõe atividade que possa ser desenvolvida sem empecilhos. No exercício que lhe é pertinente, o órgão há de atuar com ampla liberdade, apenas submetendo-se à formação humanística e profissional daquele que o corporifica. Receamos, pelo andar das coisas e em tempo no qual se manuseia o instituto da medida provisória com a finalidade, até mesmo, de afastar jurisprudência da mais alta Corte do País, que dentro em pouco fiquem inviabilizadas ao cidadão comum, sob o ângulo da eficácia da prestação jurisdicional, demandas contra o Poder Público, tamanha é a construção normativa alicerçada em pseudo interesse coletivo.

Cabe àqueles compromissados com a paz social, com a segurança jurídica a ela inerente, vigília das mais cuidadosas, reafirmando, com verdadeira resistência republicana e democrática, a crença no Direito. Sobressai o papel dos magistrados, insuplantáveis alquimistas dessa eletrizante ciência, cujo escopo derradeiro é a feitura da justiça. Independentemente da falta de recursos, das limitações isoladas e momentâneas que lhes são impostas, da capa dos processos, da repercussão de certos atos processuais, hão de ser sempre os guardas imbatíveis da liberdade, cumprindo o dever de, em nome do Estado, dar a cada qual o que é seu. Assim o fazendo, honrarão o sacerdócio da toga. ◆

A DECISÃO JUDICIAL*

CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO

Ministro do STJ. Professor Titular da PUC-RJ e Membro da Associação de Juristas Católicos.

Apresento ao leitor algumas reflexões, sem nenhuma pretensão de esgotar o assunto, já versado por tantos mestres, sobre a decisão judicial. Tive a oportunidade de dele cuidar no ciclo de debates organizado pela Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro.

Todos sabemos que o nosso aprendizado, que não dispensa a leitura constante e atualizada dos doutrinadores, tem suas raízes no dia-a-dia dos julgados, que vivenciamos dirimindo as questões postas ao nosso julgamento pessoal e ao julgamento de nossos colegas. Enfim, a jurisprudência acaba sendo a fonte inesgotável para orientar os nossos caminhos.

É meu desejo registrar algumas idéias para provocar o assunto, que tenho por relevante. Como se forma a decisão judicial? Quais são os elementos essenciais que levam o julgador a decidir a questão de uma determinada maneira? Por que uma mesma regra jurídica recebe tratamento diferenciado dos Juízes e Tribunais?

Essas questões, para todos os Juízes que sentem a incompatibilidade entre o tempo disponível e o volume de processos que chegam sem parar, são importantes, ainda que não tenhamos tempo suficiente para desafiá-las. Essa angústia com o tempo leva-nos a acreditar que mais importante é saber como deve ser resolvida a questão de direito material ou de direito processual. Como os Tribunais estão decidindo sobre tal assunto e, ainda, como a doutrina os enfrenta.

O que estou propondo é deixar por alguns momentos esse campo de trabalho para cuidar da aplicação do direito ao caso concreto, no exato instante em que buscamos no ordenamento jurídico, ou nos princípios gerais do direito, a regra ou princípio que deve incidir para resolver a causa que estamos julgando.

* Em homenagem ao Ministro Adhemar Maciel.

O que faz o Juiz no sistema jurídico brasileiro? O Juiz é membro de um dos poderes do Estado ao qual está reservado o dever de prestar a jurisdição, ou seja, de dizer o direito. As partes buscam o Poder Judiciário quando pretendem defender um bem da vida. E os Juizes devem, necessariamente, dizer qual o direito aplicável, decidindo a favor de uma das partes da relação processual. Será esse trabalho apenas uma decorrência do conhecimento científico do Magistrado? Isto é, pelo fato de conhecer o direito o Magistrado, pura e simplesmente, faz incidir uma determinada regra jurídica, federal, estadual ou municipal, ou certo princípio já consagrado? Ou está ele subordinado às suas circunstâncias pessoais, culturais e sociais? Qual a influência que a cultura do tempo desempenha no exercício da judicatura? Qual o papel que tem a chamada opinião pública na decisão judicial? Em que condições essas circunstâncias limitam a liberdade e a independência dos Juizes? Finalmente, como tal cenário influi na interpretação da regra jurídica e na integração das lacunas? Sem falar em alguns outros fatores extrajurídicos que decorrem dos julgamentos colegiados, mencionados com a sabedoria de sempre por José Carlos Barbosa Moreira (**Temas de Direito Processual**, 6ª série, Saraiva, 1997, p. 145 e segs.).

Ronald Dworkin abre o seu livro **O Império do Direito** mostrando a importância do modo como os Juizes decidem os casos. E, lembrando um famoso Juiz dos Estados Unidos que dizia ter mais medo de um processo judicial que da morte ou dos impostos, escreve: “A diferença entre dignidade e ruína pode depender de um simples argumento que talvez não fosse tão poderoso aos olhos de outro juiz, ou mesmo o mesmo juiz no dia seguinte. As pessoas freqüentemente se vêem na iminência de ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer norma geral que provenha do legislativo” (Martins Fontes, 1999, p. 3).

Peter Häberle, professor titular de Direito Público e de Filosofia do Direito da Universidade de Augsburg, na Alemanha, produziu provocante estudo de hermenêutica constitucional sobre a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Nesse texto, o professor Häberle procura mostrar que o Juiz não é o único intérprete da Constituição porque os cidadãos e todos aqueles que participam da sociedade, indivíduos e grupos, a opinião pública, são forças vigorosas de interpretação, partindo do pressuposto de que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada. Para Häberle a “vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juizes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição

na esfera pública e na realidade. Seria errôneo reconhecer as influências, as expectativas, as obrigações sociais a que estão submetidos os juízes apenas sob o aspecto de uma ameaça à sua independência. Essas influências contêm também uma parte de legitimação e evitam o livre-arbítrio da interpretação judicial. A garantia da independência dos juízes somente é tolerável porque outras funções estatais e a esfera pública pluralista fornecem material para a lei” (**Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1977).

É certo que essas considerações teóricas não podem ser entendidas no sentido de que o senso de justiça individual substitua o critério posto pelo ordenamento jurídico como um todo. Lembram alguns autores, a experiência do final do século passado e início deste do Tribunal de primeira instância de Château-Tierry, sob a liderança do Presidente Magnaud, ficando os seus membros conhecidos como *les bons juges*.

Em livro de extraordinária utilidade, que todos deveríamos ter como leitura obrigatória, **A Natureza do Processo e a Evolução do Direito**, Benjamin Nathan Cardoso, Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, diante de questão sobre como deveria decidir um Juiz diante do conflito entre suas convicções e as convicções da comunidade, diante da resposta de um seu colega, que indicava a predominância das convicções pessoais do Juiz, ofereceu grande lição. Disse o notável Juiz que a hipótese formulada “não se verificará, provavelmente, na prática. Raro, na verdade, será o caso em que nada mais exista para inclinar a balança, além das noções contraditórias sobre o procedimento correto. Se, entretanto, o caso suposto aqui estivesse, creio que erraria o juiz que quisesse impor à comunidade, como norma de vida, suas próprias idiosincrasias de procedimento ou de crença”. Suponhamos, por exemplo, afirma Cardoso, “um juiz que encarasse a freqüência a teatros como pecado. Estaria ele agindo bem se, num campo em que a jurisprudência ainda não estivesse assentada, permitisse que sua convicção governasse sua decisão, apesar de saber que aquela estava em conflito com o *standard* dominante do comportamento correto? Penso que ele estaria no dever de conformar aos *standards* aceitos da comunidade, os *mores* da época. Isso não significa, entretanto, que um juiz não tenha o poder de levantar o nível de comportamento corrente. Em um ou outro campo de atividade, as práticas que estão em oposição aos sentimentos e *standards*

de comportamento da época podem crescer e ameaçar entrincheirar-se, se não forem desalojadas. Apesar de sua manutenção temporária, não suportam normas aceitas da moral. A indolência ou a passividade tolerou aquilo que o julgamento meditado da comunidade condena. Em tais casos, uma das mais altas funções do juiz é estabelecer a verdadeira relação entre o comportamento e as idéias professadas. Pode até acontecer, e expressamo-nos aqui um tanto paradoxalmente, que apenas uma medida subjetiva satisfaça padrões objetivos. Algumas relações, na vida, impõem o dever de agir de acordo com a moralidade costumeira, e apenas isso. Nessa hipótese, a moralidade costumeira deverá constituir, para o juiz, o *standard* a adotar” (**A Natureza do Processo e a Evolução do Direito**, Coleção AJURIS, Porto Alegre, 1978).

A decisão judicial não decorre da pura aplicação da lei considerando um dado caso concreto. A criação de um computador que, alimentado com a lide proposta e com as leis vigentes, seja capaz de emitir um julgado até pode ser idéia atraente e, mesmo, factível. Os cientistas têm condições de criar um *soft* adequado para tanto. Essa perspectiva não é fora de propósito, se pensarmos que a ciência já anda a passos largos para a invasão do código genético. O que se quer significar com isso é que a decisão judicial é, essencialmente, uma decisão humana. Sendo uma decisão humana ela não está, por inteiro, no domínio da ciência ou da técnica. O homem não existe somente porque tem o suposto domínio da razão. O homem existe porque ele é razão e emoções, sentimentos, crenças. A decisão judicial é, portanto, uma decisão que está subordinada aos sentimentos, emoções, crenças da pessoa humana investida do poder jurisdicional. E a independência do Juiz está, exatamente, na sua capacidade de julgar com esses elementos que participam da sua natureza racional, livre e social.

O processo de aplicação do direito realizado pelo Juiz começa com a identificação da causa, da situação de fato, das circunstâncias concretas, ou, como diz meu querido colega Ministro Costa Leite, com o conhecimento da base empírica do processo. Nesse momento, o Juiz começa a abrir a sua inteligência para a noção de justiça. Quem está com a razão? Quem deve vencer a lide? Enquanto o Magistrado não conhecer todos os fatos da causa, ele não estará em condições de emitir nenhum julgamento. Sem dominar as circunstâncias concretas dos autos o Juiz não está preparado para buscar a disciplina jurídica própria, seja no rol do direito positivo seja nas demais fontes possíveis, assim os princípios gerais do direito, os costumes etc. É

necessário não esquecer nunca o Juiz que a sua função é a de realizar a justiça, não a de, pura e simplesmente, encontrar uma regra jurídica aplicável ao caso sob julgamento. O direito positivo é, apenas, um meio para que ele preste a jurisdição.

Após esse contato com a realidade dos autos, o Juiz alcança o segundo momento de sua atividade: a determinação das regras ou princípios jurídicos aplicáveis ao caso. E essa determinação, segundo José de Oliveira Ascensão, em obra preciosa, **O Direito - Introdução e Teoria Geral**, pode ser dividida em três processos fundamentais: 1) interpretação; 2) integração das lacunas; 3) “interpretação enunciativa” (RENOVAR, 1ª ed. brasileira, 1994, p. 301 e segs.).

É claro que todos conhecem as bases sobre as quais estão assentados esses três processos fundamentais de determinação das regras jurídicas. A interpretação é a atividade que nos permite, partindo da fonte do direito (lei, costume, jurisprudência, equidade), revelar o sentido da regra que ela alberga. E bom deixar claro, muito claro, que não prevalece mais o velho princípio *in claris non fit interpretatio*. Até para que se afirme isso é imperativo que seja feita a interpretação. Como ensina Ascensão, a “interpretação em sentido amplo é a busca, dentro do ordenamento jurídico, da regra aplicável a uma situação concreta”. A aplicação não se confunde com a interpretação porque é posterior ao conhecimento da regra. E a integração surge quando uma solução jurídica se impõe sem que haja disponibilidade específica de fonte, configurada uma lacuna, procurando o Juiz nas fontes admitidas pelo ordenamento jurídico a maneira de integrá-lo. E, finalmente, a interpretação enunciativa pressupõe a prévia determinação de uma regra, e a partir dela “consegue-se chegar até outras que nela estão implícitas, e que suprem assim a falta de expressa previsão de outras fontes. O que caracteriza a interpretação enunciativa é limitar-se a utilizar processos lógicos para este fim”. Desse processo resultará “uma nova regra, e não mera especificação da regra anterior”.

É de comum sabença que são muitas as teorias sobre interpretação. Veja-se, por exemplo, a exaustiva exposição de Dworkin sobre os conceitos de interpretação (“uma interpretação é, por natureza, o relato de um propósito; ela propõe uma forma de ver o que é interpretado - uma prática social ou uma tradição, tanto quanto um texto ou uma pintura - como se este fosse o produto de uma decisão de perseguir um conjunto de temas, visões ou objetivos, uma direção em vez de outra” - cit., p. 55 e segs.). Mas, aqui, o

propósito não está nesse plano teórico mais profundo. É suficiente relevar o trabalho de interpretação como um passo no ofício do Juiz.

Nós todos conhecemos o admirável estudo, infelizmente já hoje pouco lido, mas que deveria ser, igualmente, obrigatório para os Magistrados, de Carlos Maximiliano, **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. O notável advogado e antigo Ministro do Supremo Tribunal Federal, com extrema simplicidade, mostrou que interpretar “é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém”. E com acuidade afirmou que a “interpretação colima a clareza; porém não existe medida para determinar com precisão matemática o alcance de um texto; não se dispõe, sequer, de expressões absolutamente precisas e lúcidas, nem de definições infalíveis e completas. Embora clara a linguagem, força é contar com o que se oculta por detrás da letra da lei; deve esta ser encarada, como uma obra humana, com todas as suas deficiências e fraquezas, sem embargo de ser alguma coisa mais do que um alinhamento ocasional de palavras e sinais” (Liv. Freitas Bastos, 1965, p. 21).

O trabalho do Juiz repousa na interpretação. E vale mencionar que ele interpreta a regra jurídica, mas, também, interpreta a realidade fática, as práticas sociais.

E é na interpretação que começa a delinear-se o problema da personalidade do Juiz, que Barbosa Moreira indica ser “o complexo de traços que o distinguem de todos os outros seres humanos e assim lhe definem a quente e espessa singularidade”, compreendidas “as características *somáticas* do magistrado - v.g. sexo, idade, cor da pele, condições de saúde física etc. - até elementos relativos ao seu **background** familiar, às suas convicções religiosas, filosóficas, políticas, aos conceitos (preconceitos) que tenha acerca dos mais variados assuntos, à sua vida afetiva, e por aí afora” (cit., p. 145). Esse conjunto de qualidades tem influência decisiva no trabalho de interpretação que o Juiz realiza. É evidente que não se pode imaginar que seja abandonada a importância da formação técnica nem do respeito que o Magistrado tem diante da lei, como ordem da razão.

É de Carlos Maximiliano a lição sobre a natureza da elaboração legislativa. A lei, escreveu o mestre, “não brota do cérebro do seu elaborador, completa, perfeita, como um ato de vontade independente, espontâneo. Em primeiro lugar, a própria vontade humana é condicionada, *determinada*;

livre na aparência apenas. O indivíduo inclina-se, num ou noutra sentido, de acordo com o seu temperamento, produto do *meio*, da hereditariedade e da educação. Crê exprimir o que pensa; mas esse próprio pensamento é socializado, é condicionado pelas relações sociais e exprime uma comunidade de propósitos”.

Gostaria de tomar a interpretação, sem maior pretensão, sem veleidade teórica, apenas para efeito da exposição presente, no seu sentido amplíssimo. Quero dizer, interpretar como atividade central do Juiz para revelar a sua convicção sobre a situação de fato e a regra descoberta, até mesmo no sentido de definir o instrumento que vai utilizar quando tiver necessidade de preencher uma lacuna.

O Juiz, quando interpreta, jamais é neutro. Ele está revelando o seu sistema de convicções, que serve de inspiração na descoberta da regra e na sua incidência ao caso concreto. Com muito mais razão, não é neutro quando realiza o trabalho de integração. Dizer que o Juiz é neutro quando presta a jurisdição é uma hipocrisia.

Por isso mesmo, não creio que os racionalistas estejam certos quando admitem que o Juiz é um ser acima das paixões, sendo mero intermediário entre a norma em abstrato e a sentença, a solução concreta do caso. Sobre essa diversidade quanto a ser a interpretação um ato de conhecimento, como querem os racionalistas, ou um ato de vontade, como querem os anti-racionalistas, vale a pena consultar o estudo de meu bom e lúcido amigo e colega Ministro Ruy Rosado de Aguiar (**Interpretação**, AJURIS, nº 45, março de 1989, p. 7 e segs.).

Diante desse cenário é pertinente perguntar se a interpretação pode modificar o comando da lei?

Ocorre que mesmo o trabalho de interpretação, com a maior amplitude que possa ter, não tem condições, em regra, de modificar a lei. E por que não tem? Porque a existência da lei impede que o Juiz julgue como se fosse livre o direito. Mas, a prática tem demonstrado que em muitas circunstâncias a interpretação, adaptando a lei à realidade, conduz a um julgamento além da lei. Em algumas ocasiões, ocorre uma necessidade de compatibilizar a realidade com a lei, particularmente, se a lei está envelhecida no tempo. Em um certo sentido, o Juiz pode criar com a sentença um novo direito, valendo lembrar, ainda uma vez, Dworkin, destacando o sentido trivial desse conceito, em que o Juiz anuncia uma regra, um princípio, uma ressalva a uma disposição, nunca antes declarados. E quando assim faz, completa Dworkin,

alega que uma nova formulação “se faz necessária em função da correta percepção dos verdadeiros fundamentos do direito, ainda que isso não tenha sido previamente reconhecido, ou tenha sido, inclusive, negado” (cit., p. 9).

Cada dia mais, esse papel construtivo do Juiz está ganhando vigor. E, igualmente, forte está a identificação do limite da lei pelo princípio da razoabilidade.

Luiz Recaséns Siches ensinava que o Juiz deve submeter-se à lógica do razoável, explicando assim as etapas percorridas pelo julgador, como destacou bem o citado estudo do Ministro Ruy: “filtra os fatos, avalia a prova, confronta com a lei, faz *aportes de circunstâncias* extralegais, pondera as conseqüências de sua decisão e, depois de passar e repassar por esse complexo de fatores, chega finalmente à sua conclusão por intuição intelectual, momento em que a questão se esclarece e é fixada uma posição. O Juiz não só aplica a lei, pois nenhuma é completa, só a sentença o é. Julgando, o Juiz tem função criadora, vez que reconstrói o fato, pondera as circunstâncias às quais atribui relevo, escolhe a norma a aplicar e lhe estabelece a extensão. Nesse trabalho, necessariamente faz valorações, que não são as suas pessoais, mas as do ordenamento jurídico. Sendo um criador, o Juiz, no entanto, está submetido à ordem jurídica, recomendando-se-lhe a renúncia no caso de desconformidade irreconciliável entre a sua consciência e a lei”. A lógica do razoável “está condicionada pela realidade concreta do mundo em que opera: está impregnada de valorações, isto é, de critérios estimativos ou axiológicos, o que a distingue decisivamente da lógica do racional; tais valorações são concretas, isto é, estão referidas a uma determinada situação humana real; as valorações constituem a base para estabelecimento dos fins; a formulação dos fins não se fundamenta exclusivamente sobre valorações, mas está condicionada pelas possibilidades da realidade humana concreta; a lógica do razoável está regida por razões de congruência ou adequação: entre os valores e os fins; entre os fins e a realidade concreta; entre os fins e os meios; entre fins e meios e a correção ética dos meios; entre fins e meios e a eficácia dos meios; por último, a lógica do razoável está orientada pelos ensinamentos da experiência da vida humana e da experiência histórica”.

O grande filósofo do direito mostrou com toda claridade que o processo de interpretação de uma norma geral diante de casos singulares, a individualização das conseqüências dessas normas para tais casos e as va-

riações que a interpretação e a individualização devem ir experimentando, “*todo eso, debe caer bajo el dominio dei logos de lo humano, del logos de la acción humana. No es algo fortuito, ni tampoco algo que pueda ser decidido arbitrariamente. Es algo que debe ser resuelto razonablemente*” (**Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho**, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, p. 140).

Em monografia que merece lida, Margarida Lacombe Camargo destaca o ponto relevante da obra de Recaséns Siches, ao acentuar que, independente da vontade da lei ou da vontade do legislador, “o processo de individualização das leis nas decisões judiciais refere-se, mais especificamente, à sua concretude e à sua temporalidade”. Para Margarida Lacombe Camargo, que equipara a nova filosofia de Recaséns Siches a autores como Viehweg e Perelman, com a influência do pragmatismo norte-americano, “os juízes, ao privilegiarem os efeitos concretos do direito na sociedade, muitas vezes se vêem diante da necessidade de dissimular a lei para fazer justiça, ou pelo menos evitar a injustiça. Mas, para escapar de qualquer tipo de crítica ou acusação em virtude de terem agido arbitrária ou negligentemente, ameaçando a ordem e a estabilidade social, precisam elaborar uma justificativa que apresente uma aparência lógica e que seja, portanto, convincente. O que Recaséns Siches almeja é que os juízes possam agir sem culpa; fazer justiça sem culpa, *sob a luz do meio-dia*” (**Hermenêutica e Argumentação**, RENOVAR, 1999, p. 157 e segs.).

Como afirma Paulo Roberto Soares Mendonça, Recaséns Siches “inverte o eixo da operação interpretativa, a qual passa a estar centrada no caso e não na norma e, com isso, faz com que a norma aplicável seja aquela realmente adequada ao fato existente e não apenas uma mera adaptação de uma lei genérica. A decisão passa então a apresentar um caráter construtivo, uma vez que atualiza o sentido da norma a cada causa julgada”, com o que a “literalidade do texto legal torna desnecessário um esforço hermenêutico, no sentido de obter uma explicação ‘racional’, para uma decisão que se considera de antemão como ‘justa’. A decisão originada pela aplicação da ‘lógica do razoável’ pode ser melhor classificada como ‘correta’, porque fundada em valores socialmente relevantes” (**Argumentação nas Decisões Judiciais**, RENOVAR, 1997, p. 56/57).

Quando o Juiz cumpre todas as etapas do processo de julgar, ele, afinal, conclui com uma realidade concreta que é a sentença. O que era uma norma geral, uma proposição jurídica, torna-se realidade concreta, resol-

vendo o conflito posto em julgamento, dando eficácia ao que estabeleceu o legislador. Nesse momento, a norma geral tem o alcance que lhe deu a interpretação do Juiz daquele caso, e que, portanto, pode ser diverso da interpretação dada por outros Juízes. A sentença é que revela a presença do Estado para encerrar a lide, pôr fim à disputa entre os cidadãos ou entre os cidadãos e o Estado. Essa força da sentença - daí a necessária preservação da liberdade de convencimento do Juiz - é que pode apresentar, em certas circunstâncias, efetivamente, uma configuração legislativa, exatamente, em função do trabalho de interpretação do Juiz. O fato é que o Magistrado quando prolata a sua sentença está impondo coativamente uma solução para a lide. É o Estado que está dizendo o direito pela sentença do Juiz.

Se esse quadro existe na interpretação infraconstitucional, no plano da interpretação constitucional está presente com mais vigor. Gomes Canotilho, cuidando dos limites da interpretação da Constituição, mostra que o problema é saber “se, através da interpretação da constituição, podemos chegar aos casos-limite de mutações constitucionais ou, pelo menos, a mutação constitucional não deve transformar-se em princípio ‘normal’ da interpretação (K. Stern). Já atrás ficou dito que a rigorosa compreensão da estrutura normativo-constitucional nos leva à exclusão de mutações constitucionais operadas por via interpretativa”. De todos os modos, adverte o mestre que a “necessidade de uma permanente adequação dialética entre o programa normativo e a esfera normativa justificará a aceitação de transições constitucionais que, embora traduzindo a mudança de sentido de algumas normas provocado pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariam os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da constituição. O reconhecimento destas *mutações constitucionais silenciosas (stillen Verfassungswandlungen)* é ainda um ato legítimo de interpretação constitucional” (**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Almedina, Coimbra, 3ª ed., 1999, p. 1153/1154).

O Juiz tem, nos dias de hoje, um amplo campo do agir interpretativo. De modo geral, as teorias de interpretação procuram justificar esse papel construtivo do Juiz, como fundamento para a realização da justiça, para a distribuição pelo Estado da prestação jurisdicional ancorada na idéia da justiça para todos. A lei, por isso, passa a ser apenas uma referência, dela devendo o Juiz extrair a interpretação que melhor se ajuste ao caso concreto, com a preocupação única de distribuir a justiça, ainda que, para tanto,

tenha de construir sobre a lei, mesmo que a proposição esteja com clareza suficiente para o caso sob julgamento.

O Magistrado deve considerar com muita cautela a sua capacidade de provocar uma interpretação construtiva que altere o comando legal, ainda que, em muitas situações, isso seja impossível de evitar. Veja-se o julgado do Superior Tribunal de Justiça, com a relatoria de meu querido amigo e exemplar Magistrado o Ministro Eduardo Ribeiro, examinando ação declaratória de paternidade por meio da qual o autor, com base em exame pelo método do DNA, contesta a legitimidade da filha de sua ex-mulher, nascida na constância do casamento, com requerimento de anulação do registro de nascimento e a revogação da obrigação de prestar alimentos. A sentença extinguiu o processo sem o julgamento de mérito, com base nos arts. 337 e 343 do Código Civil, tendo o pedido por juridicamente impossível, uma vez que não embasado nas exceções do art. 340, I ou II, do Código Civil. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu provimento ao recurso de apelação destacando na ementa que as “regras do Código Civil precisam ser adaptadas ao novo sistema jurídico brasileiro de direito de família, implantado pela Constituição Federal de 1988 e diplomas legais posteriores. Isso implica revogação de vários dispositivos daquele Código, como, por exemplo, os arts. 340, 344 e 364, em matéria de filiação. Tornou-se ampla e irrestrita a possibilidade investigatória da verdadeira paternidade biológica, que prevalece sobre a verdade jurídica (três estágios na filiação: verdade jurídica - verdade biológica - verdade sócio-afetiva). Destarte, não há que opor obstáculos legais superados à demanda negatória de paternidade proposta pelo pai contra o filho matrimonial. Da mesma forma, não podem persistir os prazos exíguos de decadência contemplados no art. 178, §§ 3º e 4º, inc. I, do Código Civil”. O voto condutor no Superior Tribunal de Justiça assinalou a relevância da questão relativa ao art. 340 do Código Civil. Para o Ministro Eduardo o “sistema instituído pelo Código Civil, fiel às concepções e à organização social da época em que editado, visava a resguardar rigidamente a chamada família legítima. Várias disposições criavam empecos a que se pudesse atribuir, a pessoas casadas, filhos havidos fora do matrimônio. Entre elas avultava o disposto no artigo 358, a vedar o reconhecimento de filhos adulterinos e incestuosos, regra não mais subsistente. Igualmente o art. 364, que impedia a investigação de maternidade quando pudesse resultar atribuir-se prole ilegítima a mulher casada. Em relação especificamente à apontada presunção de paternidade, previu-se não apenas que privativo do

marido o direito de contestá-la, como se procurou restringir as hipóteses em que isso poderia ocorrer. À sociedade de então importava evitar o reconhecimento de que muitas pessoas deviam sua existência a relações tidas como ilícitas. Como não era possível impedir o fato, afastavam-se as conseqüências jurídicas”. Mostrou o voto do relator que as “leis estabelecem padrões de comportamento tendo em vista os valores da época em que editadas. Submetidos esses a profunda revisão, as normas jurídicas hão de ser entendidas em consonância com as novas realidades sociais. E creio poder-se afirmar que os costumes sexuais e as relações de família constituem um dos territórios em que maiores as modificações que a sociedade conheceu nesses oitenta anos de vigência do Código Civil”. Finalmente, advertiu que seria “chocante absurdo que, nos tempos atuais, quando a ciência propicia métodos ensejadores de notável segurança na pesquisa da paternidade, ainda estivesse adstrito o julgador a restringir-se a negá-la tão-só quando realizadas as hipóteses do artigo 340”. E, como corolário, o voto concluiu por admitir que “o prazo de decadência haverá de ter, como termo inicial, a data em que tenha ele elementos seguros para supor não ser o pai de filho de sua esposa” (Resp nº 194.866-RS). Na oportunidade, divergindo da argumentação da maioria, anotei ser “sempre fascinante acompanhar a vitalidade da interpretação construtiva dos Tribunais. A hermenêutica ganha hoje sempre mais vigor diante da rapidez com que a realidade social se transforma”, mas, afirmei que “o trabalho de interpretação, por maior amplitude que possa ter, não tem, na minha avaliação, condições de ultrapassar a lei. A lei impede que o Juiz julgue como se fosse livre o direito ou como se estivéssemos sob o regime da *equity*. É claro que poderá haver em muitas ocasiões necessidade de compatibilizar a realidade com a lei, particularmente quando a lei está envelhecida no tempo. E, nesse momento, o limite da lei deve ser aferido com a presença do princípio da razoabilidade”. E, ainda, considerei que, no caso, não era possível “interpretar além do limite da lei, que é expressa e tem motivação certa”. Nesse caso, a Corte fez uma interpretação construtiva, socorrendo-se da força da realidade, da modificação da sociedade, do avanço da ciência repercutindo na organização jurídica da sociedade.

Lembro-me, quando Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de ter enfrentado questão acerca da verificação do *quorum* de instalação de assembléia geral de determinado clube carioca. Apliquei, então, a doutrina da força normativa dos fatos de Georg Jellinek. Tratei, naquela ocasião, da força do costume como fonte do direito. François Geny, no seu

clássico **Méthode d'interpretation**, define o costume como um uso existente em um grupo social, que expressa um sentimento jurídico dos indivíduos que compõem tal grupo. E Eugen Erlich ensina que o costume é a norma do futuro, como destaca em sua obra **Fundamental Principles of the Sociology of Law** - é importante como elemento para a melhor interpretação do direito. É nesse sentido que se encaixa a doutrina da força normativa dos fatos: quando um determinado hábito social se prolonga, acaba por produzir, na consciência dos indivíduos que o praticam, a crença de que é obrigatório, em resumo da exposição contida na sua conhecida obra **Teoria Geral do Estado**.

Em outro caso, também do Superior Tribunal de Justiça, de que foi relator o mesmo Ministro Eduardo Ribeiro, discutia-se a interpretação do Código Comercial no que se refere à prova dos contratos de fretamento. Considerou a Corte que a *carta partida*, referida no art. 566, é contemporânea da época quando não existiam o fax, o telex, o telefone. Mostrou o relator que o “costume fez, então, que se assentassem os termos do contrato em documento que era rasgado ao meio, sendo metade entregue a cada parte. Mesmo naquela época, era possível efetuar-se o registro do acordo junto ao escrivão. Verdade, todavia, que os entendimentos eram mantidos pessoalmente ou via carta”. A Corte levou na devida conta que os tempos são outros e as regras do velho Código devem ser analisadas “de acordo com a nova realidade, a qual implica reconhecer a velocidade com que a comunicação se realiza. Inúmeros negócios são fechados por telefone e fax, iniciando-se a execução antes mesmo da formalização de um documento”. Mas, a Corte considerou, também, que “o contrato de fretamento é espécie de contrato de transporte e este prova-se por todos os meios permitidos em direito. Repita-se, mais uma vez, que a exegese dos dispositivos do Código Comercial não pode ser feita como se ainda estivéssemos em 1850” (Resp nº 127.961-RJ). Seria bem o caso de lembrar a célebre frase de Gaston Morin: a revolta dos fatos contra o Código.

Isso revela muito claramente que o Juiz diante do caso concreto tem uma capacidade de interpretação que vai depender, basicamente, do seu conhecimento adequado da teoria do direito e, no mesmo patamar de importância, da sua capacidade de perceber a realidade e contaminar-se, apenas, do sentimento de justiça.

Pode ocorrer, ainda, que o trabalho de interpretação resulte negativo. Veja-se, por exemplo, a denominada interpretação corretiva, já conhecida

desde Aristóteles, como manifestação da eqüidade, a que se refere Ascensão, em que o resultado da interpretação pode acarretar um sentido nocivo para a lei. Para o doutrinador português, é preciso cautela para que não se afaste a lei; mas é preciso saber que o Juiz pode e deve utilizá-la “quando a aplicação da lei a certas hipóteses, compreendidas no seu âmbito mas que não pertencem ao núcleo de casos que justificaram a norma, produz resultados infensos ao bem comum” (cit., p. 340).

Esse sentimento de justiça, que faz com que o Juiz vença as limitações da lei, subordina a lide, no fundo, ao sistema de convicções do Juiz, ao seu sentido de justiça. Ele carrega para a decisão a força do seu temperamento, da sua formação, das influências que recebe da sociedade, da cultura do seu tempo. A justiça é a justiça na perspectiva daquele que está julgando, aplicável ao caso sob julgamento, à medida que é, pelo menos, muito difícil avançar um conceito de justiça comum a todos os Juizes e para a generalidade dos casos.

Bem a propósito, Inocêncio Mártires Coelho, em seu recente livro, **Interpretação Constitucional**, assinalou que “é precisamente no ato e no momento da interpretação-aplicação que o juiz desempenha o papel de agente redutor da distância entre a generalidade da norma e a singularidade do caso concreto”. De fato, diz o antigo Procurador-Geral da República, o Juiz “cria a *norma de decisão concreta* ou a *norma do caso*, para realizar a justiça em sentido material, porque estará decidindo em vista das particularidades da situação posta a seu julgamento”.

Foi com esse cenário presente, por exemplo, que os Tribunais brasileiros construíram a denominada doutrina da sociedade de fato, para dar conseqüências jurídicas a uma realidade que o direito positivo, por mero preconceito, procurava esconder. E, com a Constituição de 1988, que ampliou a proteção com a regra sobre a união estável (art. 226, § 3º), foi possível garantir o reconhecimento da existência de uma família mesmo sem o papel timbrado do casamento formal. A legislação especial veio, tão-somente, consolidar a farta jurisprudência existente na matéria.

E esse trabalho de construção ganha maior fôlego diante da necessária integração das lacunas. A lacuna ocorre, simplificada, quando existe falha na previsão de um caso que deveria estar regulado ou quando há previsão, mas os efeitos correspondentes não estão previstos. E, mais ainda, com a chamada interpretação ab-rogante, mediante a qual o intérprete constata que a regra está morta. E tudo se faz sempre a partir do princípio clássico do

aproveitamento das leis, ou seja, deve ser dado um sentido útil ao texto legal.

Mais uma vez, é bom assinalar que em direito constitucional, particularmente, com a jurisprudência da Corte constitucional alemã, o trabalho de interpretação é sempre para reduzir os casos de inconstitucionalidade, até mesmo com a instigante interpretação conforme a Constituição. Nesse caso, o objetivo é assegurar a constitucionalidade da interpretação. A Corte confere preferência àquela que está de acordo com a Constituição, sempre utilizada quando a lei permite um espaço de interpretação, na lição de Canotilho. E nunca é demais invocar a lição de Konrad Hesse, Professor da Universidade de Freiburg e ex-Presidente da Corte Constitucional Alemã: “... a *interpretação* tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição têm sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”.

O Juiz é um agente do Estado, é sempre bom repetir, que concretiza o trabalho do legislador. A lei só está concretizada quando interpretada e aplicada ao caso concreto. E esse trabalho não é de todo simples, como pode parecer. Aí o grave risco de transformar-se a atividade judicante em uma rotina de produzir sentenças. É claro que em um país como o nosso, com uma enorme carga de processos, com poucos juízes e muitos processos, a tentação é grande em deixar-se levar pelo desânimo. O Juiz deve considerar o ato de julgar como um trabalho que exige não apenas o seu conhecimento, mas, também, disciplina. A disciplina é para subordinar-se ao comando da lei, sem perder a capacidade de construir para fazer justiça ao caso que está sob a sua responsabilidade; disciplina para não transformar o seu julgamento no desaguadouro das suas insatisfações e crenças pessoais; disciplina para meditar sobre o processo. Na velha lição de Henry Cambell Black, “se a linguagem da lei é ambígua, ou se enseja duas construções, o Tribunal pode e deve considerar os efeitos e as conseqüências de uma e de outra para adotar

a que torne a lei efetiva e produza os melhores resultados” (**Interpretation of Laws**, West Publishing Co, 2^a ed., 1911, p. 100).

O Juiz trabalha com as fontes, ainda que, freqüentemente, procure apenas uma delas que é a lei. E nesse trabalho ele dedica-se a interpretar e aplicar diante do caso concreto. Em razão do volume de demandas ele, com indesejável freqüência, não encontra tempo para refletir sobre a realidade que está em julgamento. E, se tem consciência social, sente-se atraído pela escola crítica e a possibilidade de ampliar os horizontes da interpretação e aplicação buscando a solução mais fácil do direito além da lei, do direito amparado no seu próprio senso de justiça, nas suas crenças pessoais. Esse é o risco que o Juiz não deve correr porque ele ameaçará com tal comportamento todo o sistema democrático, que tem no Poder Judiciário o instrumento para assegurar o primado da lei e do direito. Se o Juiz abandona esse cenário, pondo-se a emitir juízos desvinculados da ordem jurídica que lhe incumbe preservar, a sociedade não terá mais nem justiça nem liberdade, porque justiça e liberdade estarão limitadas ao juízo de valor de um Juiz ou Tribunal. Veja-se, mais uma vez, a lição de Cardozo, como disse no início, leitura obrigatória de todos os Juízes na verdadeira acepção da palavra: “Se perguntardes como saberá o juiz que um interesse sobrepuja outro, poderei responder-vos, apenas, que o seu conhecimento deverá provir das mesmas fontes que inspiram o legislador, a experiência, o estudo, a reflexão; em resumo, da própria vida. Aqui, na verdade, encontra-se o ponto de contato entre o trabalho do legislador e o do juiz. A escolha de métodos, a estimativa de valores, tudo deve ser guiado, no fim, por considerações semelhantes, seja no caso de um, seja no caso de outro. Cada um deles, realmente, está legislando dentro dos limites de sua competência. Não há dúvida de que os limites para o juiz são mais estreitos. Ele legisla apenas para suprir lacunas e encher os espaços vazios no direito positivo. Até onde pode ir sem ultrapassar os limites dos interstícios, eis o que não pode ser rigorosamente delimitado em um mapa para seu uso. Deve aprendê-lo por si próprio, à medida que adquire o senso de conveniência e de proporção, proveniente dos anos de hábito na prática de uma arte. Mesmo no que se refere às lacunas, há restrições, não facilmente definidas, mas sentidas por todos os juízes e juristas; apesar de serem extremamente sutis, atalham e circunscrevem sua ação. São estabelecidas pelas tradições dos séculos, pelo exemplo de outros juízes, seus predecessores e colegas, pelo julgamento coletivo da classe e pelo dever de aderir ao espírito difundido do direito”.

O que importa é que o Juiz saiba que a sua decisão põe termo a uma lide, gerando conseqüências. E aqui está um último elemento relevante. Não pode o Juiz decidir sem levar em conta as conseqüências da sua decisão. Por exemplo, é necessário ter cautela com condenações absolutamente inexequíveis. Quando um Juiz vai fixar o valor de um dano moral, que a jurisprudência considera subordinado ao seu prudente arbítrio, ele deve ter presente exatamente essa prudência. Não é admissível a fixação de valores completamente fora da realidade brasileira, valores exorbitantes, sem nenhum padrão, fora do alcance das partes. Foi nessa direção que o Superior Tribunal de Justiça, com a relatoria de meu caro amigo e cuidadoso Juiz, Ministro Nilson Naves, assumiu a responsabilidade de mexer na jurisprudência assentada, com base na Súmula nº 07, para corrigir o excesso que desmoraliza a atividade judicante. Na ocasião, todos concordaram que, embora o constituinte dos oitenta não tenha criado o Superior Tribunal de Justiça com esse objetivo, impunha-se rever a jurisprudência, em caráter excepcional, para evitar a decisão judicial absurda. No seu voto, o Ministro Naves ressaltou que “seja lá qual for o critério originariamente eleito, o certo é que, a meu ver, o valor da indenização por dano moral não pode escapar ao controle do Superior Tribunal de Justiça. Urge que esta Casa, à qual foi constitucionalmente cometida tão relevantes missões, forneça disciplina e exerça controle de modo que o lesado, sem dúvida alguma, tenha reparação, mas de modo também que o patrimônio do ofensor não seja duramente atingido. O certo é que o enriquecimento não pode ser sem justa causa” (Resp nº 53.321 -RJ).

Em qualquer circunstância, deve o Juiz dobrar as suas cautelas, não aceitando valores que não estejam de acordo com a realidade, pouco importa que tenha o amparo do Contador ou de laudos técnicos. O que o Juiz tem de aferir é se o resultado é compatível com a situação concreta, sem exageros, sem abusos.

O Juiz não pode decidir sem considerar todo o conjunto dos autos. Não é suficiente uma prova. Nem mesmo a técnica. É do Juiz a responsabilidade de conhecer toda a realidade subjacente. Só assim ele cumpre a sua função de dizer o direito.

Lembro-me de uma ação de anulação de testamento de que fui relator ainda na Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em que a sentença anulou o testamento baseado em um laudo psiquiátrico que apontou a testadora como padecendo de esquizofrenia esquisoafetiva,

em fase crônica, que a incapacitava para os atos da vida civil. Decidi em sentido contrário ao laudo, trazendo a literatura sobre a esquizofrenia, para concluir que o que deve ser considerado é a compatibilização entre o ato e a realidade. Assim, diante de um laudo “que oferece poucos elementos de análise, mas, apenas, conclusões peremptórias indiretas, diante de uma prova testemunhal robusta, contendo a afirmação do Tabelião que colheu o testamento, e o depoimento de pessoas modestas que conviveram com a testadora, diante dos termos da procuração passada a uma das autoras, tempos após o testamento que se pretende anular, finalmente, diante da logicidade do testamento que beneficiou uma criança cuidada pela testadora, que não possuía herdeiros necessários, desde o nascimento, a revelar carinho e afeição normais para uma mulher solteira, sem filho, com irmãos que a internavam a toda hora”, o recurso foi provido e afastada a anulação do testamento.

Mas, é indispensável assinalar que o fundamento do julgado é que dá força ao dispositivo. Juiz que julga sem convencer, sem expor as razões de seu convencimento, ademais de violar o direito positivo, malfez a essência da função judicante.

O Juiz, na sua independência, não pode decidir agredindo a realidade. Nem pode demonstrar com atos judiciais extremos o seu poder constitucional. A força da decisão judicial é a sua compatibilidade com as condições concretas da sociedade, é a sua adequação ao critério do que é razoável, presente a lei, com o que o julgado e a sua consequência têm equilíbrio.

O que é, portanto, necessário é que o Juiz transforme a prestação jurisdicional em ponto de referência da sociedade. Não quer isso dizer que serão eliminados os descontentes; quer dizer, isso sim, que a decisão coube no critério de justiça do tempo vivido, na compreensão do homem médio. Mas, jamais deixar-se dominar pelo “tribunal da opinião pública”.

O que eu gostaria muito de transmitir, já no planalto da minha biografia, mas sempre com muito amor pela Justiça, é que o Juiz não precisa demonstrar a sua força. Ao contrário, ele precisa demonstrar a sua competência, a sua capacidade, inspirando o respeito da sociedade. E, mais do que nunca, isso é necessário. Quando tudo se encaminha para limitar os Juizes, para cercear os seus poderes de julgar, principalmente no âmbito das cautelas, é preciso encontrar o caminho para reconquistar o espaço com o exercício firme da judicatura, sem concessões, mas, também, sem excessos.

Se muitos esquecem o que representou e representa o Poder Judiciário brasileiro em momentos decisivos da vida brasileira, é bom tirar da gaveta

os exemplos de dignidade, de coragem, de honradez de milhares de Juízes em todas as instâncias. Não é hora de falar das exceções. É hora de falar da regra. E a regra é essa vida vivida com o sofrimento de decidir diariamente, sem muitos confortos, exposta a toda sorte de diatribes, tendo como tribuna os autos, limitada pela razão simples de não servir para outro propósito que o de fazer justiça, mas poderosa pela razão de ser o estuário de angústias, desesperanças, sofrimentos, tristezas. Fortes são os Juízes, sobretudo, porque têm sede de Justiça. Como disse André Compte-Sponville: felizes os que têm sede de justiça porque jamais serão saciados. ◆

LOPES DA COSTA E O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO*

SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA

Professor e Ministro do Superior Tribunal de Justiça

1. O PROCESSUALISMO EM MINAS GERAIS

Ao manifestar-me sobre a figura admirável de processualista que foi **Lopes da Costa**, ousaria de início assinalar a inexistência de obra ou ensaio focalizando o processualismo em Minas Gerais, carência tantas vezes lamentada por **Edson Prata**, um dos arautos, nos anos setenta, da “Escola de Direito Processual do Triângulo Mineiro”, que nos deixou sem ver suprida sua preocupação, centrada, segundo ele, na exuberância dos estudos processuais neste Estado de tão ricas tradições históricas e culturais.

O que nunca faltou na historiografia do Direito Processual Civil em Minas Gerais, todavia, foram processualistas de escol, nomeada e talento, assim como obras e estudos de marcante qualidade nesse importante campo da ciência jurídica.

Memória Histórica, lançada pela Revista da Faculdade de Direito da então Universidade de Minas Gerais, em 1959, no capítulo dos catedráticos relaciona, na disciplina “Direito Judiciário Civil”, a partir de 1892, os seguintes nomes (fls. 64/65): **Levindo Lopes, Souza Jiquiricá, Camilo de Brito, Teófilo Ribeiro, Sabino Barroso, Augusto de Lima, Mário Amorim, Rodolfo Jacob, Rafael Magalhães, Lincoln Prates, Cândido Naves, Sebastião de Souza e José Olympio de Castro Filho**.

A este último, advogado de fala mansa, trato lhano e rara habilidade, criador do “Departamento de Assistência Judiciária” naquela Faculdade, de certa forma tive a honra de suceder em 1970, quando por concurso ali ingressei pouco menos de um mês antes da sua, para mim inesperada, apo-

* Conferência destinada a seminário realizado na PUC-MG, em 16.06.2000, em comemoração aos 50 anos de sua fundação.

sentadoria. Estranhamente, porém justificada, nela não constavam os nomes de **Artur Ribeiro e Amílcar de Castro**.

O primeiro - Desembargador e, posteriormente, Ministro do Supremo Tribunal Federal, arquiteto do anteprojeto do Código de Processo Civil do Estado, que veio a comentar mais tarde - porque professor de Direito Penal. O segundo - Desembargador e doutrinador exímio, o mais acatado e brilhante dos processualistas da “Casa de Afonso Pena”, no dizer de **Eliézer Rosa**, “sereno, tranqüilo, dono de uma linguagem severa, elegante, com uma superioridade impressionante, independente” - porque, professor catedrático de Direito Internacional Privado, para não prejudicar a postulação do então candidato, seu colega e amigo, renunciara a concorrer a vaga que se abria na cátedra que certamente seria sua se ao concurso se habilitasse.

Após 1959, dentre os que também já faleceram, dois outros nomes, na “Federal” ambos advogados, merecem registro: **Raymundo Cândido**, livre docente vinculado mais ao Processo Penal que ao Processo Civil, bela expressão humana, e **Celso Agrícola Barbi**, jurista de nome italiano mas estilo germânico, notadamente pelo rigor científico e objetividade dos seus estudos.

Outros, mais jovens, e já com destaque, seguem-lhes os passos.

E ainda há aqueles, como **Pedro Batista Martins**, figura interessante e autor do anteprojeto do Código de 1939, que, nascidos em Minas Gerais, construíram suas vidas profissionais fora das fronteiras do nosso Estado.

Na década de setenta, surgiu em Uberaba e Uberlândia, com muito vigor e justificada admiração, a já referida “Escola de Processo do Triângulo Mineiro”.

Um dos fatores do seu sucesso, creio, foi a simbiose da unidade científica dos seus principais líderes com a diversidade de suas características pessoais, dado que cada um tinha um perfil bem característico em relação aos demais. Assim, **Jacy de Assis**, o mais idoso, advogado e diretor da Faculdade de Direito em Uberlândia, era o ponto de convergência pelo decanato. **Edson Prata**, professor como os demais, e também advogado, era o estimulador do grupo e o ponto de referência em Uberaba, inclusive porque proprietário do jornal e da editora. **Ronaldo Cunha Campos**, de fala também mansa e coração de criança, era o teórico maior, o pensador, sempre voltado para as teses e suas múltiplas variantes jurídicas. Era advogado à época, tendo ingressado posteriormente, pelo quinto constitucional, no Tribunal de Alçada de Minas Gerais.

Humberto Theodoro Júnior e Ernane Fidélis, os mais jovens desse grupo, à época juízes de primeira instância, de raro talento, autores de muitos livros e estudos, continuam suas belíssimas trajetórias como dois dos mais respeitados processualistas brasileiros dos nossos dias.

Outros nomes, entre os falecidos, também se projetaram na jovem “Faculdade de Direito Milton Campos”, sendo de destacar-se dois dos seus mais saudosos fundadores, os Professores **João Milton Henrique e Orlando de Souza**, advogado de vibrante atuação o primeiro, juiz aposentado e doutrinador o segundo.

Notável igualmente tem sido a participação da “Católica”, como sempre foi carinhosamente conhecida a inicialmente denominada “Faculdade Mineira de Direito”. E para isso, ao lado de outros, muito contribuiu **Alfredo Araújo Lopes da Costa**, mineiro na sua essência, um dos mais fecundos processualistas civis brasileiros.

2. LOPES DA COSTA: O HOMEM E O JUIZ

Não obstante tenha atualizado o seu *Manual*, a convite honroso de sua família, não tive a ventura de conhecer pessoalmente o professor e juiz **Lopes da Costa**, não obstante tivéssemos vivido na mesma cidade durante a fase dos meus estudos secundários e universitários, iniciados aqueles um ano antes da sua aposentadoria como magistrado, e encerrados, os segundos, na UFMG, poucos anos antes do seu falecimento.

Belo Horizonte, à época, sedutoramente provinciana e tímida, não tinha a efervescência social e cultural dos tempos atuais e a área de atuação do excepcional Jurista, já aposentado na magistratura, era a “Faculdade Católica”, caracterizando-se ele por uma vida discreta e recolhida, dedicada ao lar, à leitura, às reflexões, à marcenaria, que cultivava como lazer, à revisão dos seus livros e à elaboração de outros. Daí a razão de socorrer-me nesta parte, de informações colhidas aqui e ali, inclusive entre os seus familiares, dentre os quais devo destacar a sua filha Maria Lopes da Costa Teixeira e o genro Dr. J. Belato Teixeira (de autoria deste, v. “Dados Bibliográficos”, publicados na revista **Litis**, vol. II/p. 239-255, Rio, março, 1975).

Diversamente do que muitos imaginam, não era ele mineiro de nascimento, tendo nascido no Rio de Janeiro, em 10 de setembro de 1885, filho de pai também carioca e mãe recifense.

Extraio de precioso depoimento que gentilmente me concedeu sua referida filha, datado de início de 1999, a quem ora renovo agradecimentos:

*“Era de família nobre, ilustre e rica. Seus antepassados eram barões, título outorgado por serviços prestados ao Império. Até os 15 anos, viveu numa família que desfrutava de uma situação financeira muito boa. Tinham dinheiro, **status** e cultura.*

Foi bom aluno na escola desde cedo. Fez o ginásio no Colégio Pedro II, no Rio, onde foi colega de Manuel Bandeira, Antenor Nascentes, Souza da Silveira, filólogo, Lucílio Bueno, mais tarde Embaixador, e Castro Nunes, jurista e Ministro do Supremo Tribunal Federal, grandes nomes em suas profissões.

Começou a ler ainda menino. Trazia sempre da casa do avô materno, da Bahia, muitos livros, toda vez que ia visitá-lo. Lia também os livros do pai, bacharel em Direito, que advogava por amor à profissão, pois financeiramente dela não dependia.

Até os 15 anos teve sossego para estudar e viver. Aprendeu com a mãe, exímia pianista, o gosto pela música, principalmente música clássica. Tinha predileção por algumas árias de ópera e Chopin. Tocava piano, de ouvido.

No último ano de ginásio, a situação financeira mudou. Seu pai avalisara o sogro para a fundação de uma empresa, que veio a falir. O avô materno perdeu tudo e levou o genro com ele para a pobreza. Venderam os imóveis que possuíam, as jóias, os objetos de arte, até o livro que sua mãe mandara fazer, encadernando as partituras de música, de lombada folheada a ouro. Mudaram-se para a periferia do Rio de Janeiro. Foi morar num barracão que ele e seus irmãos construíram no fundo do quintal da casa do pai. Os retratos dos antepassados, que ficavam pregados à parede, foram amontoados no barracão e serviam de tiro ao alvo para os estilingues dos irmãos menores. Às vezes não havia dinheiro nem para o café da manhã. Após a derrocada financeira, o primeiro aniversário de um deles foi festejado com um bolo de barro, neste fincada uma estaquinha, que segurava um pedaço de papel, no lugar da vela. No papel se lia: ‘pudim da miséria’.

Ninguém reclamava, mas Lopes da Costa ficou um pouco revoltado. Foi no início da vida de pobreza que se bacharelou em Letras, aos

16 anos de idade. Alugou roupa para a festa em casa de um colega. Nessa idade, teve que pensar seriamente na escolha de uma profissão para sobreviver. A princípio, deu aulas particulares de português. Ficou muito deprimido, meio perdido, jovem ainda, diante da luta pela vida.

Optou pelo curso de Direito, que tinha, antes de mais nada, horário de aulas compatível com o trabalho. Estudou na Escola Livre de Direito do Rio de Janeiro. Pouco freqüentava o curso. Trazia para a casa o programa, e estudava quando podia. Levou quase o dobro do tempo que os demais alunos para fazer o curso completo. Trabalhava como funcionário da Biblioteca Nacional. Voltava à Escola para prestar os exames. Mas se diplomou com distinção em todas as cadeiras, exceto em Direito Financeiro.

Sempre que podia, ia ao Teatro Municipal, onde se apresentavam com freqüência atores vindos da Europa. Gostava muito de teatro e de música.

No ginásio, fora aluno de admiradores de Augusto Comte, cujo pensamento estava na moda. Lopes da Costa tornou-se positivista. Não perdera a fé, porque nunca a tivera. Não recebera instrução religiosa quando menino. Teria sido, talvez, um marxista, mas ainda não se conhecia Marx. Comprou livros de Comte para estudar sua filosofia.

*Foi funcionário público. Não guardou boas lembranças disso. Voltou-se para o jornalismo. Trabalhou na **Gazeta de Notícias**, a princípio, como revisor, à noite. Depois passou a colaborar com outros trabalhos. Atuou como repórter na Câmara e no Senado, e obteve matéria para se destacar no jornal com artigos escritos com o pseudônimo de 'Álvaro Antunes'.*

No trabalho em repartição pública, foi colega de Humberto de Campos.

Na luta como repórter, conheceu muita gente ilustre e se tornou admirador de figuras notáveis, entre elas, bem acima de todas, a de Rui Barbosa, por quem seria capaz de sacrificar a própria vida. No corre-corre da luta pela vida, com alimentação deficiente e pouco repouso, adoeceu. Teve tifo, e se afastou em licença para tratamento. Naquele tempo, Manuel Bandeira estava na Suíça, tratando-se de tuberculose. O médico disse a meu pai: 'Quem tem dinheiro, vai

para a Suíça; quem não tem, vai para Minas Gerais' ... Ele veio para o sertão de Minas, no Cerrado, no Alto do Paranaíba. Seu irmão Mário estava trabalhando ali como agrimensor. Foi trabalhar com o irmão. Entrou em contato com a natureza: as cachoeiras, o cantar dos pássaros na mata, o horizonte longínquo das planícies, que parecia não ter fim ... Ficou maravilhado.

Fixou residência em Carmo do Paranaíba, hospedando-se na casa de um morador local, porque a cidade não tinha hotel. Cativou-o o acolhimento das pessoas, um povo gentil e prestativo. O clima era muito bom e a água, puríssima, tirada das fontes. Sem luz e sem água encanada, mesmo assim, Carmo lhe pareceu um paraíso. Desistiu de voltar para o Rio.

Na profissão, a vida lhe corria com o mesmo sossego, embora na época a divisão de terras dos grandes fazendeiros pudesse significar perigo, com emboscadas e às vezes morte. Com ele nada aconteceu. Por motivo de serviço, teve que procurar um fazendeiro e rábula muito inteligente, Sr. Teófilo de Deus Vieira. A pessoa que o atendeu era a filha do fazendeiro, Felícia. Por sorte, amiga de Inês, filha do dono da casa onde Lopes da Costa se hospedara. Dizia-se que foi "amor à primeira vista". Com ela se casou em 1915.

Antes do casamento, foi ao Rio para resolver problemas pessoais e registrar o diploma do Curso de Direito.

De volta, iniciou a vida profissional de advogado. As causas mais frequentes eram as da área criminal, envolvendo, não raro, homicídios. Raramente uma causa cível, um inventário ou uma briga pela demarcação de terras. Advogou não apenas no Carmo, mas também nas redondezas: Patrocínio, São Gotardo, Patos de Minas e, às vezes, ia até Catalão, em Goiás. O único meio de locomoção era o cavalo. As viagens eram exaustivas. Dormia-se até mesmo nas matas. Ele, que era também poeta, fez um lindo soneto inspirado na cantiga dos pássaros, pela madrugada.

A clientela começou a chegar e, na época que ele dizia ser a melhor de sua vida, as coisas corriam bem. Mesmo sem água encanada e sem luz, sem os ambientes cultos que conhecera no Rio, era feliz.

*Construiu uma boa casa, que parecia aos moradores locais um **palacete**: 'Tinha até banheiro dentro de casa!'*

De repente, Carmo deixou de ser Comarca. Passou a Termo de Patos de Minas, por questões políticas. O trabalho diminuiu. Quando Carmo voltou a ser Comarca, o entrosamento do novo Juiz com o advogado não foi dos melhores. E já estava cansado da advocacia criminal.

Lopes da Costa, recebeu, então, um convite para trabalhar em Araguari, no Triângulo Mineiro. Aceitou, porque lhe acenaram com uma advocacia promissora. Porém, a cidade era pequena e já tinha um advogado. O sonho não se concretizou.

Já com dois filhos, ele se viu novamente numa encruzilhada. Voltar para o Carmo não resolvia. Permanecer em Araguari era temerário. Deixou os filhos com a esposa, na casa de uma cunhada.

Passou por Belo Horizonte, para ver o advogado e amigo, Dr. Sandoval Babo, indo, a seguir, para o Rio de Janeiro, em busca de solução para sua vida de trabalho.

Nesse íterim, por indicação do Dr. Mendes Pimentel, foi nomeado, por Melo Viana, Governador do Estado, para o cargo de Juiz de Direito da Comarca de Caldas, no sul de Minas.

Entrou para a magistratura em 24.08.1926.

Depois, soube que Melo Viana dissera que era a última tentativa que fazia para pôr ordem na Comarca de Caldas.

Até que enfim tinha encontrado sua vocação. Impôs ordem na Comarca; com amizade e bom senso ajudou um escrívão a deixar a bebida; foi muito estimado. Fez várias amizades e ali voltou diversas vezes a passeio quando juiz de Alfenas, para onde foi promovido em 1928. O Fórum de Caldas hoje tem o seu nome.

Em Alfenas, fizeram-lhe uma estrondosa recepção. Já era esperado como um juiz trabalhador, íntegro e capaz. Esse acolhimento não foi apenas no princípio, mas durou enquanto lá esteve.

A função de juiz exigia-lhe um trabalho permanente. Era juiz de menores, também, o que lhe acarretava uma série freqüente de aconselhamento de filhos, a pedido dos pais. Atendia com muita paciência.

Enfim, ele estava novamente feliz!”

.....
“Tivera algumas aulas de alemão com um padre de origem alemã, e, estudando também sozinho, lia com facilidade a língua em livros

didáticos. Não falava o alemão, apenas o compreendia. Já em 1933 tinha uma boa biblioteca, com exemplares em alemão, italiano e francês. Para a aquisição de livros estrangeiros procurava as editoras que constavam das bibliografias de obras que lera.

Certa manhã, foi procurado por um tipógrafo pobre, homem simples, que o convidou a fazer parte da 'Liga Jesus, Maria, José', uma Associação que reunia apenas homens mais simples, sem cultura, para escutar o padre falar na igreja aos domingos, à tarde.

Lopes da Costa aceitou o convite, mais para não ofender o pobre tipógrafo. Algum tempo depois, o vigário pediu-lhe que falasse do púlpito para aquele povo que, ele, padre estrangeiro, não compreendia muito bem. O Juiz de Direito aceitou novamente o convite, e daí a poucos dias estava sendo chamado de Juiz da Paróquia de Alfenas. Ele não se incomodou.

Em tudo o que fazia, procurava aperfeiçoar-se. As dificuldades eram um desafio que estimulava sua vontade de vencer. Quis conhecer profundamente as razões de sua fé. Estudou filosofia e religião. Rodeou-se de bons livros, na maioria franceses: Bergson, Leon Bloy, Jacques Maritain. Data desse período sua verdadeira conversão ao catolicismo. Dizia que, então, os dias lhe pareciam 'eternas manhãs de primavera'.

Não tinha casa própria. Com os vencimentos de Juiz jamais conseguiu comprar uma casa e a família vivia mudando de residência. Em 17 anos de Alfenas, aconteceram sete mudanças.

Apesar dos poucos rendimentos, acolhia em casa os que dele precisassem. Dois cunhados viveram alguns anos em sua casa. Nos últimos anos de Alfenas, chegaram mais três sobrinhos. Teve, então, que procurar outra fonte de renda: o magistério. Dava aulas de Lógica e Psicologia no curso normal do Colégio Sagrado Coração de Jesus e no Ginásio Municipal de Alfenas.

O trabalho era cronometrado. De manhã, missa e comunhão diárias. De volta à casa, estudo, na parte da tarde, de 13 às 17 horas, no Fórum. Quando tinha folga, dedicava-se, para relaxar, a trabalhos de marcenaria, em oficina no fundo do quintal. Fazia mobília para os de casa e brinquedos para as crianças.

Fizeram-no Provedor da Santa Casa de Misericórdia. Começou logo a fazer reformas, principalmente no recinto da clausura, onde

a fumaça da cozinha próxima enegrecia e sujava as paredes. Acabou reformando também a Capela, muito velha. Fez – ele próprio – o altar, os nichos para as imagens dos santos e a mesa de comunhão. Tudo na sua pequena oficina. Depois do jantar, descansava. Conversava, ouvia rádio e lia alguma passagem do Evangelho. Ia, em seguida, para o escritório, onde estudava e escrevia pela noite adentro. Soube um dia que, em Alfenas, o jogo andava solto, e admitiam menores na jogatina. Procurou o delegado e pediu-lhe providência. Responderam-lhe que tiveram ordem superior para ‘fazer vistas grossas’. Depois de se inteirar de todo o assunto, convocou algumas pessoas que trabalhavam com ele no Fórum, e dali mesmo foi endereçado um telegrama para o Interventor, Dr. Benedito Valadares”.

.....
“A resposta veio. Não foi mais promovido. Seu nome era indicado à promoção, mas o Interventor não o nomeava. Passaram-se alguns anos. Sabia que seu nome continuava sempre na lista de indicações. Certo dia chegou um telegrama comunicando-lhe que acabava de ser nomeado pelo Dr. Benedito Valadares para Juiz de Direito de Pará de Minas, terra natal do Interventor.

A promoção significava quase regressão: o Fórum muito menos movimentado do que o de Alfenas e os filhos teriam que estudar como internos em algum colégio de Belo Horizonte. Respondeu que ‘declinava da honra’. Recusou, assim, a promoção.

Enquanto durou a ditadura, permanecendo o Dr. Benedito Valadares como Interventor, não houve mais promoção para ele.

*Foi depois disso que começou a escrever o **Tratado de Direito Processual Civil Brasileiro**. Trabalhava muito, entrava pela madrugada, pesquisando, escrevendo e datilografando, com dois dedos só, as páginas da obra que seria publicada mais tarde e tão bem recebida pela crítica.*

Saía pouco e se relacionava com algumas pessoas: o médico, dois advogados, o promotor, o escrivão, os padres, um marceneiro, que era artista italiano, e fez as estantes da sua biblioteca, e o pedreiro que lhe reformou a casa alugada, aumentando dois quartos, para caber a família... Era estimado pelos ricos e pelos pobres. Teve sua

atenção despertada para o problema social. A Vila Vecentina, que ele e a esposa haviam conhecido nas visitas periódicas, para ajudar necessitados, estava pobre demais. Ele percorreu as fazendas dos amigos, pedindo colaboração. Conseguiu o compromisso de doação de alimentos no refeitório comunitário que ele mandou construir perto do hospital, com donativos que angariou: refeitório no andar de cima e toaletes no andar de baixo.

Assim era ele: um homem bom, um Juiz justo, um cidadão preocupado com o social, um devotado jurista. Sua extrema timidez transparecia orgulho para muitos que não o conheceram mais intimamente. Era humilde, desapegado das riquezas da terra.”

Com o fim da ditadura, por ato do Interventor, Desembargador Nisio Batista, que presidiu o Tribunal de Justiça durante 21 (vinte e um) anos, em 1946 foi promovido para a Comarca de Varginha, onde permaneceu por dois anos, de onde ascendeu, por ato do Governador Milton Campos, com grande repercussão, diretamente ao Tribunal de Justiça, sendo o primeiro e único juiz mineiro a chegar àquela Corte sem passar pela Comarca de Belo Horizonte.

Ao agradecer a toga de desembargador, disse em trechos do seu discurso, consoante nota biográfica publicada na revista **Jurisprudência Mineira**, v. 47/1:

“A verdade, porém, é que só Deus sabe por que me aventurei por estas alturas. O arbusto que envelheceu na planície estranha ver-se plantado entre as árvores que se levantam na serra. Lá em baixo era a sombra em que se esconde a fraqueza. As mansas virações que não arrancam raízes. No alto é a luz que fulmina as imperfeições. A atmosfera rarefeita, dentro da qual as tempestades rebentam e jogam os troncos mal seguros no chão. Galgar é sempre perigoso”.

.....
“Há duas coisas na profissão do Juiz. Uma é fixa, limitada a certo tempo e a certo lugar. Tranqüila, estável, sempre igual a todas as horas e em toda a parte. É o ofício. O ofício diz respeito ao ato. É o dever que impera então com o mesmo peso sobre o Juiz Municipal do mais pequenino e longínquo termo judiciário, como sobre o ilustre Presidente deste egrégio Tribunal.

A outra coisa, porém, é a carreira. Agitação, inquietação, movimentação. Desordem até quando, no sentido e na prática, a palavra faz sinônimo perfeito de corrida.

*Nasce então aquela terrível doença da alma, que é a paixão do ambicioso. O ofício se torna desagradável. Desprezível a tarefa. O esforço, contrafeito. O ofício é sacrificado em benefício da carreira. A moralidade dos meios, à utilidade dos fins. Hipocrisia, bajulação, mentira, tudo pode servir. Se a fonte do poder não jorra, a vara de um poder mais alto pode fazê-la rebentar. Pelas dignidades o ambicioso – como dizia **Janvier** – renuncia à dignidade. Não sobe mais de pé, mas de gatinhas.*

*Entretanto, o ofício é um estado. E estado, de **stare**, é a posição de quem fica de pé. Os que amam verdadeiramente o ofício, pressentem em cada degrau da escada o aumento progressivo das responsabilidades. E então ao amor ajuntam o temor da carreira”.*

.....
*“É possível, porém conciliar o amor ao ofício e ao desejo de fazer carreira. Não matando as ambições mas reduzindo-as ao seu justo limite. As que não se transformam em paixões, são normais. Representam a inclinação fundamental de tudo que vive. É aquela vontade de existir de que falou **Shopenhauer**. A inclinação natural a melhorar as condições da própria existência. É imanente a toda natureza – diz **S. Tomaz** – inclinar-se para os atos proporcionados a seu poder de ação, nos limites que o Criador traçou.”*

Nesta Capital, veio a colaborar na fundação da “Faculdade Mineira de Direito”, hoje “Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais”, tendo sido seu Professor de Direito Processual Civil e seu primeiro Diretor, emprestando-lhe mais tarde o seu nome ao “Departamento de Assistência Judiciária” que nela se instalou.

Essa experiência do magistério jurídico, todavia, não lhe era nova, dado que em Alfenas, onde foi professor de Lógica e Psicologia, nos cursos ginásial e colegial, também lecionou na então existente “Faculdade Livre de Direito”.

Colho ainda do depoimento de sua filha:

“Aposentou-se em 1953. A aposentadoria o abalou muito. Sentiu-se como se lhe tirassem o tapete de debaixo dos pés. Ficou, na verdade,

muito deprimido. Algumas vezes voltou ao Tribunal para matar saudade. Achou desagradável, tendo a impressão de que ali estava ‘sobrando’.

Faleceu em 16.04.66, de aneurisma da aorta abdominal.”

Contava, à época, 80 (oitenta) anos de idade, sendo de registrar-se que, em seus últimos anos, após a aposentadoria, além da intensa atividade doutrinária, inclusive a escrever artigos para revistas e jornais, se dedicou à advocacia de segundo grau, quando também emitia pareceres.

Nas palavras do Prof. **Mello Cançado**, foi ele “um ser solidário, embora todo o seu retraimento; um ser fraternal, embora seu voluntário ostracismo; um ser presente, embora sua confinção no doce lar que a sua ternura soube erigir”.

3. O JURISTA E SUA OBRA

Segundo seus familiares, foi a partir de sua ida para Alfenas que ele começou a dedicar-se mais ao Direito Processual Civil, que para ele era “o estuário para onde convergiam todas as questões de direito”, entendimento reafirmado três décadas depois, em 1959, no prefácio da 2ª edição, pela Forense, do seu monumental tratado **Direito Processual Civil Brasileiro**. Ali, escreveu ele:

*“Já quinze anos são passados sobre a primeira edição deste **Direito Processual Civil Brasileiro**, escrito nas horas de lazer de uma carreira laboriosa, como a da magistratura no interior do País.*

Atribuído à União, pelo art. 5º, nº XIX, letra a, da Constituição Federal de 1934, o poder de legislar sobre processo civil, e mantida essa atribuição pela Constituição de 1937 (art. 16, nº XVI), foi afinal a 18 de setembro de 1939 promulgado o Código nacional.

Desde João Monteiro não tínhamos tido mais quem de modo geral se preocupasse com a doutrina do processo, salvo um outro estudo sobre pontos singulares:

De nós, poder-se-ia dizer o mesmo que Charles Vass dizia da França:

‘A literatura jurídica francesa oferece pouco material para a construção científica do processo civil.

É isso, sem dúvida, devido a que em França se conservou o hábito, pouco abandonado em outros países, de tratar o processo

como um conjunto de regras práticas, coleção de fórmulas, a que os litigantes deveriam recorrer, sem se preocuparem com a natureza jurídica, nem com as conseqüências das relações estabelecidas pela realização dos atos processuais.’

A nova lei provocou o renascimento da doutrina, num movimento que recebeu então um grande incentivo na atuação que teve na Faculdade de Direito de São Paulo um dos mais ilustres processualistas italianos – Enrico Tullio Liebman – que um vagalhão do fascismo arrancara da cátedra que ilustrava na Universidade de Pavia.

*Começaram a surgir estudos esparsos. Todas as obras de conjunto seguiram o método dos comentários, inadequado para uma **exposição sistemática**.*

A esta me atrevi. Vários anos havia, vinha estudando o processo civil, vendo-o abandonado e indiferente às grandes reformas que se tinham operado nos países europeus, principalmente na Alemanha e na Itália. O Código era novo e na legislação introduzira profundas modificações. Os autores começavam a fazer-lhe a exegese, e os tribunais a dar-lhe aplicação.

O generoso acolhimento que teve o meu trabalho de muito excedeu a expectativa do autor.

Esgotada a edição, sua procura continuou. Pus-me então a trabalhar para uma outra, na medida que me permitiam as absorventes funções de juiz no Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Durante todo esse tempo, continuei a estudar o processo civil.

Em todos os domínios da vida, devido à constante transformação de todas as coisas, que evoluem ou involuem sem cessar, não é possível ficar imóvel num ponto que já se alcançou. Manter-se estacionário, a conservar o que já se adquiriu, é impossível. Ou se vai para diante ou fatalmente se retrograda.

Natural, pois, que uma visão mais demorada e mais atenta da matéria faça modificar muitos pontos de vista e rever muitos conceitos que pareciam definitivos.

É o que comigo sucedeu, como o leitor verificará no confronto entre as duas edições.

Acréscce que várias leis alteraram o texto primitivo do Código, umas para melhor, outras infelizmente para pior. Em meu trabalho, o que sofreu maior alteração foi, naturalmente, a parte geral. Modifiquei não somente o conteúdo, como a ordem sistemática das matérias. Despi a linguagem daquele tom polêmico, vestígio da profissão de advogado, que também exerci nos princípios de minha carreira e na qual sempre me apaixonei pela verdade das causas que sustentava.”

E foi como processualista que ele se destacou como um dos maiores da processualística brasileira, ombreando-se ao pernambucano **Paula Baptista** e ao paulista **João Mendes Júnior**, cada um deles com características próprias e inconfundíveis, insuperáveis na construção da doutrina processual civil em nosso País.

De sua lavra, foram publicados: **Da citação no processo civil** (Belo Horizonte, Imprensa Oficial, 1927); **Da responsabilidade do herdeiro e dos direitos do credor da herança** (São Paulo, Saraiva, 1928); **Direito Profissional do Cirurgião Dentista** (idem); **Da intervenção de terceiros no processo** (São Paulo, C. Teixeira & Cia, 1930); **Direito Processual Civil Brasileiro** (1941); **Medidas preventivas – medidas preparatórias – medidas de conservação** (1953, 3ª ed. em 1966, ed. Sugestões Literárias S.A.); **Manual Elementar de Direito Processual Civil** (Forense, 1956); **A administração pública e a ordem jurídica privada** (Belo Horizonte, Bernardo Álvares, 1961); **Demarcação – divisão – tapumes – condomínio – paredes-meias** (ed. Bernardo Álvares, 1963).

Ao escrever sobre Lopes da Costa, **José Raimundo Gomes da Cruz**, mineiro radicado em São Paulo, no capítulo sobre sua bibliografia, anotou (**Revista de Processo – Repro**, 67/298):

“5. Bibliografia de Lopes da Costa

A) Da citação do processo civil(1927): No prefácio do livro, o Des. Raphael Magalhães dizia tratar-se da monografia ‘mais completa e proveitosa que se tem escripto sobre o assumpto em língua portuguesa’. ‘Duas palavras’ de apresentação também foram trazidas pelo autor da obra, escrita em Carmo do Paranaíba, pelo então advogado Lopes da Costa. Ele parece desculpar-se: ‘Trabalhando

para o direito, não posso pretender mais que a categoria de simples operário. O salário é pequeno – pouco importa. Ao demais, entrei tarde para o serviço’. Lembrou a parábola do patrão que pagou igualmente aos trabalhadores, mesmo tendo alguns trabalhado durante tempo menor do que outros.

.....
O autor se baseava no Código de Processo de Minas Gerais. Criticava, com razão, a confusão terminológica, propondo conceito de tal ato público, judicial, de chamamento a juízo da ‘parte ou qualquer outra pessoa subsidiária do processo’. Seguem-se capítulos dedicados à citação inicial(lembrados os casos de urgência, sem tal citação, mas com caráter provisório, sempre), a quem deve ser citado, ao tempo e lugar das citações, às espécies desta (“quando o citado por edital não comparece, o juiz, de ofício, nomeia-lhe um curador à lide”), à nulidade e à falsidade da citação.

Tudo leva a crer que, em vez de publicar segundo volume, sobre os efeitos da citação, Lopes da Costa deixou tudo para seu tratado, tantas vezes lembrado.

B) Da responsabilidade do herdeiro e dos direitos do credor da herança(1928): *Dedicado ao Dr. Fernando de Mello Vianna (“a quem devo o ingresso na magistratura do Estado de Minas Gerais”), este livro teve prefácio do Min. Costa Manso, que recomendou ‘calorosamente a obra’.*

Mesmo evidente o cunho civilista desta, não falta observação sobre o processo.

.....
C) Direito profissional do cirurgião-dentista(1928) – (Direito das profissões sanitárias): *Em seu próprio prefácio, Lopes da Costa destaca que a idéia do livro ‘nasceu de um caso forense’, da sua ‘obscura advocacia de província’. Apesar de tratar-se de obra premiada, ainda se percebe o escrúpulo rigoroso dele quanto à publicação do estudo, diante de conselho um tanto severo de Vivante aos candidatos à criação de monografias jurídicas.*

Segue-se o texto da ata da comissão julgadora das ‘obras que, em 1927, concorreram ao prêmio da Fundação Pedro Lessa’. Sabe-se que houve empate no primeiro lugar deste livro com o estudo de

*Amílcar de Castro, então também juiz do interior, que tratava **Das execuções de sentença no Estado de Minas Gerais**.*

A obra não é apenas de direito civil, embora tenha merecido maior destaque no tratado de civilista do vulto de José de Aguiar Dias. Na verdade, Lopes da Costa estuda os aspectos constitucionais, penais, comerciais, processuais penais e civis do tema, sempre valendo-se de bibliografia adequada, nacional e estrangeira.

*D) **Da intervenção de terceiros no processo** (1930): Em seu prefácio, J.M. de Azevedo Marques destaca que o tema constituía ‘quebra-cabeça’ para os legisladores e julgadores, partindo da ‘conveniência da simplificação e economia do processo’, de um lado, e de outro, da ‘inconveniência das intervenções em lutas alheias’ e elogia a proposta doutrinária do livro, quanto às ‘perturbações necessárias’ do processo alheio.*

.....

*E) **Direito Processual Civil Brasileiro** (1941): De 1927 a 1930, Lopes da Costa publicou quatro livros de prestígio. Durante a década seguinte, nenhum, antes dos quatro volumes do seu tratado, com o título em epígrafe. Agora o fôlego, a paciência, o trabalho metódico, não mais a construção de capelas, mas da catedral. Sem desvios para outros setores do Direito, a obra do processualista moderno e brasileiro.*

.....

*F) **Medidas Preventivas – Medidas Preparatórias – Medidas de Conservação** (1953): Segundo o prefácio, a pesquisa deste tema começou em Varginha e ficou mais difícil com a promoção do seu autor ao cargo de Desembargador do TJMG.*

Até a terminologia é moderna, pois o capítulo inicial se dedica às ‘medidas cautelares’. Seu autor distinguiu bem medidas antecedentes de medida preparatória. Falou do chamado ‘poder cautelar geral’ do juiz e insistiu no caráter provisório da tutela cautelar, jamais ‘de execução satisfativa’.

*G) **Manual Elementar de Direito Processual Civil** (1956): No tópico relativo ao Professor de Direito, antecipamos breve referência a este livro. Seu prestígio se percebe, v.g., na inclusão em todos os capítulos de obra similar de prestígio que só inclui autores que escreveram após a vigência do CPC de 1973.*

H) A Administração Pública e a Ordem Jurídica Privada (Jurisdição Voluntária) (1961): Já antecipamos referência a este livro, no tópico sobre o Processualista emérito. Criticando o critério formal quanto às funções do Estado, Lopes da Costa se vale da analogia com o organismo biológico, citando autores especializados em anatomia e fisiologia humana. Obra de plena maturidade, já aposentado da magistratura o seu autor, tudo impressiona. Restaria destacar algo, no caso, o cap. XIV, sobre a irretratabilidade da decisão, que se distingue de irrecorribilidade e de coisa julgada.

*I) Demarcação – Divisão – Tapumes (Domínio – Condomínio – Paredes-meias) (1963): Último livro de Lopes da Costa, que viria a falecer em 1965 (rectius, 1966). Se nos lembrarmos do seu começo em Minas com seu irmão, como agrimensor, talvez expliquemos, pelo menos em parte, sua última obra doutrinária. Também aqui a origem civilista viria a ajudá-lo muito. Mas só vamos destacar uma passagem para ilustrar, no escritor metódico, paciente, estudioso e reservado, o lado de humor, com freqüência encontrado em sua obra de jurista. Criticando, como fazia ainda mais freqüentemente, o Código de 1939, em certa passagem, ele diz: ‘O legislador, para dar mais uma prova de que rubrica **non facit fidem** não tratou justamente da ação que enumerou em primeiro lugar – a de tapumes. Fez como o locutor da Hora do Brasil, no aviso aos navegantes, quando nada há a prevenir para a segurança da navegação: **Não há aviso**’.*

Dele, assim, podemos dizer o que Paulo Rónai afirmou sobre Guimarães Rosa, pois, para ambos, ‘escrever tinha tanto de brincar quanto de rezar’.

*J) Outros trabalhos publicados: Além de vários artigos doutrinários, Lopes da Costa após sua aposentadoria escreveu com regularidade sobre temas jurídicos para o jornal **Correio do Dia**, de Belo Horizonte, em 1953 e 1954, mantendo nele coluna intitulada ‘Pelo Mundo Jurídico’. Também escreveu sobre temas políticos e sociais, além de matéria que classificava como ‘Jurisprudência Crítica’.*

Seu prestígio como processualista de escol firmou-se no Brasil inquestionavelmente. Não mais se falava ou escrevia sobre o nosso processo civil sem citar Lopes da Costa.

Em carta datada de 5.7.1962, **Dario de Almeida Magalhães**, ao agradecer-lhe o exemplar do seu novo livro **A administração pública e a ordem jurídica privada**, confessou-lhe:

“O seu novo trabalho confirma e acrescenta razões para o juízo, que é hoje dominante nos nossos círculos jurídicos mais prestigiosos: o senhor é, atualmente, o mais sábio, lúcido e seguro dos nossos processualistas. É para mim motivo especial de satisfação participar deste juízo, pelos laços que o ligavam ao meu Pai, que teve o prazer de exaltar os seus autos méritos de jurista quando o senhor iniciava a sua obra de publicista”.

Sua obra chegou, à época, a Portugal despertando entusiasmo, como se vê de apreciação lançada por L. P. **Moitinho de Almeida**, in **Jornal do Foro**, ano 26 (1962), nº 138/40, p. 245-247, em loas à sua doutrina, particularmente no concernente à jurisdição voluntária.

Mesmo **Eliézer Rosa**, que em seu belo **Dicionário** fizera restrições à sua obra, embora enaltecendo-lhe a excelência exegetica, em cartas datadas de 8.11.1973 e 2.10.1985 veio a penitenciar-se de sua inicial crítica parcial, reconhecendo, após aprofundar-se no estudo da obra de Lopes da Costa, a grandeza da sua contribuição à ciência processual brasileira. Na última das referidas cartas, a mim dirigida, escreveu o Jurista-Poeta:

*“Que grande Mestre era o **Lopes da Costa**. Fiz-lhe grande injustiça, em 1957, ao publicar o meu primeiro **Dicionário de Processo Civil**. Depois que me dei à leitura de toda a sua obra, me senti envergonhado de minha insubsistente crítica, produto de minha imaturidade, ou arroubos de jovem inexperiente. Busquei corrigir minha ousadia, mas já estava ele morto. O sábio e modesto homem nunca me respondeu diretamente, só o fazendo de modo indireto, insistindo numa afirmação, com muita ênfase, num ponto que eu havia criticado. Notei e guardei comigo a lição. Hoje sou um devotado estudioso da obra admirável daquele varão sábio e grandemente humilde”.*

José Frederico Marques, o grande processualista de São Paulo, em livro que fez editar pela Saraiva (1977) sobre **O Direito Processual em São Paulo**, observou (nº 1, p. 2) que a renovação que se operou no Brasil a partir

da década de trinta, teve como líderes incontestáveis, no início, processualistas de outros Estados, a saber, o alagoano Pontes de Miranda, o carioca Machado Guimarães e os mineiros Amílcar de Castro e Lopes da Costa.

Não menor, e talvez ainda maior, era a admiração de **Buzaid**, igualmente um dos ícones do nosso processo civil. Em seu ensaio **Grandes processualistas** (Saraiva, 1982, nº 22), dentre outras considerações, escreveu ele de Lopes da Costa:

*“No seu **Tratado de Direito processual civil brasileiro**, que se desenvolve em quatro volumes, consagra e aplica os fundamentos da filosofia aristotélico-tomista”.*

Foi, no entanto, na **Revista de Direito Processual Civil** (Saraiva, SP, 1960, v. 2, p. 211-212), em magnífica resenha acerca da 2ª edição do **Tratado**, de 1959, que, de forma magistral, aquele que viria a ser o autor intelectual do Código de 1973, expôs sua admiração, como se vê a seguir:

*“A personalidade marcante de Lopes da Costa revelou muito cedo a sua vocação para os estudos de **Direito Processual Civil**. Em 1927 publica **Da Citação no Processo Civil**; em 1953, **Medidas Preventivas**, da qual saiu segunda edição em 1958; em 1956, o **Manual Elementar de Direito Processual Civil**. Lança agora a segunda edição do **Direito Processual Civil Brasileiro**, cuja primeira veio à luz, também em quatro volumes, em 1941.*

O insigne escritor conjugou, durante a sua laboriosa e fecunda existência, a missão científica do processualista à do magistrado, que percorreu as várias entrâncias até atingir o cargo de desembargador do Tribunal de Minas Gerais, honrando as duas atividades com o seu talento e o seu largo saber. O que verdadeiramente surpreende em seu vigoroso espírito é a perseverança nos estudos científicos, feitos no interior de Minas, enquanto magistrado, com as dificuldades naturais do autodidatismo, que soube vencer pela meditação dos problemas e pelo cultivo de várias línguas, nomeadamente o alemão e o latim, que lhe permitiram manter o mais vivo e estreito contacto com os maiores escritores da atualidade.

*Além disso, o cotejo entre as várias edições dos seus livros assinala a permanente inquietação do seu espírito que, insatisfeito com o que produz e é sempre da melhor qualidade, trabalha continuamente sobre os temas, revê as investigações já concluídas, refaz capítulos e até volumes inteiros, de modo que, ao se ler que a segunda edição é revista e aumentada, logo se adquire a convicção de que é antes uma obra nova do que a reprodução, com breves acréscimos, da anterior. Ainda agora, contando cerca de setenta anos, emprega a sua atividade, regendo a cátedra de Direito Processual Civil na Faculdade Mineira de Direito. Tendo-se esgotado, há vários anos, a primeira edição da sua obra capital - **Direito Processual Civil Brasileiro**, preparou, com requinte de cuidado, a segunda edição, que acaba de ser publicada. Da obra, lançada em 1941, pouco resta na verdade. Deu nova disposição às matérias; refundiu quase todos os capítulos; modificou opiniões; em suma, apresentou um livro, que se pode considerar substancialmente novo.*

Essa impressionante capacidade de trabalho, aliada a um rigoroso método científico que emprega em todos os seus estudos, assegura ao insigne professor de Minas uma posição entre os maiores mestres da América.

A obra é fundamental. Raros escritores entre nós, conhecendo com tanta segurança não só a história como o direito comparado, puderam reunir tão valioso cabedal, não como a máquina que se limita a fotografar fichas, mas como o observador agudo que penetra a índole dos institutos, para descobrir a sua filiação e a sua razão de ser. Não faz a história como historiador senão como jurista; por isso a invoca na medida em que serve para explicar o direito. É que, diversamente do matemático que trabalha sobre leis imutáveis, válidas para todos os tempos e todos os povos, o jurista trabalha sobre fatos variáveis da vida social, sujeitos às contingências do progresso da humanidade. O completo domínio da doutrina estrangeira, nomeadamente alemã, austríaca, italiana, francesa, espanhola e portuguesa, lhe permite fundamentar os conceitos que extrai da análise do direito nacional, mostrando, através do método comparativo, as coincidências e dissemelhanças.

Mas Lopes da Costa não é apenas jurista. Cultiva há longos anos a filosofia tomista, à luz da qual formou o seu espírito de investigador, que se não contenta com a exegese do Código artigo por artigo, preferindo a elaboração de carácter sistemático.

Dotado de aguda penetração, realiza, em toda plenitude, uma obra unitária, onde se observa a coerência das idéias, apesar da variedade de teorias com que tem, a cada passo, de operar ao longo dos quatro densos volumes. O seu espírito filosófico não o divorcia da realidade. Ao contrário, compreendendo que a obra se destina a leitores de diferentes graus de ilustração, ilumina com exemplos os conceitos que emite, de sorte que a leitura se torna amena, graças à feição didática que lhe imprimiu.

Não sendo possível, dentro dos limites de uma resenha, analisar por inteiro a obra, limitando-nos a indicar algumas idéias fundamentais, que exprimem a notável independência de nosso autor não só na elaboração de seu pensamento, mas também na discussão das teorias que contribuíram para o engrandecimento do Direito Processual Civil.

A obra compreende todo o processo civil. Começa por uma exposição de conceitos fundamentais, especialmente sobre jurisdição (vol. I, págs. 50 e segs.), ação (vol. I, págs. 80 e segs.), processo e procedimento (vol. I, págs. 190 e segs.). Estuda depois os sujeitos do processo: juiz e partes (vol. I, págs. 265 e segs.); em relação ao primeiro, os problemas de competência, garantias da magistratura e cooperação judicial; em relação ao segundo, as condições, capacidade e pluralidade subjetiva.

O segundo e terceiro volumes são dedicados, em sua maior parte, ao processo de cognição em primeira e segunda instância, figurando a teoria dos recursos. Trata no quarto volume do processo de execução, abrindo uma parte final para certos procedimentos especiais, como o executivo, cominatório, por editais, preventivo, divisório, arbitral e do mandado de segurança (págs. 347 e segs.). Tem toda a procedência a sua crítica ao exagerado número de procedimentos especiais: 'O Código tem um número exagerado de procedimentos especiais. Examinando-se, porém, todos eles, verifica-se que uns podem ser facilmente reduzidos a um tipo só e muitos outros nada tem de especial, sendo que os preceitos que se oferecem como

caracterizando a especialidade não são de direito processual, mas de direito substantivo, transportados para o Código como regras de eumática, em verdadeiros formulários' (vol. IV, pág. 347).

O ilustre processualista abarca todo o processo civil numa obra, que é de estudo e de consulta, escrita em linguagem clara e simples, mas onde se percebe sempre o espírito ardentemente polêmico do seu autor”.

A admiração de Buzaid à obra de Lopes da Costa, e a influência deste recebida, é de aduzir-se, estão refletidas inclusive na própria exposição de motivos do Código de 1973, nas notas 1, 18 e 37, em aspectos fundamentais da arquitetada legislação codificada.

4. A INFLUÊNCIA DE LOPES DA COSTA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Poucos processualistas brasileiros, ou talvez nenhum, tenha influenciado tanto a nossa doutrina processual civil brasileira.

Do Código de 1973, tenho que sem dúvida foi quem mais influenciou Buzaid, seu autor intelectual, como se nota sobretudo no relevo, até exagerado, que deu ao processo cautelar, ao poder geral de cautela e à jurisdição voluntária.

Sua influência vê-se presente nas obras dos doutrinadores que se seguiram, facilmente detectáveis até mesmo quando não explicitada. E foi ele, como autodidata, precursor na compreensão do direito alemão, no qual vamos encontrar as construções decorrentes da autonomia da ciência processual, como resultado do chamado “processualismo científico” surgido na segunda metade do século XIX, origem do extraordinário desenvolvimento do processo civil experimentado a partir de então.

A transformação que se processa em nosso processo civil, a partir da *Reforma* legislativa iniciada na década de noventa, não foge a essa diretriz.

Ao buscar-se o aprimoramento do nosso processo civil, dando-lhe efetividade e enaltecendo o seu caráter instrumental, repudiando formalismos desnecessários e imprimindo-lhe procedimentos mais céleres, sem prejuízo do *due process of law*, o que se almeja, em última análise, é realizar o objetivo de quantos, como Lopes da Costa, idealizaram e ainda sonham com um processo à altura do avanço da civilização, preservando as conquistas científicas alcançadas e avançando sempre na busca do seu permanente aprimoramento.

Ao homenagearmos Lopes da Costa, estamos, na realidade, não apenas resgatando uma dívida de reconhecimento, homenageando o homem, o jurista e sua obra, mas homenageando a própria inteligência e a cultura nacionais, os que cultuam a ciência como instrumento de transformação da sociedade na procura de uma vida melhor, os sonhos que povoam o ideário de todos nós. ◆

CONSIDERAÇÕES SOBRE O EFEITO SUSPENSIVO DOS RECURSOS CÍVEIS*

SERGIO BERMUDES

Advogado. Professor da PUC/RJ

1. O TEMA

Tem sido fértil a doutrina acerca do efeito devolutivo dos recursos, particularmente a apelação, que o produz na sua plenitude, limitado apenas pela extensão em que se impugna o pronunciamento judicial. Ainda assim, existem aspectos desse efeito que ainda necessitam de construção doutrinária definitiva, como é o caso do § 1º do art. 515 do Código de Processo Civil, também carente de uma exegese firme dos tribunais.

O efeito suspensivo é, no entanto, o irmão pobre dos efeitos recursais. Pouco se tem escrito sobre ele, até mesmo porque o seu exame não ofereceria questões do porte das apresentadas no tratamento do efeito devolutivo. Convém, todavia, tecer algumas considerações em torno dele, relevante quanto à eficácia das *decisões judiciais*, usada a expressão, aqui, no sentido genérico, abrangente de todos os atos mencionados nos arts. 162 e 163 do Código de Processo Civil e também dos despachos que não sejam de mero expediente, estes irrecorríveis (art. 504).

2. O EFEITO SUSPENSIVO

O efeito suspensivo obsta à eficácia da decisão judicial, proferida no processo, na extensão do recurso que o produz. Se não se impugnar o pronunciamento, recorrendo-se dele na totalidade da sua extensão recorrível, é óbvio que a parte não recorrida produz a eficácia que o efeito suspensivo evitaria. Assim, se a sentença julgar *a* ou *b*, mas o legitimado (CPC, art. 499) só recorrer de *a*, o efeito suspensivo atua quanto a este capítulo, e não quanto a *b*.

A incomunicabilidade do efeito suspensivo à porção não recorrida do ato decisório não opera, quando houver entre o ponto impugnado e o

* Este artigo foi escrito em memória de Evaristo de Moraes Filho, com uma saudade imensa.

ponto não impugnado uma relação tal que não se admita, logicamente, a eficácia deste último sem a daquele. Vejam-se as situações em que exista um vínculo de dependência entre um ponto e outro, para verificar-se que, nesses casos, o efeito suspensivo se estende ao ponto não recorrido (v.g., a apelação impugnou o principal, mas nada pediu quanto aos juros, decretados em função dele; recorreu-se da parte da sentença que julgou procedente o pedido de investigação de paternidade, porém se silenciou quanto ao capítulo que acolheu a petição da herança do investigado). A preclusão não vai ao ponto de consolidar a parte não impugnada da decisão, quando esta dependa inevitavelmente daquela.

Quanto à extensão do efeito suspensivo aos legitimados não recorrentes, aplica-se, *mutatis mutandis*, o art. 509 do CPC, na interpretação que lhe têm dado a doutrina e a jurisprudência. Quando o recurso de um dos litisconsortes produzir o efeito suspensivo, este efeito se estenderá aos não recorrentes, salvo se os seus interesses forem distintos ou opostos. Noutras palavras, se o fundamento do recurso for comum (v.g., incompetência absoluta do juiz sentenciante; inexistência do vício do ato anulando), o efeito suspensivo se produzirá também quanto ao legitimado não recorrente. Não assim se distintos os interesses (por exemplo: duas vítimas do mesmo acidente, litisconsorciadas conforme o art. 46, II, pedem perdas e danos, a sentença rejeita os pedidos de ambas, mas só uma delas recorre). Neste caso, a sentença fará coisa julgada no tocante ao vencido que não recorreu e produzirá quanto a ele todas as conseqüências, admitindo a execução, inclusive das verbas da sucumbência.

O efeito suspensivo não veda apenas a eficácia executória da decisão recorrida. Se assim se entendesse, seria forçoso concluir que ele só atuaria sobre os pronunciamentos de natureza condenatória, os únicos suscetíveis de execução, tomado o vocábulo, agora, no sentido em que ele aparece no livro II do CPC. Vai além a suspensão, tolhendo qualquer eficácia ao ato recorrido, para impedir a sua execução, num sentido lato, envolvente da prática de todos os atos, que, de qualquer modo, lhe possam dar efetividade.

3. RAZÕES DO EFEITO SUSPENSIVO

A principal razão determinante do efeito suspensivo dos recursos é a incerteza quanto ao acerto da decisão recorrida. Nunca se conseguirá ter certeza de que, mesmo submetida a todos os recursos, a decisão recorrida não se encontra contaminada por um erro de procedimento, ou por um erro

de julgamento, pois o julgar por último não significa julgar melhor, como sempre se proclamou. O certo, no entanto, é que, de um modo geral, o recurso diminui a possibilidade do desacerto e contribui para o aprimoramento das decisões. Dir-se-ia, então, que, num juízo político, o direito positivo confere o efeito suspensivo quando predomina um sentimento de incerteza quanto à correção dos pronunciamentos judiciais maior que o de certeza. O efeito suspensivo impede a eficácia da decisão recorrida até que se inverta essa situação, pela prevalência da idéia do acerto sobre a do erro.

É o efeito suspensivo dos recursos que realiza o princípio do duplo grau de jurisdição na sua plenitude. Esse princípio todas as legislações o adotam (apresentava-se a Turquia como exceção, porém os parcos elementos disponíveis sobre a legislação daquele país já apontam no sentido contrário). Ele recomenda, por razões de sobra conhecidas, o reexame das decisões judiciais por órgãos superiores aos que as proferiram (ou, ao menos, diferentes destes, como ocorre nos juizados especiais, onde, de acordo com o art. 41, § 1º, da Lei nº 9.099, de 26.9.95, das sentenças ali proferidas admite-se recurso para um colegiado).

O efeito suspensivo assegura o princípio do duplo grau na sua inteireza, pois, quando ele incide, a decisão recorrida não surte eficácia jurídica, até que o órgão recursal a aprecie. E do julgamento do recurso decorrerá outra decisão. Em virtude dela, o ato recorrido subsistirá, todas as vezes em que não se julgar o mérito do recurso, ou desaparecerá, substituído por outro (art. 512), mesmo que meramente confirmatório.

Seria exagero dizer que, impugnado por recurso de efeito suspensivo, o pronunciamento recorrido não produz qualquer efeito, em termos absolutos. A experiência prática mostra não ser assim. A sentença, o acórdão, as decisões interlocutórias, os despachos, ainda quando tolhida a sua eficácia pelo efeito suspensivo, podem produzir, por sua simples existência, conseqüências até graves fora do processo. Imagine-se, por exemplo, que a sentença de procedência, ou mesmo de improcedência da ação reivindicatória pode influir no preço do imóvel reclamado, ainda quando dela se interponha apelação que, produzindo o efeito suspensivo, contenha a eficácia do ato impugnado. Não se trata, contudo, de fenômeno vinculado à suspensividade. Cuida-se de repercussão do ato decisório, como fato do processo e como fato social.

4. SUSPENSÃO LEGAL E PROVOCADA

Há os casos em que o efeito suspensivo é consequência necessária do recurso. O art. 520 do Código de Processo Civil preceitua, peremptoriamente, que a apelação “será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo”, sem deixar margem ao órgão jurisdicional para privá-la de qualquer um desses efeitos.

O art. 518 estatui que, “interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder”. Não se pense, entretanto, que a lei faculte ao juiz, na oportunidade do *caput*, ou na do parágrafo único desse dispositivo, que lhe permite o reexame dos pressupostos recursais depois da resposta do apelado, negar à apelação (ou a qualquer outro recurso) o efeito suspensivo que a lei lhe atribui. Conferindo a lei esse efeito ao recurso, o órgão jurisdicional não poderá negá-lo.

Acrescente-se que o efeito suspensivo, ditado pela lei, ocorre desde a interposição do recurso, se estiverem presentes os pressupostos da admissibilidade deste. Protocolado o recurso, qualquer iniciativa para dar efetividade ao ato recorrido dependeria do seu recebimento, ou não recebimento. O despacho de recebimento é decisão apenas declaratória. Não confere a suspensão. Reconhece e proclama a produção desse efeito.

Noutras hipóteses, o efeito suspensivo não acontece espontâneo; não decorre diretamente da lei, como sucede com a apelação, ressalvada norma legal contrária, como a da segunda parte do art. 520 do CPC, como os embargos infringentes, ou de declaração. O efeito suspensivo, nas situações agora referidas, depende de decisão judicial de natureza constitutiva. É a decisão, não a lei só por si, que atribui à decisão recorrida o efeito que o recurso sozinho não produz, alterando, portanto, a situação prática decorrente da interposição dele.

Os arts. 527, II, e 558 do Código de Processo Civil (o primeiro remete ao segundo) permitem ao relator do agravo de instrumento suspender o cumprimento da decisão agravada (entenda-se: atribuir efeito suspensivo ao agravo, como está no art. 527, II) quando, relevante a fundamentação do recurso, possa resultar da decisão agravada lesão grave e de difícil reparação. Algo superfluamente, mas para manter-se fiel à tradição legislativa, o art. 558 alude aos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea, quando bastaria a menção genérica e abrangente aos atos de lesão grave e de difícil reparação.

A doutrina e a jurisprudência do art. 798 definirão o que se deva entender por lesão grave e de difícil reparação. A decisão concessiva do efeito suspensivo provocado é providência cautelar embutida.

No caso do agravo de instrumento, que o art. 497 priva do efeito suspensivo, a decisão concessiva dele opera *ex nunc* ou *ex tunc*, conforme nela se declarar, pois o art. 558 nada diz sobre o modo como haverá de produzir-se a sua eficácia.

O efeito suspensivo provocado da apelação merece destaque por sua singularidade.

5. EFEITO SUSPENSIVO PROVOCADO DA APELAÇÃO

Nos casos dos incisos I a VI do art. 520, a apelação, como nele se declara, será recebida só no efeito suspensivo. Excepcionalmente, a lei confere o efeito suspensivo ao recurso que, por excelência, realiza o duplo grau de jurisdição, naquelas hipóteses e noutras, regidas por lei especial, como a do parágrafo único do art. 12 da Lei nº 1.553, de 31.12.51, regente do mandado de segurança.

O parágrafo único do art. 558 do CPC manda aplicar o dispositivo às hipóteses do art. 520. Assim, nos casos em que a apelação só produz o efeito devolutivo, arrolados no art. 520, e também noutros, reguladas em lei especial (*ubi eadem ratio ibi eadem dispositivo*), pode o relator da apelação conceder a ela o efeito suspensivo, contanto que se configurem os pressupostos do art. 558 (relevância da fundamentação, possibilidade de lesão grave e de difícil reparação).

Surge o problema prático. Ao contrário do agravo de instrumento, interposto diretamente no tribunal (art. 524), assim possibilitando, pela imediata distribuição (art. 527), a decisão liminar do relator, a apelação se ajuíza na primeira instância (art. 514), onde o seu processamento ocorre com inevitável lentidão (art. 518 e parágrafo único), aumentada, às vezes, por situações excepcionais (v.g., arts. 191, 519). Como, então, obter-se o efeito suspensivo, se a apelação ainda corre no juízo recorrido?

Têm-se sugerido soluções, no meu juízo esdrúxulas, tais como a interposição do agravo de instrumento, a fim de que o relator, com base no art. 527, II, confira efeito suspensivo à apelação. Mas qual a decisão agravada? O despacho que recebe a apelação só no efeito devolutivo? Recorre-se, então, de uma decisão corretíssima, sem que se configure a fundamentação relevante do art. 558. Mandado de segurança? Tirante as restrições sempre

feitas ao uso do mandado como sucedâneo de recurso, indagar-se-á qual o direito líquido e certo violado pela decisão de recebimento do recurso só no efeito devolutivo, se a lei assim determina. Trata-se, a olhos vistos, de soluções artificiais.

Parece que a melhor, a mais simples, a mais prática, a menos criticável das soluções será o requerimento avulso de outorga do efeito suspensivo à apelação. Demonstrando a incidência do art. 558, o apelante, fazendo prova da sentença, da interposição tempestiva da apelação e do seu preparo, e expondo o risco de lesão grave e de difícil reparação, formulará o requerimento de efeito suspensivo. Ele será distribuído, diretamente no tribunal, a um relator, que o apreciará de pronto, ficando prevento, ele ou o órgão do tribunal que integrar, para o conhecimento e julgamento da apelação, depois que ela subir ao tribunal.

Esse requerimento atua, relativamente à apelação, tal como tem ocorrido com a ação cautelar no Superior Tribunal de Justiça, proposta com fundamento no art. 288 do Regimento Interno da Corte, para conceder-se efeito suspensivo ao recurso especial, que não o produz (CPC, art. 542, § 2º), assim evitando o esmagamento do direito dos jurisdicionados, especialmente em situações teratológicas.

Aqui estão algumas considerações acerca do efeito suspensivo dos recursos, instituído pela ordem jurídica para assegurar o aperfeiçoamento das decisões suscetíveis de produzi-lo. ◆

AS AÇÕES CAUTELARES NO DIREITO DE FAMÍLIA

WILSON MARQUES
Desembargador do TJ/RJ

CONCEITO

Ação cautelar é a ação que visa garantir resultado útil à tutela de outra natureza (de conhecimento, ou de execução). Presta-se uma tutela-cautelar - com a finalidade de garantir, através dela, a efetividade de outra tutela - de conhecimento ou de execução.

A LIMINAR

Reunidos os requisitos legais – *fumus boni juris e periculum in mora* – o juiz, se o perigo for tal que não se possa sequer esperar que se chegue ao fim do procedimento acautelatório, defere desde logo ou após justificação prévia, a medida cautelar, depois de ouvir o réu, ou sem ouvi-lo, se verificar que “este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz...” (artigo 804)

O uso das ações cautelares nominadas, próprias do Direito de Família, de que passaremos a tratar, obviamente não exclui a utilização, quando for o caso, das ações cautelares inominadas e das ações cautelares nominadas outras, que poderíamos chamar de gerais: Assim, v.g. na execução de alimentos por quantia certa – artigo 732 – o arresto, o seqüestro, a caução, etc. etc.

Não obstante, interessa-nos, mais, no momento, as primeiras, ou seja, as ações cautelares nominadas específicas do Direito de Família, sobre as quais passaremos a tecer breves considerações:

1. A SEPARAÇÃO DE CORPOS

Conquanto tratada, no Código, como espécie do gênero ação cautelar, com a designação um tanto imprópria de “afastamento de um dos cônjuges da morada do casal” (artigo 888,VI) a separação de corpos não

ostenta aquela natureza jurídica, pois a medida não tem a finalidade de garantir resultado útil à tutela de outra natureza - a separação judicial, o divórcio, a anulação de casamento etc. - o que, como já se viu, constitui a característica fundamental de qualquer ação cautelar genuína.

Com efeito, para que se atinja, com aquelas ações – separação judicial, divórcio, anulação de casamento etc. – o resultado visado, pouco importa que os corpos estejam juntos, separados e até ...interpenetrados.

Na verdade, o que se pretende, com a Separação de Corpos, é a antecipação de um dos efeitos da dissolução da sociedade conjugal ou do casamento - a cessação do dever de satisfazer o *debitum conjugale* e, eventualmente, mas não necessariamente, também, o de vida em comum, no domicílio conjugal - o que implica em dizer que a Separação de Corpos participa da natureza jurídica da antecipação da tutela de mérito, regulada no artigo 273, e não de verdadeira e própria ação cautelar, como tal regulada no artigo 888, VI.

O Código brasileiro não faz, mas o italiano faz a distinção entre o que denomina de *provvedimenti presidenziali* - artigo 708 - (também chamados *antecipatori o interinali*) incluídos na disciplina das ações do Direito de Família - com os *provvedimenti cautelari*, tratados em capítulo diferente.

Sobre o assunto há obra clássica de Mandrioli, intitulada **Per una Nozione Strutturale dei Provvedimenti Antecipatori o Interinali**, onde o autor fundamenta cientificamente a distinção entre os provimentos cautelares e os interinais não cautelares, incluindo expressamente a separação de corpos no elenco daqueles *Provvedimenti Antecipatori o Interinali*.

Da circunstância de não ostentar a separação de corpos natureza jurídica cautelar decorrem conseqüências importantes:

A primeira delas consiste em que a duração do decreto que concede a separação de corpos, ou, para usar a nomenclatura do Código, determina ou autoriza o afastamento de um dos cônjuges da morada do casal, deve estender-se até o trânsito em julgado da sentença que venha a ser proferida na causa principal, ficando assim imune a revogações ou modificações, não se lhe aplicando, portanto, o artigo 807, que permite, em relação às verdadeiras medidas cautelares, que sejam “a qualquer tempo...revogadas ou modificadas”.

A segunda - desnecessidade de ser proposta a ação principal no prazo de 30 dias, sob pena de cessação da eficácia da medida (artigos 806 e 808, I) - presta-se a controvérsias.

Mas da premissa de que partimos - a separação de corpos não ostenta natureza cautelar - a conclusão a que se deve chegar é a de que quem a obteve não tem o ônus de propor a ação principal, dentro do prazo legal, para atender a dispositivo que trata daquilo que a separação de corpos não é: medida cautelar.

Nesse sentido, posiciona-se Galeno Lacerda.

Assim também entendeu, por unanimidade de votos, a 4ª Comissão do Congresso de Magistrados, realizado no Rio de Janeiro, em 1974.

A jurisprudência, no entanto, orienta-se no sentido inverso, no que se faz acompanhar por doutrina de peso (Ovídio Baptista, Humberto Theodoro Júnior, dentre outros).

Argumenta-se que uma vez concedida a separação de corpos terá a parte que a obteve o prazo do artigo 806 para a propositura da ação, sob pena de a medida perder a eficácia, mas a perda da eficácia da medida cautelar, no caso, dá-se no plano *jurídico*, tornando ilegítimo o afastamento do cônjuge da morada do casal, não havendo qualquer eficácia condenatória ou mandamental capaz de impor o retorno do separado à convivência conjugal, que é mera *questão de fato*.

A solução preconizada, além de aplicar à medida não cautelar, o que a lei dispõe a respeito de medida cautelar, ainda não dá solução ao problema que consiste em saber se, decretada a ineficácia da medida, no plano jurídico, teria o cônjuge que se afastou da morada do casal, voluntária ou compulsoriamente, o direito de a ela regressar.

Pensamos, com Galeno Lacerda, que a resposta é negativa. A falta da propositura da ação, no prazo legal, não pode trazer por consequência a reunião compulsória de corpos que se odeiam. Se, acaso, o marido se julgar injustiçado pela decisão que o afastou compulsoriamente do lar conjugal, a requerimento da mulher, que se desinteressou pela propositura da ação principal, ele que proponha a ação principal contrária, alegando, por exemplo, em ação de separação judicial, intentada com base no artigo 5º da Lei do Divórcio, grave violação, pela mulher, dos deveres do casamento, v.g. o de vida em comum, sob o mesmo teto, o de prestar o *debitum conjugale* etc. etc.

Já antecipamos que a expressão “afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal” é inadequada, porque o que se visa com a medida é a obtenção da separação *jurídica* dos cônjuges, da qual decorrem os efeitos que já apontamos - cessação do dever de vida em comum sob o

mesmo teto e do de satisfazer o *debitum conjugale* -, mas para a obtenção desse resultado não é essencial a separação *física* dos cônjuges, que poderá ocorrer, ou não.

Em suma, a separação de corpos não tem por fim obrigar os cônjuges a habitar em lugares diversos, mas simplesmente legitimar a separação dos corpos, enquanto suspensão temporária dos referidos deveres, sendo, pois, perfeitamente possível a concessão de alvará de separação de corpos, permanecendo ambos os cônjuges habitando o mesmo prédio, quiçá a mesma cama, sem convivência conjugal.

É claro que freqüentemente o autor pedirá e o juiz lhe concederá, também, autorização para afastar-se do lar conjugal, liberando o requerente, não só dever de prestar o *debitum conjugale*, como, também, do de vida em comum sob o mesmo teto. Aquele efeito é da natureza e da essência da separação de corpos. Este, não.

Também é certo que o juiz pode impor, a requerimento de um dos cônjuges, além da separação com eficácia apenas *jurídica*, aquilo que o código chama de “afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal” (artigo 888, VI), havendo, aí, como no caso de pedido de auto-afastamento, uma separação não apenas jurídica, mas também *fática*, ou seja, física.

Deve-se, portanto, fazer a distinção entre separação de corpos, de eficácia apenas jurídica, tratada no artigo 223 do Código Civil, de acordo com o qual “antes de mover a ação de nulidade do casamento, a de anulação ou a de desquite, requererá o autor, com documentos que a autorizem, a separação de corpos, que será concedida pelo juiz, com a possível brevidade” e a medida de eficácia jurídica e fática a que o código denomina de “afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal” e regula no artigo 888, VI, que assim dispõe: “O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes da sua propositura: VI: o afastamento provisório de um dos cônjuges da morada do casal”.

A separação de corpos, propriamente dita, de natureza apenas jurídica - Código Civil artigo 223 - e, de certo modo, o próprio afastamento da morada do casal, na modalidade de auto-afastamento, depende apenas da mera verificação da existência do casamento, não cabendo, no seu âmbito, qualquer discussão em torno da demanda principal, devendo o juiz concedê-la com a “possível brevidade”.

O juiz não pode negá-la, porque ele não pode substituir as partes na avaliação da existência de constrangimentos resultantes da vida em comum

ou da insuportabilidade do convívio durante todo o transcurso da ação principal.

Tratando-se, como já se assinalou, de separação de eficácia jurídica, a anterior separação de fato não impede a concessão da medida, com base no artigo 223 do Código Civil.

Mesmo o pedido formulado por ambos os cônjuges, antes de completado o prazo mínimo de dois anos para a separação consensual (artigo 4º da Lei do Divórcio), há de ser deferido, a uma, porque inexistente vedação explícita; a duas, porque a providência pode revelar-se conveniente ou necessária à preservação do bem comum, no interesse que tem a sociedade em não alimentar animosidade de casal que não mais suporta a vida a dois.

Diverso é o tratamento a ser dado ao “afastamento temporário de um dos cônjuges (leia-se: do outro cônjuge) da morada do casal”.

Aqui, não bastam os singelos requisitos do artigo 223 do Código Civil, nem o deferimento pode ser mais ou menos automático, como deflui do referido dispositivo legal, ao estabelecer que o juiz deve deferir o pedido com a brevidade possível.

Tratando-se de medida de antecipação de efeitos da tutela definitiva de mérito, a sua concessão depende da coexistência dos requisitos do artigo 273 – probabilidade da existência do direito para o qual se pretende pedir tutela, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, inexistência de perigo de irreversibilidade, etc. etc.

Como acontece em todos os casos de antecipação da tutela, não se exclui, sequer, a possibilidade de a medida assumir, excepcionalmente, feição e natureza cautelar: Se a mulher pede o afastamento do marido e alega e prova que se não for afastado ele a matará, tornando inútil a ulterior ação de separação judicial para dissolução da sociedade conjugal, que já se desfez pela morte, a medida é cautelar, não é simplesmente de antecipação da tutela de mérito.

Alguns autores e certa jurisprudência sustentam que há de ficar à discrição do juiz a escolha do cônjuge a ser afastado da morada do casal.

Não há dúvida que assim será se cada um deles tiver pedido o afastamento do outro.

Mas se um só deles pediu o afastamento do outro, o provimento judicial que determine o afastamento do lar conjugal do requerente da medida, envolverá, indistintamente, julgamento *extra petita*, vedado pelo ordenamento jurídico em vigor (artigos 2º, 128, 460).

Tudo o que foi dito, sobre separação de corpos e afastamento de um dos cônjuges da morada do casal, vale tanto para o caso de haver entre os litigantes casamento, como união estável, porque, nos dois casos há conflitos de família, que merecem tratamento idêntico.

2. ARROLAMENTO DE BENS

No nosso direito anterior, o arrolamento não tinha natureza cautelar, eis que destinava-se, apenas, a fins probatórios. Era utilizado para “servir de base a ulterior inventário”, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento, como estabelecia o artigo 676, IX, do Código de Processo Civil de 1939.

Cuidava-se, somente, da segurança da prova. Os bens eram arrolados e descritos, para servirem de base a ulterior inventário, sem cogitar-se de qualquer constrição em relação a eles. Tratava-se de um arrolamento *ad probationem*.

Com o advento do Código de 73, adotamos o arrolamento cautelar, à imagem e à semelhança do Código Português, cujo artigo 421 assim dispõe: “Havendo justo receio de extravio ou dissipação de bens, móveis ou imóveis, ou de documentos pode requerer-se o arrolamento deles”.

O nosso artigo 855 é bastante parecido: “Procede-se ao arrolamento sempre que há fundado receio de extravio ou de dissipação de bens”.

Há, no entanto, algumas diferenças, pequenas, de menor expressão: Assim, por exemplo, o Código Português admite expressamente o arrolamento de documentos (artigo 421) e prevê a avaliação dos bens arrolados (artigo 424) não se encontrando regras semelhantes no direito brasileiro em vigor.

O nosso arrolamento atual já não tem apenas natureza probatória, mas essencialmente conservativa. Como anota, com precisão, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, “Arrola-se para conservação (artigo 856), havendo fundado receio de extravio ou de dissipação (artigo 855) efetuando-se depois o depósito dos bens (artigo 859). Por isso, deve o autor evidenciar o seu “direito” aos bens (artigo 857, I).

Há, pois, no nosso arrolamento atual uma constrição cautelar, semelhante à encontrada no seqüestro.

Não obstante, as duas providências cautelares não se confundem.

O traço distintivo essencial está em que, no seqüestro, o autor não desconhece quais são os bens objeto da medida, e, por isso, o pedido deve

trazer a especificação daqueles que se pretende submeter à constrição judicial.

Já no arrolamento, presume-se, em princípio, ignorância ou desconhecimento do autor, a respeito dos bens integrantes da universalidade, seja no aspecto quantitativo, seja no qualitativo e, por isso mesmo, torna-se necessário, antes da própria apreensão, a descrição, o arrolamento dos bens aos quais se arroga ter direito o autor da demanda.

O próprio significado da palavra “arrolamento” abona esse entendimento, porque arrolar, segundo os dicionários, significa “ato de tomar em rol, lançar em memória, inventariar, para se saber o que há, com descrição de números, qualidades etc”.

Em resumo, se não há embaraço à especificação e identificação dos bens; se não é preciso tomar em rol para saber o que há para ser apreendido, mostra-se adequado o seqüestro. Mas se há dificuldade ou até impossibilidade de o requerente individualizar os bens a serem conservados, confundidos na *universitas*, ou seja se há necessidade de primeiro identificar e especificar e lançar em memória, para depois conservar, o caso é de arrolamento.

O arrolamento pode ter por objeto móveis, imóveis e documentos, apesar do silêncio da lei brasileira, quanto a estes últimos, diversamente do que ocorre com a portuguesa, como já vimos anteriormente (artigo 421). Assim, podem ser objeto do arrolamento, v.g. conjunto de documentos históricos, títulos de crédito, etc. etc.

Quase desnecessário dizer que o arrolamento, em virtude mesmo da sua natureza cautelar, não constitui medida adequada à obtenção da posse definitiva dos bens objeto da constrição cautelar.

2.1 Requisitos da medida

O arrolamento de bens, como emerge da regra constante do artigo 855 do Código de Processo Civil, somente tem cabimento se há “fundado receio de extravio ou de dissipação de bens”.

Como anota Galeno Lacerda, citando José Alberto dos Reis, “fundado receio significa risco objetivo, estado em motivo sério, a representar ameaça atual ou virtual. É inócua o simples temor, desacompanhado de razões concretas: a lei não se contenta com qualquer receio, mais ou menos vago, mais ou menos definido; exige que o receio seja justo, isto é, fundado; exige que haja razões sérias para temer o extravio ou a dissipação de bens”.

Chamando à colação, acórdão da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, esclarece o notável processualista gaúcho, que “a expressão legal significa o receio baseado em fatos positivos, que possam inspirar em qualquer pessoa sensata medo de ser prejudicada”. (Comentários, 2ª edição, volume VIII, Tomo II, nº 159, página 245).

Extravio e dissipação encontram-se, no dispositivo, em sentido amplo, compreendendo destruição, ocultação, desaparecimento, alteração, desperdício, deterioração, etc. etc.

O teor literal do artigo 856 - “Pode requerer o arrolamento todo aquele que tem interesse na conservação dos bens” - sugere que ali se está a tratar da legitimação para a propositura da ação de arrolamento, mas, na verdade, não é disso que se trata.

Ter ou não interesse (material!) significa ter ou não direito aos bens que se pretende assegurar. Trata-se, pois, de uma condição de fundo, requisito de procedência do pedido, não de uma condição de legítimo exercício do direito de ação. Assim, se ao final se constatar que o requerente não tem direito algum aos bens, o pedido deverá ser julgado improcedente, não cabendo ao juiz julgar extinto o processo, sem julgamento do mérito, por ilegitimidade ativa para a causa.

Para o autor ser parte legítima para o arrolamento basta afirmar que é ou pode vir a ser titular dos bens. Nada mais.

O credor comum, desprovido de privilégio especial sobre determinados bens, ou titular de direito real de garantia sobre eles, não poderá pedir o arrolamento, porque não terá, na forma exigida pelo artigo 856, “interesse na conservação dos bens”.

Neste caso, o credor não tem direito aos bens e sim direito a que, com a prestação devida, o devedor solva a obrigação. O arrolamento não cobre essa área, reservada à ação cautelar distinta: a de arresto. Como diz José Alberto dos Reis, sobre o direito português, igual, nesse ponto, ao brasileiro, o arrolamento funciona como meio de obter a conservação dos bens, não como garantia de pagamento de dívidas.

O credor, mesmo com “interesse na conservação dos bens” e, portanto, legitimado à propositura da ação cautelar de arrolamento, sofre ainda uma outra limitação: diante do que dispõe o artigo 856, § 2º, só poderá intentá-la se for credor da herança jacente, segundo o que dispõem os artigos 1.591 e 1.592 do Código Civil.

2.2 Casos mais importantes de arrolamento cautelar

É largo o campo de aplicação do arrolamento.

Embora usado, com mais frequência, no Direito de Família e no de Sucessões, a fórmula ampla do artigo 856 permite que lance mão do arrolamento “todo aquele que tem interesse na conservação dos bens”.

No Direito de Família, que mais nos interessa, no momento, encontramos, com muita frequência:

a) O arrolamento como incidente ou antecedente à demanda de separação ou divórcio direto, de nulidade ou anulação de casamento, se há comunhão de bens, a reclamar posterior partilha.

Há, no caso, uma aparente superposição do arrolamento com a medida do artigo 822, III, que autoriza o seqüestro “dos bens do casal, nas ações de desquite e de anulação de casamento, se o cônjuge os estiver dilapidando”.

O problema se resolve, neste caso específico, da mesma forma como se resolve nos casos genéricos: Se se ignora quais são os bens que compõem o patrimônio do casal, será necessário tomar em rol, para depois conservar: o caso é de arrolamento. Capacitado o requerente da medida a indicar os bens que serão constrictos cautelarmente, mostrar-se-á adequado o seqüestro.

b) O arrolamento entre conviventes, como antecedente ou incidente da ação de reconhecimento e dissolução de união estável é admitido pacificamente pela doutrina e pela jurisprudência.

c) Pode-se propor ação de arrolamento antes ou no curso de ação de investigação de paternidade ou de maternidade, se é de temer o extravio ou dissipação dos bens. Mas é claro que a ação cautelar somente será admissível se a ação de investigação de paternidade vier cumulada, como é freqüente, com a de petição de herança, pois, na hipótese contrária, a sentença será meramente declaratória da filiação, sem qualquer repercussão patrimonial decorrente da respectiva sentença.

d) Cabível, também, o arrolamento como incidente ou antecedente do inventário (artigo 982) ou do seu sucedâneo, o arrolamento do artigo 1.031. A quem estiver na posse e administração da herança faltará, obviamente, interesse em requerer a medida. Mas ausente a posse e a administração poderão requerê-la o cônjuge supérstite, o herdeiro - legal ou testamentário - o cessionário do herdeiro, o síndico da Massa Falida do herdeiro, a Fazenda Pública, quando tiver direito aos bens, ou se tratar de herança jacente ou vacante, etc. etc. O legatário normalmente não se socorrerá do arrolamento cautelar pois o legado compreende, em regra, coisa certa e

delimitada.

2.3 Procedimento

Nada há de particular a realçar, com relação à petição inicial, convindo no entanto assinalar que o artigo 857, ao exigir que, na petição inicial, o requerente exponha o seu direito aos bens e os fatos em que funda o receio de extravio ou de dissipação dos bens, revela-se um dispositivo inútil e pleonástico porque o artigo 801, ao estabelecer o que deve conter a petição inicial de qualquer ação cautelar já estabelece, no inciso IV, que, na inicial, o autor deve indicar “a exposição sumária do direito ameaçado e o receio de lesão”.

Se o juiz, em juízo de probabilidade, se convencer com ou sem justificação prévia, de que estão reunidos os requisitos legais - aparência do direito, risco de dano - deferirá a medida liminarmente, ouvindo o possuidor ou detentor dos bens (previamente) “se a audiência não comprometer a finalidade da medida” (artigo 858, parágrafo único).

O artigo 858, como está redigido dá a impressão que a liminar somente poderá ser concedida após “produzidas as provas em justificação prévia”, mas evidentemente não é assim, porque nada impede que o autor peça e obtenha a liminar, independentemente de justificação, instruindo a petição inicial com prova documental suficiente.

Deferida, ou não, a liminar prossegue-se de acordo com as regras dos artigos 802 e seguintes: a) cita-se o demandado, para apresentar resposta em cinco dias ; b) se não houver necessidade de produção de prova em audiência, o juiz julgará de plano; c) no caso contrário determinará a designação de dia e hora para a realização da audiência, seguindo-se, depois, a sentença, da qual cabe recurso de apelação, que a lei manda receber no só efeito devolutivo (artigo 520, IV).

Como a medida é cautelar e constrictiva, a ação principal deverá ser proposta no prazo de 30 dias contados da ciência do autor de que foi efetivada a medida, se tiver sido requerida de forma antecedente (artigo 806), sob pena de cessação da eficácia da medida (artigo 808, I).

Deferido o arrolamento, liminarmente ou ao final, os bens serão depositados com depositário, escolhido pelo juiz, cabendo àquele lavrar auto contendo a descrição minuciosa dos bens.

Malgrado o teor literal do artigo 859 - “O depositário lavrará auto” - os autores discutem se o auto deve ser lavrado pelo depositário ou pelos

Oficiais de Justiça. Se o depositário for judicial, dotado de fé pública, não há dúvida que ele lavrará o auto. Se o depositário for o próprio réu também não há dúvida de que ele não lavrará o auto (porque, do contrário, a garantia do autor seria ilusória).

Sobra o caso em que o depositário não é o judicial, nem é o próprio réu. Ovídio Batista acha que, nesse caso, como em todos os outros, o auto será lavrado pelos Oficiais de Justiça. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, com quem estamos de acordo, acha que “por questão de mera conveniência não se deve afastar a clara opção do legislador (pelo depositário).

O artigo 860 dispõe sobre a aposição de selos nas portas das casas ou nos móveis em que se encontram os bens, quando não for possível efetuar, desde logo, o arrolamento ou concluí-lo no dia em que foi iniciado.

Esses selos, em tiras de papel, de pano, metal, cera derretida ou outro material adequado, serão assinados, marcados ou rubricados pelos participantes da diligência. Quem os violar cometerá o crime do artigo 336 do Código Penal: “... “Violar ou inutilizar selo ou sinal empregado por determinação legal ou por ordem de funcionário público para identificar ou cerrar qualquer objeto...”

3. GUARDA E EDUCAÇÃO DOS FILHOS E REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE VISITAS

Há, na lei, diversas regras sobre a guarda de menores, como o artigo 16, § 2º, do Decreto Lei nº 3.200, de 19.04.41, e 9º e seguintes da Lei do Divórcio.

No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos (artigo 9º). Se a separação for litigiosa, os filhos menores ficarão com o cônjuge inocente (artigo 10). Se ambos forem culpados os filhos menores ficarão com a mãe (artigo 10 § 1º). No caso de separação judicial fundada em ruptura da vida em comum por mais de um ano (artigo 5º, § 1º) os filhos ficarão em poder do cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo de ruptura da vida em comum (artigo 11). E assim por diante.

Mas, ao lado dessas regras, há a “regra que desfaz todas as regras”. É “a regra das regras”: “Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais” (artigo 13 da Lei do Divórcio e 16, § 2º, do citado Decreto Lei nº 3.200, de 19.4.41, na redação que lhe deu a Lei nº 5.582, de 16.06.70).

Em suma: prevalece, sempre, o interesse do menor. E para descobrir onde está o interesse do menor, o juiz examinará, em toda a sua profundidade, o caso concreto, podendo recorrer a assessoria de técnicos especializados que lhe fornecerão estudos sociais, familiares, econômicos, psiquiátricos, psicológicos.

A ação de guarda e educação dos filhos e de regulamentação de visitas não ostenta natureza cautelar, porque não visa a garantir resultado útil à tutela de outra natureza, de conhecimento ou cautelar. Trata-se de providência de índole satisfativa. Participa da natureza da antecipação dos efeitos da tutela de mérito.

Por essa razão, não tem o autor que obteve a medida, liminarmente, ou ao final, o ônus de propor a ação principal (que pode até nem existir) no prazo de 30 (trinta) dias (artigo 806), sob pena de cessação da eficácia da medida (artigo 808, I).

A guarda é da natureza do pátrio poder, pois, de acordo com o artigo 384, I e II do Código Civil, “compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, dirigir-lhes a criação e educação e tê-los em sua companhia e guarda”, mas não é da sua essência, porque bem pode estar despojado da guarda quem não perdeu o pátrio-poder, como acontece, no caso corriqueiro, de o juiz atribuir a guarda do menor à mãe, retirando-a do pai que, não obstante, não perdeu o pátrio-poder.

A ação de guarda e educação dos filhos e de regulamentação de visitas, que não ostenta natureza cautelar, pode também não ostentar natureza provisória e ser postulada, desde logo, autonomamente, em termos definitivos, independentemente de qualquer outra ação ou providência judicial. (v.g. ação de guarda postulada pela mãe, em face do pai, não sendo casados, entre si, os litigantes; ação de guarda proposta por um dos cônjuges, em face do outro, sem pretensão de separação judicial, mas com aspiração à resolução definitiva do problema da guarda dos filhos, etc. etc.)

A ação de revisão da guarda e do regime de visitas, havendo motivos que a justifiquem, pode ser proposta através do procedimento sumário e autônomo contemplado no mesmo dispositivo em exame (artigo 888, VII). Há, jurisprudência, a que não aderimos, exigindo, neste caso, a adoção do procedimento ordinário.

Embora seja mais comum a ação de guarda proposta pelo pai em face da mãe ou vice-versa, nada impede que a intentem terceiros, a quem, no

interesse do menor, o juiz pode outorgar a guarda, principalmente, mas não necessariamente, parentes próximos, como avós, tios, irmãos etc.).

Não concordamos com doutrina e jurisprudência que admitem, no caso, a decretação das medidas *ex officio*, pelo juiz, e, por este, julgamento *ultra ou extra petita*. A segurança jurídica decorrente da observância das regras e princípios processuais supera em muito as poucas vantagens que podem decorrer da inobservância daquelas e destes.

Em outro inciso do mesmo artigo 888, o de nº III, o Código dispõe a respeito da “posse” provisória dos filhos, nos casos de desquite ou anulação de casamento.

Ressalte-se, de início, o uso inadequado do vocábulo posse, que, como se sabe, só existe de coisas e filho não é coisa, de modo que não há e nem pode haver “posse... dos filhos”. Leia-se, no lugar da expressão profligada, “guarda dos filhos”.

Por outro lado, nada justifica a adoção da medida somente nos casos de “desquite ou anulação de casamento”. Aqui a interpretação deve ser extensiva, ampliativa, para alcançar, também, ações de outra natureza, como a ação de nulidade de casamento, ação de dissolução de união estável, ação de suspensão ou destituição do pátrio poder, etc. etc.

Esta ação de “posse provisória” é preparatória ou incidente de outra ou outras onde as partes litigam ou vão litigar sobre o próprio direito de guarda do menor (inclusive da do 888, VII).

A sua utilidade, no caso de ser preparatória ou antecedente da do 888, VII, é, ao menos, discutível, porque se a ação definitiva, do referido dispositivo legal, admite a concessão de liminar, que, deferida, importará em atribuir ao autor a mesma “posse provisória” que ele obteria intentando a ação do 888, III, necessidade do uso desta e, pois, interesse processual, ele somente terá em casos outros, que não o figurado.

4. ALIMENTOS PROVISIONAIS

O conceito jurídico de alimentos, como se sabe, não coincide com o seu conceito comum, pois abrange, não apenas as substâncias nutritivas de que o corpo humano necessita para manter-se vivo, como, também, tudo o mais que a pessoa humana necessita para viver com um mínimo de dignidade: habitação, vestuário, remédios, instrução, lazer, etc. etc.

Parcela ponderável da doutrina não vê nenhuma diferença ontológica entre os alimentos ditos “provisionais”, do artigo 852 do Código de Processo

Civil, e os alimentos chamados provisórios, da Lei nº 5.478, de 1968.

“A diferenciação entre as duas espécies - diz Sérgio Gischkow Pereira – é apenas terminológica e procedimental; em essência, em substância, são idênticas, significam o mesmo instituto, a saber, prestações destinadas a assegurar ao litigante necessitado os meios para se manter na pendência da lide” (**Ação de Alimentos**, 1983, página 49).

Outros sustentam que a diferença entre as duas espécies de alimentos está em que os provisionais incluem e os provisórios, não, as chamadas *expensa litis* - verbas destinadas ao custeio da causa.

Dúvida inexistente, no entanto, que, nos dois casos, é de antecipação de tutela que se trata e não de medida cautelar.

Também é certo que somente pode pedir alimentos, inclusive provisórios, pelo rito da Lei nº 5.478, de 1968, aquele que disponha de prova da relação de parentesco ou da obrigação alimentar, nos exatos termos do seu artigo 2º.

Como este dispositivo alude a parentesco ou à obrigação alimentar e considerando que alimentos, no regime do Código Civil, são unicamente os devidos entre parentes (artigos 396 e seguintes), a mulher casada, que não é parente do marido, em princípio, não poderia lançar mão da Ação Especial da Lei nº 5.478, porque o marido não lhe deve alimentos (senão que apenas assistência, na linguagem do artigo 231, III), mas a convivente, na união estável, poderia fazê-lo, desde que comprovada a união estável (reconhecimento em testamento, escritura pública, instrumento particular, existência de contrato escrito, reconhecimento judicial de forma incidental, etc. etc.) porque, de acordo o artigo 7º da Lei nº 9.278, de 10.05.96, “dissolvida a união estável, por rescisão, a assistência material prevista nesta lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, **a título de alimentos**”.

Esse entendimento, que importa em tratar melhor a convivente do que a mulher casada, ao que sabemos, jamais foi sufragado pela jurisprudência e pela doutrina, apesar de decorrer, logicamente, da exegese dos textos legais examinados.

A Lei nº 5.478, em seu artigo 2º, estabelece que “o credor, pessoalmente, ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á ao juiz competente, qualificando-se e exporá suas necessidades, provando, apenas, o parentesco **ou** a obrigação alimentar do devedor”.

Melhor seria que tivesse dito provando apenas o parentesco *e* a obrigação alimentar do devedor.

Como está na lei, os requisitos não são cumulativos. Basta a existência de qualquer deles isoladamente - parentesco ou obrigação alimentar – para autorizar o uso da ação especial, com todas as conseqüências daí decorrentes, sobretudo a obrigatória fixação dos alimentos provisórios, desde logo, “salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita”, o que nunca vimos ocorrer em processo algum.

Assim, pela lei, toda ação de alimentos entre parentes é de rito especial e o autor passa a receber, desde logo, alimentos provisórios, mesmo sendo o autor filho maior, saudável e vadio; irmão, com quarenta anos de idade, que goza de boa saúde, mas detesta trabalhar, e, assim, por diante.

Para evitar o despautério, parece-nos válido um esforço exegético no sentido de ler “provando, apenas, o parentesco *e* a obrigação de alimentar do devedor, onde está escrito, “provando, apenas, o parentesco *ou* a obrigação de alimentar do devedor”.

Pensamos que, cabível a ação de alimentos da lei especial, em que podem ser pleiteados os provisórios, que o juiz só não concederá se a parte declarar que deles não necessita (artigo 4º), o autor não tem interesse em propor a ação do artigo 852, reservada, portanto, apenas aos casos em que a primeira não é utilizável: v.g. a ação de alimentos do filho não reconhecido.

Note-se a diferença: na ação da Lei nº 5.478 o autor precisa provar que é filho. Na do artigo 852, que provavelmente é filho (artigo 273).

Proposta a ação do artigo 852, o juiz poderá conceder os alimentos *initio litis*, ou ao final, se reunidos os requisitos que a lei exige para a antecipação da tutela (artigo 273), não sendo de se cogitar, aqui, dos requisitos necessários à concessão de medida cautelar – *fumus boni juris e periculum in mora* – porque, como já se salientou, não é disso que se trata.

Com o advento da Lei nº 8.952, de 13.12.94, que, modificando o artigo 273 do Código de Processo Civil, introduziu, entre nós, o instituto da antecipação da tutela, a ação de alimentos provisionais, regulada, no Código, como ação cautelar, que ela não é, perdeu muito da sua substância.

Com efeito, uma de duas: ou o autor dispõe ou não dispõe da ação especial da Lei nº 5.478.

Se dispõe, não precisa da ação do artigo 852, porque ao despachar a inicial, o juiz obrigatoriamente fixará os provisórios, exceto se o autor declarar que os dispensa.

Se não dispõe (v.g. filho não reconhecido e que, portanto, não pode ministrar, desde logo, prova do parentesco ou da obrigação alimentar) ele pode propor a ação de alimentos, submetida ao procedimento ordinário, e pedir, ao juiz, desde logo, a antecipação da tutela de condenação do réu no pagamento dos alimentos de que necessita para viver.

Assim, para que serve, presentemente, a ação de alimentos provisionais regulada no artigo 852 do Código de Processo Civil? Só para uso, nos escassos casos, em que, não sendo cabível a ação de alimentos da Lei n° 5.478, não estejam, presentes, igualmente, os requisitos necessários para a antecipação da tutela de mérito. Mas, nesse caso, terá possibilidade de êxito a ação de alimentos provisionais do artigo 852? ◆

O LITIGANTE HABITUAL

RUY MENDES PIMENTEL

Procurador da Justiça do Trabalho / RJ

1) O legislador daria uma contribuição enorme ao direito positivo, se tentasse disciplinar a figura do *litigante habitual* que se opõe, radicalmente, a do *litigante eventual*.

2) Antes de entrar no tema propriamente dito, deve ser registrado, que, infelizmente, os institutos da *litigância de má-fé* e *dos atos atentatórios à dignidade da Justiça* receberam tímida aplicação, pelo Poder Judiciário, desde seu advento em 1973.

3) As penas de litigante de má-fé e contra as práticas atentatórias à dignidade de Justiça, se aplicadas nas proporções equivalentes aos abusos, teriam objetivo pedagógico punitivo e de ressarcimento, sem falar, é claro, na recuperação do prestígio do Poder Judiciário, fortemente abalado, por várias razões, inclusive as circunstâncias acima indicadas.

4) O Poder Judiciário perdeu uma grande oportunidade de aplicar as penas aos litigantes de má-fé, que acarretariam, sem dúvida, o surgimento, no espírito dos litigantes, de um caráter inibidor considerável, o que provocaria a celeridade das ações, atendendo aos princípios da *economia e efetividade processual*.

5) A omissão do Poder Judiciário, não aplicando tais penas, incentivou, sem dúvida, a figura do *litigante habitual*, que prefere o risco de ter seu nome sujo, pois, arrastar uma demanda na Justiça, é mais “negócio” do que evitar as demandas.

6) É chegado o momento de uma profunda reflexão, humildade e revisão de antigos vícios que diminuem e amesquinham a nobre função do Poder Judiciário.

7) A Justiça é lenta, cara e desigual, principalmente quando estão, frente a frente, o *litigante habitual*, acostumado a tirar proveito da lentidão da mesma e, de outro, o litigante eventual, que, triste com a primeira experiência, dificilmente tornará a bater as portas da Justiça, o que diminuirá a

“pilha” dos feitos nas prateleiras, mas aumentará o número de lesões que a Justiça sequer saberá que estão ocorrendo, salvo quando a imprensa noticiar que alguém preferiu praticar o crime de exercício arbitrário das próprias razões, tentando fazer Justiça com as próprias mãos.

8) Reconhecendo a legislação a figura do *litigante habitual*, o que seria ônus da prova da parte que contra ele litiga, seria mais um motivo, para *implorar* a aplicação das penas de litigante de má-fé e de quem pratica atos atentatórios à dignidade da Justiça.

9) O deferimento de uma liminar bem concedida, os usos dos institutos do julgamento antecipado da lide, julgamento conforme o estado do processo, a antecipação da tutela, o indeferimento de diligências protelatórias, contribuiriam, enormemente, para o aprimoramento da prestação jurisdicional.

10) É claro que todos somos responsáveis: advogados quando reque-rem, erradamente, o mesmo acontecendo com membros do MP e Defensoria.

11) Verbas para a independência do Poder Judiciário também são indispensáveis, *mas há muitas providências que não dependem de verbas*, que, desde já, poderiam ser colocadas em prática.

12) Antes de um litigante repetir demandas infundadas, se houvesse sido condenado, anteriormente, como litigante de má-fé e sabendo que tal condenação poderia gerar enormes problemas, no futuro, tal circunstância poderia funcionar como *freio*.

13) Nada mudará, no entanto, se, nos bancos escolares, não se investir na mudança da mentalidade de quem pretende se dedicar ao direito!

O LITIGANTE HABITUAL À LUZ DO CDC

14) A legislação que rege os direitos do consumidor, embora não use, expressamente, a expressão *litigante habitual*, dá a ele, implicitamente, tratamento totalmente diverso, partindo de algumas premissas:

- a) a vulnerabilidade do consumidor (artigo 4, C);
- b) proteção ao mesmo por iniciativa direta; (artigo 4 – II – “a”);
- c) fomento à criação de associações representativas (artigo 4 – II – “b”);

15) Seria enfadonho ficar repetindo a lei. Ela veio para condenar práticas abusivas e reiteradas de um passado recente quando tudo ficava por isso mesmo...

16) Registre-se que o CDC foi criado justamente em virtude dos abusos, antes praticados, no sentido que era muito mais cômodo ser acionado do que prestar um bom serviço ao consumidor.

17) Frise-se, por exemplo, as inúmeras lesões que ficaram sem reparações, no passado, pois o consumidor teria que se deslocar de sua cidade e acionar o fornecedor no seu domicílio, o que tornava seu direito de ação e acesso à Justiça muito mais *teórico* do que *prático*, muito mais *mesquinho* que *humano*, motivo pelo qual a nova lei, agora, prevê, expressamente, no artigo 93, inciso I, que o fórum competente é o do consumidor.

18) Várias outras normas de caráter prático e pedagógico foram criadas, para que os litigantes deixem de ser *habituais* e passem a ser *eventuais*, antecipando-se aos problemas, adotando políticas de *recall*, tão logo detectam alguma falha no seu produto.

19) O mesmo vem acontecendo com empresas sérias que já contam com o *ombudsman*, justamente para evitar o ingresso na Justiça, que funciona como um canal de desabafo do consumidor.

20) As empresas atentas a isso merecem todo o respeito e, pedagogicamente, vem se transformando de *litigantes habituais* em *litigantes* meramente eventuais.

21) Mas isso não basta! É necessário que o Poder Judiciário use, com a frequência proporcional ao abuso, a figura do litigante de má-fé, penalizando-o, o mesmo acontecendo com quem pratica atos atentatórios à dignidade da Justiça.

O LITIGANTE HABITUAL NO DIREITO E PROCESSO DO TRABALHO

22) A preocupação de resolver os problemas no *atacado*, para ver se o *varejo* das ações individuais diminuía esteve e está presente no direito e no processo do trabalho.

23) Veja-se, por exemplo, os institutos do *acordo coletivo*, *convenção coletiva*, *sentença normativa*. As empresas que cumprem, de boa-fé, e se antecipam, galgam a pedagógica posição de, no futuro, se transformarem em *litigantes eventuais*, deixando, para trás, a *mácula* de litigante habitual.

24) Registre-se que os bons empregadores, hoje em dia, preferem fazer sindicâncias, nas empresas, antes de despedir um empregado por justa causa. O bom empregador passa a freqüentar o Poder Judiciário apenas eventualmente, o que, diga-se de passagem, já ocorreu com inúmeras empresas.

25) Mostraram-se insuficientes os institutos dos acordos coletivos, convenções e sentenças normativas, pois, na prática, várias ações eram ajuizadas para fazer valer os direitos conquistados pelas vias mencionadas.

26) Começaram a ser aplicados, no Direito do Trabalho, *através de excelente trabalho de verdadeiro sacerdócio do Ministério Público do Trabalho*, os procedimentos prévios, inquéritos civis e, só em último caso, as ações civis públicas.

27) A aplicação trouxe inúmeros frutos, evitando-se a ida ao Poder Judiciário, louvando-se o enorme poder de persuasão do MP que, mediante controvérsias sérias entre empregados e empregadores, pacientemente, sempre preferiu, para não interferir nas relações trabalhistas, que as mesmas firmassem termos de ajustamento de conduta, para evitar a ida ao Poder Judiciário. A intervenção só ocorre em último caso. Em termos de ação civil pública, quando ela é ajuizada, significa que a sociedade perdeu a oportunidade de resolver, extrajudicialmente, o problema, o que, convenhamos, é muitíssimo melhor.

28) Na cansativa busca de uma solução, foi dado um grande passo, mas que ainda não é suficiente, em que pese a enorme dedicação do MP.

29) Reafirmamos que, apesar de ter sido dado um grande passo, ainda estamos no *mar* de uma grande insuficiência que só será diminuído com a aplicação, mais freqüente, das penas de *litigantes de má-fé*, sendo condenados, *solidariamente*, os advogados que abusarem do processo legal, podendo a condenação se efetivar, nos próprios autos, sem escudo da Lei nº 8.009/90, *que não foi criada para proteger abusos!*

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

30) Iniciativa elogiável foi a criação dos juizados especiais. Funcionam quando se faz um acordo. Mas vivem abarrotados de pessoas e aconteceu, mais uma vez, o que ocorre sempre no Brasil. Esqueceram-se as autoridades de que as idéias não andam sozinhas na prática. Sem infra-estrutura, os juizados já estão lentos e, em alguns casos, já estão sendo tidos como discursos demagógicos.

31) O que atrapalha muito a comunidade jurídica em geral, salvo raras exceções, é o sentimento de auto-suficiência. Não se pode fazer uma Justiça funcionar bem sem:

- a) dados estatísticos precisos;
- b) sistema rígido de auditoria;

c) ouvidos atentos às reclamações dos jurisdicionados, OAB, MP, Defensoria Pública, sindicatos e ONGs.

32) A má administração ou a administração incompetente é o “cenário favorito” do *litigante habitual*, que não quer mudar o *status quo*. A ele interessa que tal situação perdure.

33) A guerra fria que às vezes fica muito quente entre os Poderes é, também, um generoso presente que recebe o *litigante habitual* com os braços abertos. Bate boca entre os chefes dos três poderes só serve para violar a Constituição que prega independência com harmonia entre eles.

34) Se tivéssemos que sintetizar e diagnosticar todos os problemas do Brasil, inclusive os do Judiciário, poderíamos dizer, sem receio de errar, que a palavra adequada é a *educação*.

35) Ponha-se em destaque, ainda, que, para perplexidade de todos, a Administração Pública, no Brasil, talvez seja o maior e mais *manhoso* litigante habitual, o que dificulta a solução, motivo pelo qual já se fala em súmula vinculante que deveria ficar restrita, basicamente, aos casos de repetição de demandas versando sobre tributos e artimanhas do INSS.

36) O Poder Público é um ardente *litigante habitual*, bastando o triste exemplo dos precatórios, que custam muito para serem cumpridos, gerando, inclusive, corrupção e a frustração de quem vence e, às vezes, morre sem receber o que lhe é devido.

TRÊS HIPÓTESES ELOQUENTES

PRIMEIRA:

37) A empresa de cartões de crédito X envia, para vários clientes, sem solicitação, cartões de crédito. Ditos cartões são extraviados e usados por pessoas inescrupulosas que os utilizam e *sujam* o nome das pessoas que figuram no cartão.

38) A hipótese se repete várias vezes. As empresas são condenadas e recorrem, sempre, vez que pagar a indenização é mais confortável do que a proposta objeto do presente trabalho.

SEGUNDA:

39) O Banco Y é considerado sucessor do Banco Z, pois assumiu toda sua atividade econômica.

Confessa, perante o BACEN, tal condição.

No entanto, em vários feitos ajuizados, nega sua condição de *sucessor*.

40) Em outros feitos, faz questão de se dizer sucessor, pois, às vezes, é autor de ação renovatória e lhe interessa, vivamente, a renovação compulsória da locação. Isso vem ocorrendo, com vários Bancos, em todo o Brasil!

TERCEIRA:

41) Discutindo a respeito de qual o índice aplicável para o cálculo da correção monetária o Banco X afirma que o índice aplicável é Z. O feito evolui e, mais adiante, *esquecendo-se* do que foi dito anteriormente, pratica *chicana deslavada* e afirma, com todas as letras, que o índice não é Z, mas Y. Litiga de má-fé, pratica ato atentatório à dignidade da Justiça e comete, em todos os feitos, as mesmas manobras, violando, inclusive, a coisa julgada formal que já se consumou naquele feito. Será que essa atitude só merecerá pena para punir um *dano específico* ou, se detectada sua repetição, em vários casos, deve ser punido, também, o *dano genérico*, pois o prejuízo maior quem sofre é o Poder Judiciário e, em consequência, a sociedade?

42) Lembro-me e aproveito essa singular oportunidade para homenagear uma das mais douradas colegas que tive no Ministério Público do Trabalho¹.

LITIGANTE HABITUAL NO DIREITO E PROCESSO PENAL

43) O criminoso habitual acaba sendo, conseqüentemente, *cliente* contumaz do processo penal e da Justiça criminal.

44) Para tentar evitar isso, aplicam-se penas mais severas aos *reincidentes*.

45) Objetivando dar um sentido educacional à pena, a nova legislação prevê, inclusive, a prestação de serviços comunitários, com objetivo nitidamente pedagógico, o que, sem dúvida alguma, é o melhor caminho. Ora, o *litigante habitual nada mais é do que um reincidente que teve muito mais oportunidades na vida!!!*

SUGESTÕES:

46) Do exposto, resta-me, apenas, sugerir algumas providências, para que sejam alvo de críticas, para melhor aperfeiçoamento. É para isso que serve o exercício da dialética.

¹ Embora não esteja publicado, a colega MARIA EUNICE FONTENELLE BARREIRA TEIXEIRA, dizia: *Levantar e suscitar os problemas, propondo várias soluções novas, é muito mais importante do que copiar modelos antigos*. Com essa referência fica *viva*, na nossa memória, uma jurista que foi embora muito cedo, para tristeza de todos nós.

a) a legislação deveria admitir a existência do *litigante habitual*, ou seja, aquele que pratica, em várias ações, os mesmos atos atentatórios à dignidade da Justiça e procede como *litigante de má-fé*;

b) para tanto, é indispensável que o Poder Judiciário aplique tais penas;

c) feito isso, surgiria a possibilidade de se ingressar, na Justiça, para condenar os *litigantes habituais*;

d) tudo isso seria feito sem prejuízo, é claro, da condenação individual que atingisse, solidariamente, o advogado que patrocinasse os abusos processuais, sem que pudessem se esconder na lei nº 8.009/90, pois dita lei não foi criada para proteger abusos;

e) prestação de serviços comunitários gratuitos aos necessitados seria, também, uma alternativa contra o litigante habitual;

f) com a condenação, por dano genérico, contra o *litigante habitual*, seria constituído um fundo que seria revertido em benefício do próprio Poder Judiciário, para melhorar a prestação jurisdicional.

47) Depois de feitas tais sugestões, submeto esse trabalho à crítica daqueles que pretendem construir um *novo direito*, para que se obtenha uma prestação jurisdicional muito mais justa! ◆

APONTAMENTOS SOBRE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

ADOLPHO C. DE ANDRADE MELLO JR.

Juiz de Direito - TJ/RJ. Professor de Direito Processual Civil da Unesa

I - À GUIZA DE INTRODUÇÃO

A noção de processo, processo judicial, tem na doutrina claro delineamento, não obstante a disputa sobre a sua melhor concepção, natureza jurídica; como o ordenamento lhe assenta. Só a história se acomoda com a idéia de processo como um contrato entre partes e interesses contrapostos, ou um quase contrato, afeição civilista, capaz de propiciar o objeto de julgamento, denominado *litis contestatio*. Na evolução, o processo passou a ser considerado uma relação jurídica, ou um instituto que a contém, de desenvolvimento intenso e complexo, voltado à uma finalidade, a par de direitos e obrigações, deveres, ônus e sujeições, que faz exsurgir, permitindo o exercício de uma função de Estado; função jurisdicional.

O processo como relação jurídica, distinto da relação controvertida que o justifica - esta de direito material, é doutrina que goza de amplo espaço e adesão, na moderna processualística, idéia introduzida a partir das lições de Bülow, em sua clássica obra, **Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais**, conforme anotado, dentre outros expoentes, por Moacyr Amaral Santos¹. Aliás, foi com Bülow que o Direito processual deixou de ser visto como um simples desmembramento do Direito material, em todas as suas ramificações. A ação judicial passou a ser idealizada como um direito subjetivo público, distinto do direito subjetivo material. Com ele, apartou-se da doutrina civilista, passando o direito processual a ocupar um espaço estruturalmente autônomo, dentro do arcabouço do Direito, como ciência fenomenológica, metodizada.

O processo judicial é ou contém uma relação; é uma situação jurídica, instituição ou entidade complexa, ilações que se completam. O fato é que

¹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 20. ed., Saraiva, 1988, v. 1, p. 274.

o processo tem estrutura normativa e finalidade próprias, sendo, na feliz síntese de Eduardo Couture, em si mesmo, um método de debate². E na verdade, o é. Sistema, estrutura organizada, hábil a fazer, com que, do debate, estimulado pela contraposição de representações, seja revelado, ao final, o sentimento do Estado-julgador, sua vontade fundamentada, ante o que lhe foi posto a discernir, com característica de definitividade. Na dogmática, o processo é trilateral, ante a co-existência de três protagonistas (juiz, autor e réu), dinâmico, progressivo, uníssono, além de teleológico.

O processo é um instrumento da Jurisdição. Método utilizado para o exercício da Jurisdição em sua eloquência ordinária e constitucional. Segue-se daí a dicotomia necessária, dicção do direito para a solução de casos concretos, lides; e o dizer o direito, como tese, dentro de uma situação abstrata, onde se impõe a proteção das “coisas” constitucionais, em toda a sua amplitude inserida na Lei Fundamental. O processo como método para a solução dos conflitos, em sua qualificação intersubjetiva; e processo, estrutura organizada a servir, objetivamente, à Jurisdição Constitucional. É o processo constitucional que se presta para aferição de compatibilidade das normas e atos do Poder Público frente à Constituição Federal, assim como, para declarar a inadimplência do tornar efetiva a norma constitucional, além de julgar, as arguições de descumprimento de preceitos fundamentais insculpidos na Carta Política, de maior estatura. Também concebe-se o processo constitucional, para tornar viável o exercício dos direitos e liberdades públicas, individual ou coletivamente, quando estejam à míngua de norma regulamentadora, para dar-lhes efetividade. Ressalte-se, por importante, que voltaremos à temática, ao ensejo do alinhamento e tracejo das chamadas ações constitucionais.

II - JURISDIÇÃO - FACE CONSTITUCIONAL

Jurisdição é uma função do Estado; função de dizer e declarar o direito aplicável a um caso concreto. A jurisdição se justifica nas patologias sociais, sendo, destarte, amplo e expansivo o contexto em que se insere.

Sérgio Bermudes, numa *allocutione* peculiar, indiscutivelmente preciso, afirma que “exercendo a jurisdição, como farmacêutico que apanha, nas prateleiras da drogaria, ou manipula o medicamento próprio à cura da enfermidade, entregando-o ao doente, o Estado se serve do arsenal de normas

² COUTURE, J. Eduardo. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. 3. ed., Forense, 1977, p. 43.

ao seu dispor ou cria a faltante, aplicando-a ao caso que lhe é apresentado para prevenir ou solucionar a lide”.³

Ao dizer o direito frente aos casos emergentes, seja para constituir, condenar, meramente declarar, realizar ou acautelar, o Estado protege a ordem jurídica ameaçada ou violada. Ao declarar o direito aplicável aos fatos, suplementa o professor José Alfredo de Oliveira Baracho, que é a função jurisdicional, “...causa final e específica da atividade do Judiciário”. E mais: “incumbido de garantir à sociedade um ordenamento jurídico, ao exercer a atividade jurisdicional, está o Estado manifestando a soberania que lhe é inerente”.⁴

O exercício da jurisdição, como função do Estado, expressão da sua soberania, é cometido aos órgãos constituídos pelo Estatuto Político Originário. É a Constituição que define quais são, e atribui-lhes competências, numa definição maior. O Estado, através dos órgãos jurisdicionais, cumpre a função de dizer o direito aplicável, em forma de declaração, bem como, na necessidade, transformar a conclusão obtida ao cabo de um processo judicial, numa realidade fática.

A solução das lides é só uma das faces da jurisdição. É certo que face importante, influente, e decisiva para a harmonia das relações sociais, inter-subjetivas. O Estado atua, quando provocado, para solucionar os conflitos de interesses, entre partes, tendo como escopo político uma resolução justa. Tal função jurisdicional considera-se de jurisdição ordinária.

Afora a jurisdição ordinária, de resolução de conflitos de interesses, de forma justa, e de administração de interesses socialmente relevantes - jurisdição voluntária, revela-se a jurisdição, também, quando exigida a preservação ou restauração do Estado Democrático de Direito, sua forma, regime de governo e político constitucional, Direitos fundamentais, individuais, coletivos, sociais e todo o rol das chamadas liberdades públicas. E aí situa-se a chamada jurisdição constitucional.

A matiz da jurisdição constitucional é a defesa da Constituição e controle da constitucionalidade das normas frente a ela. Para isso, variante de sistema para sistema, há uma definição de método eficiente hábil e capaz de instrumentalizar a atividade da função. É o processo constitucional.

³ BERMUDES, Sérgio. **Introdução ao Processo Civil**. 2. ed., Forense, 1996, p. 18.

⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. 1. ed., Forense, 1984, p. 75.

J. J. Gomes Canotilho chama de justiça constitucional, e acentua que “... consiste em decidir vinculativamente, num processo jurisdicional, o que é o direito tomado como parâmetro material a Constituição ou o bloco de legalidade reforçada, consoante se trate de fiscalização da constitucionalidade ou fiscalização da legalidade. Como em qualquer jurisdição, trata-se de obter a medida do recto e do justo de acordo com uma norma jurídica. Só que, no nosso caso, essa norma é a Constituição, considerada como norma jurídica fundamental do Estado e da comunidade. Da sua especificidade resulta a especificidade das questões jurídico-constitucionais e, conseqüentemente, a especificidade relativa do processo constitucional”.⁵

A jurisdição constitucional, como ressaltado, distingue-se da ordinária. A distinção repousa no material sobre a qual debruça-se a função. A primeira, material normativo constitucional. A segunda, material normativo infraconstitucional, veio ordinário. As normas constitucionais são diferentes das disposições legislativas ordinárias, pontifica José Alfredo de Oliveira Baracho. Destaca o mestre: “... desde que as primeiras visam a estabelecer os fundamentos do ordenamento jurídico. São fundamentos orgânicos, *as rationes* dos programas e dos fins supremos que devem perseguir o Poder Legislativo e os demais Poderes. Como normas de valor, assentadas nos valores consagrados em preceitos positivos, constituem os dados fundamentais do ordenamento jurídico”.⁶

III - JUDICIAL REVIEW - A DOUTRINA DO JUIZ MARSHALL - ALCANCE E EVOLUÇÃO

A supremacia da Constituição é princípio inafastável (de interpretação) dentro do denominado Estado Democrático de Direito, quando escrita a Carta Magna, e de característica rígida. Às normas constitucionais se exige observância, e a elas todos devem se curvar, seja cidadão, alienígena em trânsito, legislador, administrador e o aplicador do Direito. Exige-se compatibilidade formal e material dentro do contexto normativo. Na precisa lição de Luiz Roberto Barroso, “Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado”.⁷

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Almedina, 2, ed, 1998, p. 859.

⁶ BARACHO, ob. cit., p. 108.

⁷ BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. Saraiva, 3. ed., 1999, p. 156.

A inspeção judicial, fiscalização da constitucionalidade, correção de antagonismos de normas com a Constituição, traduz o **judicial review** do *corpus* fundamental dos Estados Unidos da América. É unânime na doutrina, estrangeira e pátria, que referido método judicial de controle adentrou e se firmou no constitucionalismo norte-americano, a partir dos fundamentos lavrados por John Marshall, quando Presidente da Suprema Corte, ao decidir o caso *Marbury vs Madison*, em 1803, alinhando: “É evidentemente atribuição e dever do Poder Judiciário dizer o Direito. E aqueles a quem compete aplicar uma regra a casos concretos devem, necessariamente, interpretar esta regra. Se duas leis conflitam entre si, os tribunais devem decidir sobre a incidência de cada uma”.

Ao ensejo, ainda observa-se: “Então, se uma lei estiver em oposição à Constituição; se ambas se aplicarem a um determinado caso, exigindo que o tribunal decida ou de acordo com a lei, sem atenção à Constituição, ou na conformidade da Constituição, sem atenção à lei, cabe ao tribunal determinar qual destas regras conflitantes se aplica ao caso ao qual ambas se aplicam (...) Assim, a particular fraseologia da Constituição dos Estados Unidos confirma e fortalece o princípio, que se supõe essencial a todas as Constituições escritas, de que toda a lei contrastante com a Constituição, é nula”.⁸

Na verdade, a **judicial review of legislation**, foi positivada como resultante de interpretação de texto constitucional, transformando-se, a partir da eloquência do Juiz Marshall, em método judicial de controle da conformação de constitucionalidade, hábil a expurgar do ordenamento jurídico, com pecha de nulidade, leis e atos do Poder Público que estejam em antagonismo com a Constituição.

A lógica foi definida, e logrou repercussão intensa, em outros sistemas jurídicos. Mas como lógica, conjunto de proposições, conseqüentes de relevação lingüística, a par de um caso concreto, sujeita-se a discussões. O ilustre professor José Alfredo de Oliveira Baracho, sobre tal aspecto, registrou em seu Processo Constitucional: “Cappelletti, que tem especial relevo nas modernas indagações sobre o tema, em artigo recente, denomina de o formidável problema do controle judicial, numa demonstração de sua autêntica importância e repercussão. Observa que os europeus não deveriam surpreenderem-se de que o controle judicial da constitucionalidade das leis - **judicial review of legislation**, após quase dois séculos, esteja sujeito

⁸ Tradução inserida por Luiz Roberto BARROSO, ob., cit., p. 162.

a contínuas e acaloradas discussões nos Estados Unidos. Reafirma que a lógica da doutrina do presidente da Corte Suprema, Marshall, em *Marbury vs Madison*, de que a Constituição é a lei superior, e os juízes estão obrigados a aplicá-la sobre a lei ordinária que a contraponha, é sólida e simples”.⁹

Doutrina sólida e simples, mas que tem, na aplicação, provocado reações contra a supremacia do Judiciário no exercício do ***judicial review of legislation***.

Robert H. Jackson, em passagem citada por C. A. Lúcio Bittencourt, aludindo a usurpação de poder, conclui: “em um instrumento que estabelece um governo de poderes cuidadosamente limitados, o poder final e incontornável - ***the most final and uncontrolled of powers*** - atribuído ao órgão de menor responsabilidade perante o povo ou seus representantes, não encontram uma só palavra que o estabeleça, defina ou regule”.¹⁰

Inobstante as constantes críticas, o que vem à lume, com possibilidade de conclusão, é que o sistema de controle de constitucionalidade norte-americano permanece hígido, sendo exemplo de democracia na prática do respeito aos direitos fundamentais e imutáveis, cuja guarda e defesa incumbe ao Poder Judiciário, dentro de limites estabelecidos pelos “casos” e “controvérsias”.

O **Justice Day**, em trecho anotado por Lúcio Bittencourt, no caso *Muskrat vs United States*, firmou: “O Poder Judiciário tem competência para julgar disputas atuais que se promovam entre litigantes diversos. O direito de declarar a inconstitucionalidade das leis surge porque uma delas, invocada por uma das partes como fundamento de seu direito, está em conflito com a lei fundamental. Essa faculdade, que é o dever mais importante e delicado da Corte, não lhe é atribuída como um poder de revisão da obra legislativa, mas porque o direito dos litigantes nas controvérsias de natureza judicial, requer que a Corte opte entre a lei fundamental e a outra, elaborada pelo Congresso na suposição de estar em consonância com sua competência constitucional”.¹¹

⁹ BARACHO, ob. cit., p. 153.

¹⁰ BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. Forense, 2. ed., 1968, p. 18 e 19.

¹¹ BITTENCOURT, ob. cit., p. 23.

IV - O MODELO INGLÊS

Na Inglaterra, exemplo de democracia consolidada, de delineamentos e prática translúcidos, não há método de controle judicial, fiscalização da constitucionalidade. O que prepondera, no sistema inglês, até pela própria essencialidade do Direito adotado, sem Constituição escrita, não é a supremacia da Constituição, mas a preeminência do Parlamento.

A explicação para a falta de controle judicial de constitucionalidade afirma-se na falta de rigidez da Constituição, sendo costumeira, não teorizada à semelhança das Constituições escritas, formais e rígidas. A Constituição inglesa é só material, não formal. Por conseguinte, flexível.

Clèmerson Merlin Clève, sobre a temática, acentua que “se a vontade do Parlamento, expressada pela maioria, é ilimitada, inexistindo constituição escrita na Inglaterra, então não há lugar para a instituição de um mecanismo de fiscalização de constitucionalidade”.¹²

Ressaltando os traços do Direito Inglês em sede de constitucionalismo, Mauro Cappelletti, no seu **Controle Judicial de Constitucionalidade**, inseriu: “O Parlamento pode fazer tudo exceto transformar a mulher em homem ou vice-versa”.¹³

V - O MODELO FRANCÊS - CONTROLE POLÍTICO - O JURIS CONSTITUTIONNAIRE. COMITÉ CONSTITUCIONAL E CONSELHO CONSTITUCIONAL

No tríptico conceito de inconstitucionalidade, entelado por Ernst Freund, de três tipos são os sistemas constitucionais. O tipo inglês, caracterizado pela ausência de constituição escrita e supremacia do Parlamento. O tipo continental, de constituição escrita, mas sem fiscalização judicial. O tipo americano, de revisão judicial, controle jurisdicional dos atos do Congresso. No primeiro, a inconstitucionalidade não tem conteúdo. No segundo, revela uma censura. No terceiro, a consequência da inconstitucionalidade declarada é a nulidade do ato normativo afrontoso.

O modelo francês, pós-revolucionário, plantado na rigidez da separação dos poderes, constitui o tipo intermédio, com conteúdo, mas sem fiscalização pelo Poder Judiciário. O princípio da separação dos Poderes

¹² CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Revista dos Tribunais, 1. ed., 1995, p. 47.

¹³ CAPPELLETTI, Mauro. **Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Sérgio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 53.

foi tratado de forma absoluta, sem a mecânica dos *checks and balances*, preconizado pelos Estados Unidos da América. Em França, o Poder Judiciário, pela desconfiança que suscitava, um dos estímulos à Revolução de 1789, não podia interferir nos chamados negócios de Estado. A correção de abusos e ilegalidades do Executivo era cometida ao Conselho de Estado, cabendo ao Poder Judiciário, tão-somente, em exercício de jurisdição ordinária, aplicar a lei.

O modelo francês, do tipo continental, adota um controle de constitucionalidade político, não judicial. Primeiro com o Conselho de Estado, depois com a instituição do Comitê Constitucional, pela Constituição de 1946, e desde 1958, tal mister passou para o Conselho Constitucional.

O *jure constitutionnaire* de Sieyès, sugestão de mecanismo de fiscalização da constitucionalidade, manteve-se numa feição tipicamente política, apesar da distinção que empreendeu entre poder constituinte e poder constituído.

Emmanuel Joseph Sieyès afirmou a superioridade da Constituição, doutrinando acerca da ausência da limitação jurídica ao poder constituinte. O poder constituinte não deve nenhuma obediência à ordem jurídica anterior. Todavia, não o deixa totalmente livre, posto que acima dele, entrou o direito natural, como um verdadeiro supradireito.

Na França, segundo consistente lição do professor José Alfredo de Oliveira Baracho, “o problema da constitucionalidade surge com intensidade no período revolucionário. O projeto mais bem elaborado e mais complexo é de Sieyès. O órgão denominado Senado seria uma espécie de poder moderador que preveniria ou reprimiria todos os abusos de autoridade. Seria organizado para assegurar a todos os indivíduos perfeita igualdade de proteção por parte da ordem social, isto é, de todas as leis e de todas as instituições nacionais. As discussões a respeito das Constituições, ali surgidas, enfrentaram, assim, as questões referentes à constitucionalidade das leis. Chegou-se até a falar em corte constitucional”.¹⁴

Como já aludido, o Sistema francês contempla o controle de constitucionalidade das leis, mas com feição não jurisdicional. Controle político, fora do Poder Judiciário.

Clèmerson Merlin Clève, escrevendo sobre a forma de controle adotado pelo Direito francês, assinala que: “somente com a Constituição de 1958 o

¹⁴ BARACHO, ob. cit., p. 150/151.

País passou a experimentar um autêntico controle de constitucionalidade das leis. Embora o Conselho Constitucional seja dotado de caráter político, não exercendo, portanto, no que se refere à fiscalização de constitucionalidade, função jurisdicional, ele foi organizado de modo a alcançar uma importância, hoje, pouco contestada no quadro das instituições francesas. Sua atuação, por outro lado, vem permitindo a emergência de uma respeitabilidade sem precedentes no meio jurídico e político francês.¹⁵

O Conselho Constitucional francês, traço importante, só atua preventivamente, por provocação obrigatória ou facultativa. Isto é uma deficiência, ao que parece, posto que promulgada a lei, mesmo estando em antagonismo com a Carta Política, a mesma deverá ser cumprida, à míngua de mecanismo de controle posterior.

VI - O MODELO AUSTRIACO DE CONTROLE - CONCEPÇÃO KELSENIANA

O Sistema austríaco, implantado pelo Constituição de 1920, e aperfeiçoado na Reforma de 1929, é tipicamente concentrado. Tal aspecto o distingue do *judicial review* norte-americano. A competência de controle é atribuída e reservada a um único órgão, com função constitucional autônoma.

Na verdade, o órgão a quem é cometida a função de controle não exerce atividade judicial *stricta*, posto que não julga em decorrência de conflito intersubjetivo, lide. Atua politicamente, em função de legislação negativa. Gomes Canotilho, ao tratar dos modelos de justiça constitucional, esclarece que “o juízo acerca da compatibilidade ou incompatibilidade (VEREINBARKEIT) de uma lei ou norma com a Constituição não se discutiria qualquer caso concreto (reservado a apreciação do tribunal *a quo*) nem se desenvolveria uma atividade judicial”.¹⁶

O modelo de controle adotado pelo Direito austríaco, autônomo e concentrado, inspirou-se na doutrina de Hans Kelsen. A partir da Constituição da Áustria, foi concebida uma outra função de jurisdição. Fala-se em jurisdição constitucional. Conforme acentuado por Canotilho, emérito constitucionalista lusitano, “a concepção kelseniana diverge substancialmente do *judicial review* americano: o controle constitucional não é propriamente

¹⁵ CLÈVE, ob. cit., p. 49.

¹⁶ CANOTILHO, ob. cit., p. 791.

uma fiscalização judicial, mas uma função constitucional autônoma, que tendencialmente se pode concretizar como função de legislação negativa”.¹⁷

A doutrina de Kelsen, que serviu de suporte para a inscrição do sistema de controle autônomo, acomoda-se com os seguintes postulados: a lei inconstitucional não é nula, mas anulável, e vigora até a declaração. A função de controle da constitucionalidade não é própria do Poder Judiciário, mas função comparável à função legislativa. Necessidade de criação de um tribunal constitucional para o exercício do mister. A revogação de uma lei pode se dar pelo princípio *lex derogat priori*, e em razão do controle autônomo, através de processo disciplinado para tal fim definido na Constituição. A norma constitucional é fundamento de validade das demais que compõem o ordenamento.

Registre-se, ademais, e por oportuno, que com a reforma constitucional de 1929, ao lado do controle abstrato, foi introduzido o controle concreto, segundo afirmação de Clémerson Merlin Clève, “provocado no curso de uma demanda judicial”. Neste caso, completa o citado autor: “reconhece-se efeito retroativo à decisão anulatória pronunciada pela Corte Constitucional. Todavia, este controle concreto (por via de exceção) apenas pode (ainda hoje) ser suscitado pelos órgãos jurisdicionais de segunda instância. Aos demais órgãos da magistratura ordinária não cabe mais do que aplicar a lei, ainda quando sobre ela pairam dúvidas quanto à sua compatibilidade com a Constituição”.¹⁸

VII - CONTROLE AUTÔNOMO - MODELO ALEMÃO

As concepções de Kelsen, mormente quanto à necessidade de criação de uma Corte com competência em matéria constitucional, controle de validade das normas ordinárias frente às normas constitucionais, e proteção dos direitos fundamentais, influenciou o Sistema de justiça alemão.

O Tribunal Federal Constitucional Alemão não faz parte da chamada jurisdição ordinária. Introduzido pela Lei Fundamental, a competência do referido órgão jurisdicional circunscreve-se às questões constitucionais, seja as advindas de provocação para exame em tese, controle abstrato, seja as decorrentes de casos concretos, via recurso constitucional.

¹⁷. CANOTILHO, ob. cit., p. 792.

¹⁸. CLÈVE, ob. cit., p. 55.

A Corte Constitucional não é uma instância de julgamento do complexo das jurisdições ordinárias, conforme conclui Gilmar Ferreira Martins. Leciona o citado autor: “Ao revés, desempenha uma função especial - a jurisdição constitucional. Ele não atua como uma instância de revisão ou como um tribunal ou um supertribunal de revisão, destinado a examinar a legitimidade dos julgados de tribunais inferiores. Sua competência não resulta de uma cláusula geral, sendo definida precisamente na lei fundamental”.¹⁹

Aspecto de relevo vem à lume, através da doutrina do mestre José Alfredo de Oliveira Baracho, o qual esclarece: “A lei que regula o Tribunal Constitucional Federal preceitua, como condição de sua utilização, a existência de lesão dos direitos fundamentais, acarretada pelo poder público. Esta circunstância determina a possibilidade processual de provocação do Tribunal Constitucional Federal. A expressão poder público compreende o Legislativo, o Judiciário e a Administração Pública, sendo que esta última é convocada, nas ocasiões de conflito decorrentes de normas do direito público, isto é, quando editados atos administrativos”²⁰. Note-se que também há o controle abstrato, sendo legitimado para promovê-lo o Governo Federal, os governos do Lander e um terço dos membros do Bundestag.

A Corte Constitucional alema, órgão proeminente, e desta forma tratado pela Lei Fundamental, exerce papel político de relevo. O professor Baracho, citando Wilhelm Buerstedde, acerca do papel da Corte, alinhou suas competências, como segue: “a) competência quase penal, que permite à Corte sancionar as omissões, quanto às regras constitucionais; b) os poderes de jurisdição constitucional *stricto sensu*, ou poder de interpretação autêntica, por ocasião de divergência de opiniões entre os órgãos constitucionais e o controle abstrato das normas; c) controle judiciário da constitucionalidade das leis, por requerimento de um tribunal, por ocasião de um processo colocado diante dele, conforme a expressão alema, acarreta o controle concreto das normas; d) a garantia dos direitos fundamentais, contra os atentados causados por atos, de qualquer dos poderes públicos, efetua-se por meio de requerimento dirigido à Corte, por um simples cidadão e, em certos casos, a pedido dos comuns, por meio do recurso constitucional; e) a competência consultiva e avisos jurídicos da Corte”.²¹

¹⁹ MARTINS, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. Saraiva, 2. ed. 1988, p. 14.

²⁰ BARACHO, ob. cit., p. 239.

²¹ BARACHO, ob. cit., p. 246.

VIII - O CONTROLE JUDICIAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

O Sistema português de controle de constitucionalidade dos atos normativos frente à Constituição é do tipo misto ou complexo. Há o controle concentrado, a cargo do Tribunal Constitucional, pela via direta, e o controle difuso, incidental ou por exceção, desenvolvido por qualquer órgão jurisdicional, diante de caso concreto submetido a julgamento.

Na realidade, e assim esclarece Gomes Canotilho, “No atual sistema jurídico português, todos os tribunais, sem exceção, são órgãos da Justiça Constitucional”.²²

A jurisdição constitucional provocada pela via direta, controle abstrato e concentrado, é função do Tribunal Constitucional, órgão de soberania, com competência para administrar a justiça, em nome do povo (artigo 202 da Constituição da República Portuguesa). O artigo 221, do mesmo diploma, CRP, especificando a competência do Tribunal Constitucional, reafirma a sua natureza de órgão jurisdicional, incumbido de administrar a justiça, mormente em matéria de cunho jurídico e constitucional.

Interessante registrar, além de oportuno, que o controle difuso adotado pela República Portuguesa tem base no próprio texto da Carta Magna, onde, sobre a apreciação da inconstitucionalidade, concretiza o artigo 204, da CRP: “Nos feitos submetidos a julgamento não podem os Tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”.

É a consagração da supremacia da Constituição, normas fundamentais e princípios positivados, além dos implícitos, densificadores.

Sobre a referência de parametricidade do direito suprapositivo, leciona Gomes Canotilho: “Como se vê, só a Constituição pode ser considerada como a norma de referência ou parâmetro normativo do controle da constitucionalidade dos actos... Saliente-se, ainda: é a Constituição, no seu todo, tanto, pois, no que toca às suas regras de competência e de procedimento legislativo, como aos seus princípios materiais e valores nela incorporados - que é tomada como padrão de julgamento da inconstitucionalidade. Todavia, e mais uma vez, o programa normativo constitucional não se pode reduzir, de forma positivística, ao texto da Constituição. Há que densificar..., as normas e princípios da Constituição, alargando o bloco da constitucionalidade

²² CANOTILHO, ob. cit., p. 809.

a princípios não escritos desde que reconduzíveis ao programa normativo constitucional como forma de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas”.²³

A guarda da Constituição Portuguesa pertine a todos os Tribunais e, em última instância, ao Tribunal Constitucional. O Tribunal Constitucional é quem manifesta a última palavra sobre questões constitucionais. O seu papel no constitucionalismo português é de política jurisdicionarizada. Declara o direito, com fundamento na ordem jurídica; atividade vinculada, com reflexão política de contexto normativo e social. E a política advém do governo que empreende. Governo em sentido lato, ato de soberania.

Sobre a temática entelada, e para concluir, mister a transcrição de precisa e conclusiva lição de Gomes Canotilho: “O Tribunal Constitucional, mesmo primariamente limitado ao controle jurídico-constitucional das normas jurídicas, excluindo dos seus juízos valorações políticas com apreciação de mérito político (a doutrina fala aqui do princípio da autolimitação judicial ou *judicial self restraint*) não se pode furtar a tarefa de guardião da Constituição, apreciando a constitucionalidade da política normativamente incorporada em actos dos órgãos de soberania. Por outras palavras: o Tribunal Constitucional assume, ele próprio, uma dimensão normativo-constitucional do compromisso pluralístico plasmado na Constituição”.²⁴

IX - O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Assegurar a supremacia da Constituição, competência dos Poderes de soberania e o equilíbrio federativo, constituem o objeto do controle de constitucionalidade, máxime o abstrato, por ação direta, e de competência do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal é a nossa “Corte Constitucional”, órgão de cúpula do Poder Judiciário, composto por onze membros, com denominação de ministros, sede na Capital Federal, e jurisdição em todo o território nacional (parágrafo único, artigo 92, da CF).

Ao STF, na dicção do artigo 102, da Carta Política Pátria, precipuamente, compete a guarda da Constituição da República. Neste compasso,

²³ CANOTILHO ob. cit., p. 812.

²⁴ CANOTILHO, ob cit., p. 594.

vê-se de logo que o exercício da jurisdição constitucional é o essencial, principal da atividade do STF.

A definição da competência, a nossa mais alta Corte de Justiça julga originariamente, e em grau de recurso. Tem competência originária, e competência recursal, ambos os critérios, de natureza absoluta.

Em matéria de jurisdição constitucional, é competência originária do Supremo Tribunal Federal processar e julgar a “ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal” (artigo 102, I, a, da CF). Também compete ao STF, o julgamento de *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança e de injunção, dentro das hipóteses previstas na Constituição Federal. Observe-se que o STF tem competência de controle abstrato da conformação das leis e atos normativos com a Constituição, assim como e diante de caso concreto, processar e julgar ações que têm assento na nossa Lei fundamental, e que servem de garantia dos direitos fundamentais.

O Sistema jurídico brasileiro, no que tange ao controle de constitucionalidade, assemelha-se ao *judicial review* do direito norte-americano. Qualquer órgão jurisdicional, integrante do Poder Judiciário (artigo 92 da CF), pode e deve discernir no julgamento de caso concreto, acerca da constitucionalidade da lei ou ato normativo de aplicação possível para a solução da pendência. Podem conhecer, declarar, não como objeto da demanda aforada, mas no preceito, pressuposição lógica, razão de decidir. É o chamado controle difuso, incidental ou por exceção. Portanto, inserido no constitucionalismo brasileiro, o controle abstrato de competência originária do Supremo Tribunal Federal, e o controle difuso, exercitado por qualquer agente político com investidura jurisdicional, que pode, inclusive, chegar ao Supremo, através da via recursal, recurso extraordinário, a teor do inciso III, artigo 102, da CF.

Além da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, ou declaratória de constitucionalidade, ao STF compete, em ação direta, originária, declarar a existência de mora, omissão do poder de tornar efetiva a norma constitucional (parágrafo 2º, artigo 103, da CF). Atinge-se tal desiderato, pela chamada ação de inconstitucionalidade por omissão, remédio jurídico que também integra o arcabouço jurídico normativo português. Sobre o controle abstrato por omissão, anota Gomes Canotilho, em sua alentada obra de Direito Constitucional: “O processo de inconstitucionalidade

por omissão destina-se a verificar a inexistência de medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis certos preceitos constitucionais. Trata-se, pois, de uma pretensão que assenta não a existência de normas jurídicas inconstitucionais, mas na violação da lei constitucional, pelo silêncio legislativo (violação por omissão)”²⁵

Desde a introdução de referido método de controle, abstrato de inconstitucionalidade por omissão, acalorada discussão instalou-se na doutrina e jurisprudência, acerca dos contornos, finalidade e efetividade do novo instituto, vindo com a Carta Constitucional de 1988. Questão sobre o alcance da declaração, possibilidade ou não do STF substituir o poder moroso, para tornar efetiva a norma constitucional, de eficácia contida, suprindo a omissão. Chamada a atuar, a Corte Maior consolidou entendimento que se vê do trecho de acórdão da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, quando do julgamento da ADIn 529 - DF: “A essa extensão da lei, contudo, faltam poderes ao Tribunal, que, à luz do artigo 103, parágrafo 2º, CF, declarando a inconstitucionalidade por omissão da lei - seja ela absoluta ou relativa - há de cingir-se a comunicá-la ao órgão legislativo competente, para que a supra”.

A normatização constitucional brasileira é de fato pródiga, quanto aos métodos de controle de constitucionalidade. Aos já mencionados, some-se a “arguição de descumprimento de preceito fundamental” decorrente da Constituição, delineada no parágrafo 1º, artigo 102, da CF, cujo processo de julgamento recebeu disciplina recente, através da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

O Supremo Tribunal Federal, para exercer a sua função de jurisdição constitucional, serve-se de processo que qualifica-se pela finalidade a que se dispõe. Processo judicial, método dialético capaz de possibilitar ao STF dizer o direito acerca de matéria constitucional, originariamente, ou em decorrência de recurso. É o processo constitucional, complexo e dinâmico, que serve ao exercício da função precípua do Supremo Tribunal Federal, que é a guarda da Constituição. ◆

²⁵ CANOTILHO, ob. cit., p. 874.

CITAÇÃO EDITALÍCIA. REVELIA. SUSPENSÃO DO PROCESSO. REFLEXÕES

RONALDO LEITE PEDROSA

Juiz de Direito TJ/RJ

O artigo 366 do Código de Processo Penal, com a redação determinada pela Lei nº 9.271, de 17.4.96, assim estabelece:

Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o Juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

Intensas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais persistem quanto à fórmula para aplicação da referida regra penal e processual penal. Vamos elencar as principais, e dar nossa visão.

PRIMEIRA DIVERGÊNCIA: RETROATIVIDADE DA NORMA

Quanto ao primeiro tema, entendo que a lei traz dois preceitos: um de direito processual penal (*suspensão do curso da ação*), e outro de direito penal (*suspensão da fluência do prazo prescricional*).

Realizei intensa pesquisa nos repertórios pátrios sobre o assunto, refleti muito, e chequei à conclusão, amadurecida e fundamentada, de que a norma pode ser cindida e aplicada pela metade, naquilo que beneficia o acusado. É que temos um *imperativo constitucional* (art. 5º, XI), de que a lei penal *retroagirá para beneficiar o réu!*

Ora, se esse é o comando constitucional, garantia individual permanente, e de aplicação *obrigatória*, como não obedecer?

Todas as interpretações no sentido de que “não se pode dividir a norma”, “aplica-se apenas para os casos futuros”, “é incentivo à impunidade”, entre outras, *data venia*, indicam desprezo pela Lei Maior.

Só há uma única forma de obedecer à Constituição Federal: aplicar a lei na parte que beneficia o réu, mesmo que, para tanto, seja necessário dividir-se a norma (não a lei ...).

Assim, é o caso de, sempre, retroagir ordenamento penal e processual penal mais benéfico, e impedir a retroatividade prejudicial.

Lúcida, irreparável e perfeita a brilhante lição nesse sentido fornecida pelo eminente Desembargador SÉRGIO VERANI, da Colenda 5ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça, ao julgar e negar o Recurso em Sentido Estrito 2524/98, assim ementado:

“SUSPENSÃO DO PROCESSO SEM A SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. IRRETROATIVIDADE DA NORMA PENAL (ART 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). APLICAÇÃO IMEDIATA DA NORMA PROCESSUAL (ART. 2º DO C.P.P.). Se o fato criminoso é anterior à vigência da Lei nº 9.271/96, que deu nova redação ao art. 366 do Código de Processo Penal, não se pode determinar a suspensão do prazo prescricional, face a irretroatividade da norma penal desfavorável ao réu, desnecessária, na hipótese, a análise sobre a duvidosa constitucionalidade daquela lei nova, quanto ao seu conteúdo de natureza penal. Aplica-se, porém, de imediato, a aparte processual da lei nova, determinando-se a suspensão do processo, se o acusado, citado por edital não comparece e não constitui advogado, sem a suspensão do prazo prescricional. Recurso ministerial improvido.”

O argumento, *ad terrorem*, de que isso estimularia a impunidade, *data venia*, não impressiona. Desde muito existe em nosso ordenamento regra idêntica (art. 413 do Código de Processo Penal), e ninguém até hoje, ao que se saiba, levantou essa tese...

Cuida-se, realmente, de regra que visa a proteger e assegurar o direito de ampla defesa (que inclui a autodefesa) pois, do contrário, seria garantia meramente formal.

SEGUNDA DIVERGÊNCIA: PRAZO DA SUSPENSÃO

Mas não é só esse o problema, a meu ver superado, de aplicação retroativa e cindida da norma do art. 366 sob comentário.

Indaga-se: feita a suspensão do curso da ação, por quanto tempo perdurará?

Outra celeuma no mundo jurídico...

Criar-se, por lei infraconstitucional outras hipóteses de delitos imprescritíveis, a nosso sentir, é inviável. Quanto a Lei Maior desejou isso, expressa e taxativamente estabeleceu os casos: racismo e terrorismo. Todos os demais crimes, mesmo que hediondos (como se todo crime não o fosse...), são prescritíveis. É a evolução do Direito Penal que se faz presente. E evolução democrática. Assim ensina o Eminentíssimo Professor Ney Moura Teles:

“Se a Constituição Federal estabeleceu casos expressos de imprescritibilidade, é porque não autorizou ao legislador ordinário imaginar, nem contemplar, outras hipóteses, muito menos os julgadores construírem interpretações extensivas.”

Assim, não sendo possível um delito sem prazo prescricional, assentou-se na doutrina, ao menos, a idéia de que o parâmetro para o prazo de suspensão da ação seria o artigo 109 do Código Penal. Ainda se discute com base em que pena: a mínima prevista para o crime, ou a máxima?

Inclino-me pela mínima, considerando que o Brasil aderiu ao Pacto de São José da Costa Rica, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Decreto legislativo 27, de 26.05.1992, ratificado pelo Decreto 698, de 6.11.1992), e ali, no art. 8º, I, está previsto que o processo criminal deverá terminar em prazo razoável. Transcrevemos:

“Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

O princípio da razoabilidade, em sua plenitude, está consagrado na nossa Constituição Federal e, portanto, se encaixam os temas, sendo uma das formas de se emprestar eficácia ao ***substantive due process of law***.

Ensina também o eminente Desembargador Alberto Silva Franco, em sua obra **Crimes Hediondos**, págs. 364/365, comentando a referida convenção, acima citada:

“Isso significa que todo o cidadão tem direito subjetivo de receber a prestação jurisdicional dentro de um segmento temporal razoável, que só pode e deve ser medido, obviamente, em função dos termos previamente fixados em lei. Bem por isso se considera que a administração da justiça não poderá prorrogar-se, de forma indefinida, transferindo para um tempo futuro e de determinação imprecisa o remate do processo. Justiça a destempo não é justiça.”

Não nos parece *razoável* adotar o limite máximo de prescrição, porquanto seria analogia *in malam partem*. O processo penal lida, em uma de suas facetas, com a liberdade e, nesses temas, toda interpretação deve ser restritiva, jamais ampliativa, conforme ensina Carlos Maximiliano, em sua obra **Hermenêutica**.

TERCEIRA DIVERGÊNCIA: O QUE FAZER APÓS O *DIES AD QUEM*

A última questão que merece ser enfrentada, sem temores ou preconceitos, é a relativa ao tema em epígrafe. Ocorrida a suspensão pelo prazo prescricional estabelecido no art. 109 do Código Penal, considerando-se a pena mínima, o que fazer após seu decurso?

Volto a conferir a jurisprudência, e encontro voto brilhante e irresponsável do eminente Desembargador Álvaro Mayrink, quando do julgamento, perante a Colenda Seção Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de nosso Estado, nos Embargos Infringentes 92/98, assim constando:

“O professor Tourinho Filho oferta solução à discussão processual entendendo que o processo ficaria suspenso, com a produção da prova antecipada quando fosse de natureza urgente, e o curso da prescrição seria suspenso até o julgamento balizado pelo limite fixado para a espécie pelo artigo 109 do Código Penal. E, findo o prazo, considerada a pena em abstrato, voltaria a fluir, observadas as regras, mencionadas, dos artigos 109, 110, 112 e 117 do Código Penal. É a posição anteriormente por nós sustentada e agora com o aval insigne.”

Mas não é só a construção pretoriana que aponta a solução acima. A doutrina mais moderna é em sentido igual. Refiro-me à recentíssima obra **Processo Penal à Luz da Constituição**, publicada pela Edipro, do Promotor de Justiça e Professor Fauzi Hassan Choukr (Mestre e Doutor pela USP em Direito Processual Penal, especializado em Direitos Humanos pela Universidade de Oxford, além de pesquisador emérito do Instituto Max Planck para Defensoria Pública Estrangeira e Internacional), o qual, nas páginas 169/170, ensina:

*“A outra saída aparentemente em aberto é a da retomada da relação processual. Tal solução seria frontalmente contrária aos desejos constitucionais que inspiraram o modelo adotado no Brasil. Com tal medida, ao invés de garantir-se o rol de direito defensivo, transformar-se-ia o processo numa verdadeira armadilha, mormente nos casos em que tivesse acontecido a produção antecipada de provas, lembrando-se que não há previsão expressa na lei nº 9.271/96 de refazimento das provas produzidas cautelarmente durante a revelia. Restaria apenas a apresentação das razões derradeiras pelas partes, aguardando uma sentença cujo prognóstico não é por demais difícil de concluir. Quer numa, quer outra situação, pois, o texto constitucional de matiz garantidor parece inoperante diante das lacunas legislativas abertas, restando, por fim, apenas um caminho, que pode não agradar muito aos fervorosos adeptos da linha **law and order**, que é a retomada do prazo prescricional após o final do termo suspensivo, sem, contudo, haver a retomada dos atos processuais, que somente poderiam ser produzidos (salvo aqueles que não o foram em sede cautelar), com a presença do acusado. Neste sentido, o acusado é encontrado em chega-se a uma sentença de mérito, ou escoo-se **in albis** o prazo prescricional decretando-se a extinção da punibilidade nos termos do art. 107 do Código Penal.”*

Concordo em gênero, número e grau com ilustre Promotor de Justiça, bem como acompanho a orientação jurisprudencial acima relatada.

De que adiantaria a suspensão do processo se, decorrido o prazo, voltaria ele, com a revelia permanecendo presente, a correr? Apenas teríamos um alargamento temporal concreto, a benefício da acusação, e o Estado

estaria desonerado de encontrar o acusado, pois, em seguida, voltaria a fluir a marcha processual. Poderia o juiz sentenciar? Jamais...

Realmente, a redação do referido dispositivo legal foi das mais infelizes, revelando a precipitação legislativa, sem assessoria adequada, que vem jogando no mundo jurídico penal e processual penal uma enxurrada de leis, despreocupados os congressistas, *data venia*, com a importância do sistema. Ao oposto, desfigurou-se por completo a engrenagem legislativa penal, existindo mais de 100 leis extravagantes, sobre temas diversos, tornando-se, daqui a pouco, necessária uma nova edição das **Consolidações das Leis Penais**, como já ocorreu em 1932... Sempre se esquecem da História...

Logo, vencido o prazo de suspensão, prossegue o transcurso do lapso prescricional (direito material), mantendo-se, todavia, a suspensão do processo (direito formal). ◆

A CLÁUSULA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E A GARANTIA DE INSTÂNCIA DO PARÁGRAFO 1º, DO ART. 126, DA LEI Nº 8.213/91*

JOSÉ EDUARDO NOBRE MATTA

*Juiz Federal da 6ª Vara Federal de Execução Fiscal do Rio de Janeiro – Professor de
Ciência Política e Direito Constitucional da Faculdade da Cidade.*

I. APRESENTAÇÃO

Alguns institutos jurídicos tiram sua vida da experiência histórica dos povos. Por sua própria natureza, estão em contínua mutação evolucionar, se bem que possuam um núcleo axiológico reconhecível em qualquer sistema jurídico-positivo. A riqueza valorativa dessa cepa de institutos faz com que influam no sistema como um todo, convolvando-os em verdadeiros princípios constitucionais¹. Dessa modalidade é a cláusula do devido processo legal.

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

II. BREVE HISTÓRICO SOBRE O DEVIDO PROCESSO LEGAL

II.1. Direito Inglês

O Duque normando Guilherme, O Conquistador, em 1066, partiu da Normandia acompanhado de 6.000 cavaleiros para empreender a conquista

* Estudo em homenagem ao Professor Sérgio Ferraz.

¹. “Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.” CRISAFULLI, *apud* BONAVIDES *in Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 230.

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

Ao reinado de Guilherme, O Conquistador, seguiu-se o de Henrique II (1154-1189), que deu prosseguimento à política centralizadora do primeiro. De origem francesa, da família de Plantageneta, Henrique II sequer falava inglês. Foi um rei poderoso. Três vezes por ano reunia a Grande Assembléia, na qual promulgava as leis, válidas para todo o reino. Organizou com eficiência a justiça e o exército. Tentou opor-se à Igreja, porém, ameaçado de excomunhão pelo papa, curvou-se ao seu poderio.

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

Dignas de nota as poéticas palavras de PAULO FERNANDO SILVEIRA: *“Legislaram, na época, para poucos. Mas a história se incumbiria de estender os benefícios a todos, motivo pelo qual nós também devemos pagar enorme tributo à Magna Carta. A luta para sua conquista revela a própria natureza da humanidade, no sentido de que o homem nasceu para*

*ser livre, com direito incontestável à busca da felicidade individual, não havendo poder na Terra que possa obstar esse fato. Denota, também, esse monumental documento, que o direito à liberdade pertence a todo o povo, dele não podendo ser excluído ninguém*².

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

II.2. Direito Norte-Americano

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

Com a independência, e o insucesso da frágil experiência do pacto consubstanciado nos **Artigos da Confederação**⁵, reuniram-se representantes dos novos Estados independentes em Filadélfia, onde firmaram a Constituição americana de 1787. Originariamente com apenas sete artigos, foi acrescida de dez emendas em 1791, por força do gênio de Jefferson, Madison e Mason. É a chamada **Bill of Rights** - Emendas nº 1 a 10, propostas pelo Congresso a 25 de setembro de 1789 e ratificadas por um número suficiente de Estados até 15 de dezembro de 1789⁶. Essas 10 Emendas iniciais tinham por escopo exatamente a contenção do poder estatal nacional.

Foi na Emenda V que se utilizou a expressão *due process of law* primeiramente: “*Nenhuma pessoa será obrigada a responder por um crime capital ou infamante, salvo por denúncia ou pronúncia de um grande júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em*

² *In Devido Processo Legal (Due Process of Law)*, p. 18.

³ “No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except *by the lawful judgement of his equals* or by the *law of the land*.” (grifos nossos).

⁴ “None shall be condemned without trial. Also, that no man, of what estate or condicion that he be, shall be put out of land or tenement, nor taken or imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought to answer by *due process of law*” (grifos nossos).

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

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

serviço ativo; nenhuma pessoa será, pelo mesmo crime, submetida duas vezes a julgamento que possa causar-lhe a perda da vida ou de algum membro; nem será obrigada a depor contra si própria em processo criminal ou ser privada da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal (without due process of law); a propriedade privada não será desapropriada para uso público sem justa indenização”.

A Emenda XIV, proposta a 16 de junho de 1866 e declarada ratificada a 21 de julho de 1868, em sua Seção I, tratou de aplicar a cláusula do devido processo legal especificamente aos Estados da União: *“Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal (due process of law); nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis”.*

A evolução do conteúdo jurídico da cláusula do devido processo legal nos Estados Unidos da América passa necessariamente por seu delineamento junto à Suprema Corte daquele país. Com efeito, o estudo do Direito Constitucional Norte-Americano é predominantemente o próprio estudo das decisões de sua Corte Maior. É dizer, com A. L. GOODHART, que *“para compreender tal Constituição é, portanto, necessário, estudar a sua história e, em particular, o seu desenvolvimento nas decisões da Corte Suprema, porque, como disse o falecido Juiz Jackson, o sistema americano é, em parte, governo pela ação judicial”*⁷.

EDWARD S. CORWIN adotou em seus estudos sobre a Suprema Corte Americana a seguinte periodização: até 1835, de 1835 a 1895, de 1895 a 1937, e de 1937 em diante. Foi o mesmo critério adotado por LÊDA BOECHAT RODRIGUES, em seu clássico **A Suprema Corte e o Direito Constitucional Americano**. O que se observa de uma maneira mais ou menos geral em cada período, é uma ampliação cada vez maior da aplicação da cláusula do devido processo legal, sempre com o escopo de dar a maior proteção possível ao cidadão. Vale anotar as palavras da eminente autora: *“A cláusula de due process of law, inserida na 5ª Emenda dirigindo-se ao governo nacional, e na 14ª Emenda dirigindo-se aos Estados, equivalia, na*

⁷ Apresentação da obra **Direito Constitucional Americano**, p. 9.

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

Com efeito, não há por parte da Suprema Corte Americana uma definição exata do que vem a ser o devido processo legal, mas é certo que há um delineamento jurisprudencial claro em cada período assinalado pela doutrina que estuda as decisões daquele tribunal. E mais, verifica-se um alargamento cada vez maior do próprio alcance que o Poder Judiciário confere à referida cláusula. Assim é que, CORWIN, citado por LÊDA BOECHAT RODRIGUES, em relação ao delineamento dado pela Corte Suprema Americana a partir de 1937, assevera que a equivalência da cláusula ao que se chamou de razoabilidade da lei findou por ampliar também os poderes da própria Corte Suprema. Anotem-se as palavras do ilustre professor: “*deixou o controle judicial de ter limites definidos e mencionáveis, variando consideravelmente a extensão em que a Corte reexaminará os fatos justificativos da lei sob a cláusula de **due process** da Constituição; em última análise, depende essa matéria do exclusivo arbítrio da Corte e de nada mais*”¹⁰.

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

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

⁹ Ob. Cit., p. 140.

¹⁰ Ob. cit., p. 229.

*relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los*¹¹.

II.3. Direito Brasileiro

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

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

Na Constituição Imperial não há qualquer menção expressa a devido processo legal. Deveras, é difícil pensar em garantias constitucionais efetivas na realidade daquela ordem constitucional, em conseqüência da amplitude de poderes enfeixados nas mãos do Imperador. Dignas de nota as palavras de PAULO BONAVIDES sobre o período: *“O mais grave vício que comprometeu todo o sistema parlamentar pátrio foi indubitavelmente a concentração de poderes nas mãos do Imperador, que se converteu, através do Poder Moderador, em supremo juiz das questões políticas... Durante a experiência parlamentar do Império, o País conheceu nada menos que 35 ministérios. No longo reinado de D. Pedro II, 22 ministérios sucumbiram aos litígios políticos dos dois partidos, liberais e conservadores, que disputavam com baixesa áulica e servilismo a simpatia decisiva do Imperador, indispensável à conservação e sobrevivência dos gabinetes. De fato, ambos, conservadores e liberais, se alternaram monotonamente no ministério, sendo, conforme já referimos, a queda dos gabinetes decidida sempre pelo poder pessoal do monarca, sem cujas graças nenhum partido alcança manter-se no poder. Dissolveu D. Pedro II onze vezes a Câmara...”*¹².

Mas não é só. Os artigos 101, VII, e 154 da Constituição de 1824 davam ao Imperador poder para suspender magistrados, o que lhes retirava

¹¹ *In A Era dos Direitos*, p. 24.

¹² *In Ciência Política*, p. 338/339.

a autonomia e independência necessárias para o desempenho da função. Perfeita, pois, a observação de PAULO FERNANDO SILVEIRA: “*Não havendo poder judiciário independente, não há como falar em garantias de direitos individuais ou, especificamente, da observância do princípio do devido processo legal, que sequer era expressamente mencionado*”¹³.

Vale consignar, contudo, expressa referência à garantia absoluta do duplo grau de jurisdição, um dos aspectos, como se verá, do princípio do devido processo legal. Com efeito, previa o artigo 158 daquela Constituição a existência de Tribunal de Relação para revisão de causas para a comodidade do povo.

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

Em muitos de seus discursos parlamentares RUI aponta as graves distorções do regime neste período de nossa história. São do grande publicista as seguintes palavras, lamentavelmente ainda tão atuais: “*O regímen exclui o merecimento, por isso é um regímen fatal, é um regímen que se liquida, é um regímen que se perde. Se o Brasil tem de reviver, se o presidencialismo ainda tem de se agüentar, se a República dispõe dos meios de atravessar esta crise, há de ser regenerando-se destes costumes torpes em que se afundou o quatriênio passado, há de ser melhorando os costumes políticos, há de ser promovendo o merecimento, há de ser ouvindo com respeito a palavra livre, há de ser banindo da administração pública os grandes culpados, os grandes prevaricadores e os grandes criminosos: Há de ser governando com a opinião nacional. Há de ser acabando com as oligarquias que esmagam, devastam e desonram o País*”¹⁴.

Também a questão eleitoral apontava claramente para a inexistência de Estado Democrático de Direito, tornando inviável a perfeita aplicabilidade

¹³. Ob. Cit., p. 24.

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

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

Mas o que mais contribuiu para a ineficiência das garantias constitucionais foi a timidez do Poder Judiciário durante toda a República Velha. Prova disto foi a Emenda Constitucional de 5 de setembro de 1926 que afastou da jurisdição questões ligadas à intervenção nos Estados, declaração de estado de sítio e suas conseqüências, e mandatos de membros de legislativo e executivo¹⁶. Como se vê, enquanto nos Estados Unidos verificou-se desde cedo um enorme prestígio do Poder Judiciário, aqui o fenômeno foi exatamente oposto.

A Constituição de 1934, fruto de deliberação de Assembléia Constituinte eleita em 03.05.1933¹⁷, teve breve vigência. Esta também não chegou a empregar a expressão devido processo legal. Porém, tratou de insculpir no capítulo II de seu Título III alguns aspectos processuais do conteúdo jurídico anglo-americano da cláusula do devido processo legal, principalmente no que se refere à matéria penal. Vale conferir, por exemplo, os itens 21, 24, 25, e 26, todos do artigo 113.

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

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

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

O período especialmente conturbado da breve história da Carta de 1934 torna evidente a falta de efetividade das garantias dos direitos fundamentais ali insculpidas. Com efeito, insuflando o medo da ameaça comunista, Vargas conseguiu do Congresso armas de emergência muito contundentes, utilizadas em diversas ocasiões, demonstrando claramente a inaptidão democrática do governo, mesmo antes do golpe derradeiro de 1937. Anota SKIDMORE: “*Os poderes de emergência do governo federal foram rapidamente aumentados. A 25 de novembro, Vargas pediu ao Congresso o estado de sítio. Foi aprovado. Em dezembro, a Câmara dos Deputados concordou em arrochar a Lei de Segurança Nacional, aprovando igualmente três emendas constitucionais. Uma autorizava o presidente a demitir sumariamente qualquer funcionário público, enquanto outra fortalecia o controle de Vargas sobre os militares, dando-lhe poderes sobre a promoção de todos os oficiais e onde deveriam servir. A terceira dava ao Presidente poderes temporários ainda maiores*”¹⁸.

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

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

O golpe militar de 1964 pôs fim ao período democrático inaugurado com a derrubada de Vargas em 1945. Não se pode falar, em verdade, em

¹⁸. Ob. Cit., p. 43/44.

efetividade de qualquer garantia constitucional, ainda que solenemente insculpida na Carta Política, em face de um regime de exceção.

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

Não obstante toda força, até mesmo histórica, contida na expressão, o legislador constituinte tratou de explicitar aspectos valorativamente implícitos no princípio. De fato, como bem observa NELSON NERY JUNIOR¹⁹, bastaria a Carta de 1988 ter-se referido tão-somente à garantia do devido processo legal, para abarcar toda uma série de garantias que fez questão de evidenciar, tais como a inafastabilidade da jurisdição, o contraditório, a ampla defesa e a via recursal ampla.

Se, deveras, não se pode falar que vivemos hoje numa democracia material, não se duvida que, ao menos na forma, vive-se sob tal espécie de governo²⁰. Assim é que, na ordem constitucional vigente, o princípio constitucional do devido processo legal tem tudo para florescer e alcançar a mais plena e ampla aplicabilidade, como ocorreu nos Estados Unidos da América.

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

III. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS - ALCANCE DO CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NA ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTE

Em recente ensaio, tivemos oportunidade de apreciar o tema da hermenêutica dos direitos e garantias fundamentais²¹. Salientamos ali, acompanhando a lição de NORBERTO BOBBIO acima referida, que a questão que hoje se coloca em termos de direitos fundamentais é muito mais de sua garantia que de seu reconhecimento. De outro lado, frisamos ser o Judiciário o Poder por excelência para exercer este mister de protetor dos

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

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

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

direitos fundamentais. Era a lição de RUI já em seus **Comentários à Carta de 1891**²². Também hoje não se duvida de tal assertiva, eis que o Judiciário firma-se na realidade do século XXI, como *O Poder* que precipuamente cuida da salvaguarda dos direitos fundamentais²³.

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

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

Não é outra a lição de GOMES CANOTILHO, em seu **Direito Constitucional**, ao dizer que “*a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê*”. E continua o mestre luso: “*É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)*”²⁴ (grifos nossos).

Pelo que se disse, ratificamos o entendimento anteriormente firmado naquele ensaio já referido, ao passo em que permitimo-nos transcrever nossa conclusão de então: “**Direitos e garantias fundamentais devem ser**

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

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

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

interpretados com amplitude máxima, sem mesquinhas, mas com o carinho e respeito reverencial que estes merecem. Não há espaço para mitigações”.

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

IV. O ALCANCE DA CLÁUSULA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E A EXIGÊNCIA DE GARANTIA DE INSTÂNCIA PREVISTA NO PARÁGRAFO 1º, DO ART. 126, DA LEI Nº 8.213/91

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

Pragmático e flexível que é o conceito de devido processo legal, poderia ter o legislador constituinte optado por referir-se tão-somente a ele. Todavia, preferiu, talvez por desconfiança em face da história recente do país, mencionar no bojo do artigo 5º da Lei Maior aspectos típicos daquela cláusula, como se fossem garantias autônomas. Tal fato em nada prejudica nosso estudo.

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

Observe-se que tratamos de colocar aspectos típicos do devido processo legal tradicionalmente aplicáveis ao processo judicial ao lado do chamado processo administrativo. É que a Constituição de 1988 tratou de

estender também à esfera administrativa as garantias do contraditório e da ampla defesa, do *julgador/administrador natural*, e do amplo acesso à via recursal. Com efeito, são vertentes do *due processo of law*, agora também aplicáveis ao processo administrativo. Não há dúvida, pois, que todo o conteúdo jurídico do devido processo legal deve, hoje, estender-se também ao processo administrativo. A professora LÚCIA VALLE FIGUEIREDO é firme sobre o tema: “*O amplo contraditório, felizmente, foi estendido também ao processo administrativo, no art. 5º, LV... Parece-nos relevantíssimo que o texto constitucional assegure o devido processo legal, e é o primeiro texto constitucional que contém expressamente a obrigatoriedade, e não por acaso*”²⁵.

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

Com efeito, em relação ao processo administrativo, a plenitude da aplicação do princípio do devido processo legal tem justificativa até mesmo econômica. Afinal, não há motivo em se remeter o administrado/contribuinte para uma via mais onerosa e em muitos casos mais lenta, se seu pleito pode e deve ser resolvido na própria esfera administrativa. Assim, dando ao administrado/contribuinte a certeza de que seus pleitos serão apreciados com a mesma seriedade que seriam na esfera judicial, através do respeito e plena incidência do devido processo legal, um número fenomenal de feitos sequer seriam propostos perante o Poder Judiciário. Esta é, em resumo, a proposta do eminente professor ALBERTO NOGUEIRA. Confirmam-se suas precisas palavras: “*O que falta, a nosso ver, é uma estrutura administrativa confiável, principalmente no primeiro nível (Delegados da Receita Federal), que assegure ao contribuinte o devido processo legal, com maiores garantias de defesa, à semelhança do novo Código de Processo Tributário de Portugal. O sistema atual não atende aos requisitos do contraditório, ampla defesa e meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV), desservindo aos contribuintes e ao próprio fisco, levando o conflito, freqüentemente, de logo, ao Judiciário, sem qualquer vantagem para ninguém. O contribuinte é forçado a contratar advogado e pagar custas judiciais para ver assegurado o seu direito de defesa. O Fisco, por seu turno, também arca com pesados*

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

*encargos para o pagamento de pessoal qualificado (Procuradores, pessoal de apoio técnico e a própria máquina judiciária)*²⁶.

A plenitude da incidência do conteúdo jurídico do devido processo legal na esfera administrativa deve abarcar, por certo, também o amplo acesso às vias recursais, ao duplo grau de jurisdição administrativa. A professora LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, como sempre, enfrenta a questão com serena precisão: *“O direito ao duplo grau é inerente ao contraditório e à ampla defesa, ou seja, o direito à revisão do decidido singularmente, quer seja de atos administrativos, que atinjam o administrado, quer seja em processo sancionatórios e/ou disciplinares. Remeter-se o administrado a via mais onerosa, quando a questão puder ser resolvida pela via administrativa, enfrenta uma série de princípios, tais como, do informalismo a favor do administrado, da verdade material, da economia processual e da gratuidade”*²⁷.

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

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

Assim, já pelo que se disse até aqui, é de se concluir que o parágrafo 1º, que foi acrescentado pela Lei nº 9.639, de 25.05.98, ao artigo 126, da Lei nº 8.213, de 24.07.91, tendo instituído a lamentável garantia de instância, é incompatível com o alcance da cláusula do devido processo legal, devendo ser considerado, pois, inconstitucional, não obstante, d.m.v., as decisões do Egrégio Supremo Tribunal Federal em sentido contrário²⁸.

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

²⁷ Ob. Cit., p. 293.

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

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

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

LEI DA MORDAÇA E DIREITO DE INFORMAÇÃO - MÍDIA E JUSTIÇA

LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO

Juiz de Direito TJ/RJ. *Coordenador Adjunto e Professor do Mestrado da Universidade Estácio de Sá*

1. INTRODUÇÃO

A atividade jurisdicional normalmente não se adequa muito bem aos refletores da mídia. Isso ocorre porque sua atividade é reflexiva e circunspecta por natureza. Ao julgar, o juiz deve mergulhar no processo, dele extraindo as provas para formação da sua convicção. Só o que está provado nos autos pode alicerçar a convicção do julgador. O que não está provado não se presta a fundamentar nada. Quando muito, serve à opinião pública, não a uma sentença que normalmente impõe severas conseqüências para os envolvidos. Para isso, é indispensável a certeza que seja demonstrável por provas e, não, meras conjecturas.

A necessária correlação entre o que foi provado nos autos e a sentença é um princípio do direito processual que encerra uma garantia de imparcialidade para as partes. O juiz que se atém às provas pode submeter sua decisão e atuação ao controle das partes, da instância superior e da sociedade. O juiz que não age desse modo, não permite a ninguém saber quais os motivos que o levaram a decidir de uma maneira ou de outra, comprometendo, assim, a característica democrática que deve assumir o processo. A sentença que se funda no conhecimento pessoal do julgador mais se assemelha à decisão do tempo da Inquisição, onde o acusado sequer sabia do que estava sendo acusado, muito menos as razões da condenação.

Quando os fatos que estão em julgamento atingem importância jornalística para serem divulgados pela mídia, os profissionais que atuam no processo, naturalmente, são levados ao cenário público dos noticiários e submetidos também às poderosas luzes dos refletores. Aí é que a natureza humana pode ser traída a revelar os seus defeitos como a vaidade, o orgulho, a pretensão à infalibilidade, e até comportamentos mais atávicos como a agressividade e mesmo a violência com as partes, testemunhas etc.

De outro lado, a atividade informativa dos dias atuais dificilmente se compraz com a meticulosidade da atividade jurisdicional, verdadeira garimpagem das provas, aliada às intrincadas questões jurídicas que são suscitadas a toda hora no desenrolar de um processo. Em busca do furo jornalístico, a mídia não pode esperar a comprovação da acusação. Muitas vezes, para o noticiário, a palavra da vítima ou do acusador é prova absoluta do fato e o jornalista não tem tempo de ouvir o suposto acusado, premido que está pela rapidez na circulação das notícias. Sua função não é julgar; é oferecer ao público o material de que dispõe naquele momento para que o público julgue, ainda que, assim, se assuma o grande risco de julgamentos públicos apressados, superficiais e errôneos.

Por tudo isso, quando as duas atividades estão frente à frente, a segunda cobrindo a primeira, deve-se exigir dos profissionais dos dois ramos, em primeiro lugar, que um compreenda a natureza da função do outro e, em segundo lugar, que os profissionais do Direito tenham cautela redobrada para não se deixarem trair pelos defeitos inerentes à natureza dos homens e para não se entusiasmarem com os minutos de celebridade advindos da exposição pública.

É justamente essa a discussão que gira em torno da denominada Lei da Mordação, pela qual juízes, promotores e policiais serão impedidos de revelar informações de processos ou permitir que tais informações sejam reveladas.

Antes da abordagem do assunto, é bom precisar o que diz o projeto. Na verdade, são dois os projetos em andamento que tratam do assunto. O primeiro é um projeto de emenda constitucional, inserido na reforma do Judiciário, que proíbe juízes e promotores de: *“revelar ou permitir indevidamente que cheguem ao conhecimento de terceiro fatos ou informações de que tenham ciência em razão do cargo e que violem o sigilo legal, a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra das pessoas, especialmente nos meios de comunicação”*. A pena para o descumprimento da norma seria a sanção administrativa, que pode importar até na perda do cargo. O outro projeto visa à alteração da Lei nº 4.898, que trata dos crimes de abuso de autoridade, e tem por objeto criminalizar a mesma conduta descrita acima, ou seja, impondo a juízes e promotores uma sanção criminal pelo desrespeito. Este projeto também estende a policiais a mesma proibição.

Portanto, em linhas gerais, são duas as proibições contidas nos dois projetos:

a) revelar informações sigilosas de que tenha ciência em razão do cargo;

b) permitir que cheguem a terceiros informações sigilosas de que tenha ciência em razão do cargo.

Como os projetos mencionam quais são estas informações sigilosas, é preciso bem entendê-las para que se compreenda o alcance dos referidos projetos.

2. AS HIPÓTESES DE SIGILO MENCIONADAS NOS PROJETOS

Os dois projetos somente acobertam de divulgação as informações concernentes à intimidade, à vida privada, à imagem, à honra e ao sigilo legal das pessoas. Assim, toda outra informação que não vulnere tais direitos - nem outros igualmente protegidos por lei - não será objeto de qualquer restrição.

Os projetos não dizem quais os atos ensejadores de violação daqueles direitos. É preciso, então, recorrer à doutrina para encontrar a construção teórica do perfil de cada um deles, sendo certo que as situações do que se denomina de sigilo legal estão previstas em lei.

A intimidade e vida privada constituem os denominados direitos da personalidade. Mas sua diferenciação não é clara na doutrina. Há os que sustentam tratar-se do mesmo direito; outros defendem que a intimidade corresponde a uma porção mais restrita da personalidade, enquanto a vida privada é mais ampla que aquela. Divergência doutrinária à parte, tanto uma como outra têm recebido a mesma proteção legal: o artigo 5º, X, da Constituição tutela ambas, sem qualquer diferenciação. Os projetos caminham no mesmo sentido ao protegê-las do mesmo modo.

Em linhas gerais, o direito à intimidade e à vida privada consiste em interditar às demais pessoas o conhecimento de uma esfera mais recôndita da personalidade, para a qual só estão credenciadas as pessoas autorizadas pelo titular do direito.

O direito de imagem é também um direito da personalidade. A imagem é a reprodução da silhueta humana, de modo que a torne identificável pelas pessoas com as quais tenha relações sociais.

A honra se desdobra em honra objetiva e honra subjetiva. A objetiva é o conceito geral da sociedade sobre alguém, enquanto que a subjetiva é conceito que alguém tem de si próprio.

Finalmente, as hipóteses de sigilo legal são as situações protegidas por lei. As principais e que revelam maior controvérsia são: sigilo de da-

dos, sigilo bancário, sigilo fiscal, sigilo eleitoral, sigilo das comunicações telefônicas e telegráficas e das correspondências, e a inviolabilidade do domicílio.

O sigilo de dados está previsto no artigo 5º, XII, da Constituição. Dados, na acepção da Constituição, são informações codificadas, existentes em sistemas eletrônicos, e que são passíveis de transmissão independentemente de autorização de seu titular. Os dados podem estar sendo transmitidos ou podem ser dados estanques, ou seja, constantes de banco de dados ou em arquivo de computador. Quanto aos dados que estão sendo transmitidos, a Constituição proíbe sua interceptação, no inciso acima mencionado, protegendo o sistema de transmissão da comunicação informática ou telemática. Dados estanques são equiparados a documentos e, se concernentes à intimidade ou à vida privada, são objeto da proteção do inciso X do mesmo artigo 5º da Constituição.

O sigilo bancário está previsto no artigo 38 da Lei nº 4.595/64 e abrange as operações ativas, passivas e neutras das instituições bancárias, ou seja, as operações em que o titular do sigilo seja credor, devedor ou esteja recebendo a prestação de um serviço do banco, como o simples pagamento de uma conta de luz. Todas as operações ficam protegidas pelo sigilo bancário e somente podem ser divulgadas por ordem judicial.

O sigilo fiscal está tratado no artigo 198 do Código Tributário Nacional de modo a proibir que as autoridades fiscais divulguem qualquer informação a respeito do contribuinte, ressalvado o intercâmbio de informações fiscais entre diversos fiscos e a quebra do sigilo por ordem judicial.

O sigilo eleitoral vem disciplinado na Lei nº 7.444/85, que veda a divulgação de informações relativa aos eleitores.

As comunicações telefônicas, telegráficas e postais prevalecem-se também de sigilo, previsto no artigo 5º, XII, da Constituição, admitindo-se a interceptação somente da comunicação telefônica, por ordem judicial e na forma da Lei nº 9.296/96.

A inviolabilidade do domicílio foi cuidada no artigo 5º, XI, da Constituição, admitindo-se restrição apenas em caso de flagrante delito ou por ordem judicial.

Todas estas hipóteses são protegidas pela Constituição ou por lei e a elas que se referem os dois projetos.

3. A QUEBRA DO SIGILO E A RESTRIÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Nenhum direito é absoluto e nenhum pode pretender ficar inteiramente a salvo da possibilidade de contenção. A primeira limitação é da própria Constituição, que garante também um longo rol de outros direitos tão importantes, de modo que todos eles precisam ser compatibilizados, harmonizados. Havendo embate entre eles, o Judiciário deve ser chamado a dizer qual direito deve ser preservado e qual deve ceder no grau mínimo possível, justamente para que a harmonização seja estabelecida.

A segunda limitação pode advir da própria lei que assegura a situação de sigilo, o que ocorre com os sigilos bancário, fiscal e eleitoral, todas elas prevendo em seu texto os casos de quebra de sigilo somente por ordem judicial devidamente fundamentada.

Nesses casos em que há a quebra do sigilo ou a intromissão no direito da personalidade, não desaparece a proteção legal, mas apenas há autorização excepcional para a intromissão de pessoas determinadas e com finalidade específica. Assim, quando o juiz defere a busca pessoal em residência ou a quebra de sigilo bancário, a restrição ao direito é uma exceção que deve ser cumprida excepcionalmente, ou seja, restritivamente, na medida do necessário e com alcance limitado pela finalidade do ato.

Em outras palavras, o titular do direito a que se impõe restrição dessa ordem não fica despidido do direito, apenas sofre uma restrição, limitada e excepcional, e para os fins processuais de descoberta das provas necessárias à apuração do fato imputado.

Daí se conclui que ninguém pode revelar os dados íntimos, as circunstâncias pessoais que forem apuradas na diligência sob pena de estender infinitamente a restrição e para fins estranhos à finalidade para a qual foi determinada.

Isso não quer dizer que a opinião pública fique à margem do processo judicial e da realização da justiça. Terminantemente, não. Em regra, os julgamentos e as sentenças são públicos e podem ser acompanhados não só pelo público, como pela imprensa. Mas os detalhes pessoais e íntimos da diligência que restringe aqueles direitos da personalidade e os sigilos legais permanecem amparados pela Constituição e por leis diversas e não podem ser descortinados em praça pública. O resultado das diligências, no sentido de ter sido produtiva ou não, de indícios terem sido descobertos etc., podem ser informados desde que genericamente, mas os detalhes pessoais que comprometam a intimidade das pessoas, não.

Portanto, em princípio, as hipóteses de sigilo e os direitos da personalidade mencionados nos projetos não podem mesmo ser descortinados para outros fins que não os do processo a que tais pessoas se submetem. Disse *em princípio* porque há um caso em que o direito de imagem deve ceder: quando a pessoa retratada representar um risco para os demais, sua imagem pode ser objeto de informação à sociedade, pois esse é um lúdimo direito de defesa social. É o que ocorre quando o retrato falado ou mesmo a fotografia de um acusado são divulgados até mesmo à imprensa ou em cartazes de *procura-se*. Nesse caso, o interesse da coletividade deve prevalecer sobre o direito da personalidade. Mas essa deve ser uma exceção à regra que garante a intimidade das pessoas envolvidas em processo judicial.

Nesse sentido, a publicação da declaração de renda de um suspeito, em regra, não pode ocorrer, bem como o acompanhamento televisivo de diligências policiais para cumprimento de mandado de busca domiciliar. Do mesmo modo e ainda em linha de princípio, a divulgação de telefonemas legalmente ou ilegalmente interceptados e a relação de beneficiários de operações bancárias. Tudo isso está coberto por cláusulas protetivas, algumas com sede constitucional.

Desse modo, juízes e promotores, bem como policiais, não podem mesmo divulgar tais informações sob pena de violarem direitos de terceiros. Já não podem fazê-lo atualmente, independentemente dos projetos em tramitação.

4. AS LEGISLAÇÕES ATUAIS SOBRE O ASSUNTO

A proibição de revelação de fatos sigilosos por parte de funcionários públicos não representa qualquer novidade, de vez que o artigo 325 do Código Penal tipificou o crime de *violação de sigilo funcional*, definido como “*revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação*”. Embora o tipo não diga expressamente quais são os fatos submetidos a segredo, deve-se concluir que são aqueles assim determinados por lei: os casos de segredo de justiça e os casos de segredo para proteção da segurança do Estado e da sociedade (Constituição, artigo 5º, inciso XXXIII e Lei nº 8.159/91).

Uma das novidades dos dois projetos em análise é a extensão da proibição para a revelação de fatos e informações relativas à intimidade, à vida privada, à imagem e à honra das pessoas, uma vez que o Código Penal somente cuidou da hipótese de *segredo*, sem, contudo, defini-la. A inovação

é bem-vinda, pois, em que pese o reconhecimento jurídico dos direitos à personalidade, não há qualquer lei que estabeleça sanções penais para a violação daqueles bens jurídicos.

A segunda novidade é que os projetos incluem, ao lado da revelação ilícita de fatos, a revelação de informações, visando, assim, à maior abrangência na descrição do tipo penal.

Por outro lado, os projetos não cogitaram das hipóteses de violação de sigilo quando este é imposto para a proteção da sociedade e do Estado.

Quanto ao sujeito ativo do crime do artigo 325 do Código Penal, inegavelmente o tipo já abarca todos os funcionários públicos, inclusive os profissionais visados pelos dois projetos - juízes, promotores e policiais -, não havendo qualquer novidade.

No aspecto funcional, os juízes já são proibidos de manifestar opinião sobre processos (artigo 36, II da Lei Orgânica da Magistratura Nacional), sob pena de sanções administrativas que vão desde a advertência até a demissão (artigo 42 da mesma Lei). Qual a novidade, então? É que a Lei Orgânica proíbe tão somente a emissão de opinião e os projetos prevêm proibição de informação, que é coisa diversa. Já os promotores não gozam da mesma proibição de manifestar opinião, mas são responsáveis pelo uso indevido das informações e documentos que requisitarem (artigo 26, parágrafo 2º, da Lei nº 8.625/93 - Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). Veja-se que a restrição é apenas para as informações e documentos que *requisitarem* e não de que tenham conhecimento por outros meios, como, por exemplo, o processo judicial. Para essa hipótese, não há explícita restrição. Por outro lado, o descumprimento do preceito do art. 26, parágrafo 2º, da Lei Orgânica, não acarreta uma sanção específica.

Outra grande novidade em relação à situação legal atual é que o projeto de emenda constitucional proíbe juízes e promotores não só de revelarem informações, mas de impedirem que elas cheguem ao conhecimento de terceiros. Cria-se, assim, um específico dever jurídico de agir para juízes e promotores de impedirem a divulgação das informações, sob pena de sanção administrativa. Em outra linguagem, cria-se um ilícito administrativo por omissão.

5. DA CONVENIÊNCIA OU NÃO DOS PROJETOS

Entendido o alcance dos projetos e examinada a legislação já existente, pode-se enfrentar a tormentosa questão da conveniência ou não da aprovação dos projetos.

Quanto aos juizes, o dever de imparcialidade - e o correspondente direito à imparcialidade de jurisdição - é incompatível com a emissão de opiniões sobre o processo e mesmo o fornecimento de informações sigilosas a que teve acesso em razão do cargo. Aliás, não só sobre informações sigilosas, mas sobre qualquer outra informação a respeito das partes mesmo que não sigilosa. Abre-se uma única exceção quanto à informação sobre o andamento do processo ou sobre os preparativos para o julgamento etc., como, por exemplo, a explicação sobre as fases procedimentais. Mas há que ser uma informação estritamente neutra, limitada ao que dispõe a lei sobre o assunto.

Já promotores e policiais exercem uma função administrativa diferente da função jurisdicional. São órgãos de execução da atividade administrativa. Compõem o Poder Executivo. O promotor é parte na ação penal, isto é, tem interesse no resultado da ação penal. E o policial é o agente que investiga a infração e atua no inquérito, que tem inegavelmente natureza inquisitorial. Nenhum deles tem o dever da imparcialidade, até porque não julgam. Assim, promotores e policiais estão livres para emitirem opiniões pessoais sobre inquéritos e processos, bem como informações gerais sobre suas atuações.

Contudo, essa liberdade de agir não pode sobrepor-se ao direito de intimidade e sigilo das pessoas envolvidas. Suas liberdades cessam quando violam aqueles direitos referidos nos projetos examinados: sigilo legal, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, esta última com a ressalva acima referida.

Mesmo que exista ordem judicial para a quebra de tais direitos, nenhum agente público pode violá-los e ir além da finalidade da quebra que é a de servir a um processo judicial e só. Não é possível, portanto, divulgar a terceiros documentos e objetos - que não sejam em si caracterizadores de crimes, como tóxicos, por exemplo - que tenham sido encontrados na residência de um suspeito.

Portanto, a idéia geral dos dois projetos é boa porque ela já está presente no sistema dos direitos individuais, que protege a privacidade das pessoas. Mas há algumas sérias restrições a serem feitas. A primeira delas é concernente ao dever de impedir a informação que se impõe a juizes e promotores. O dispositivo é altamente amplo e perigoso. Suponha-se que um advogado - que não é subordinado ao juiz - diga em audiência que vai divulgar uma informação sigilosa contida no processo. O que pode o juiz fazer? Absolutamente nada. E mesmo assim, poderia perder o cargo por isso.

Suponha-se ainda que o promotor, igualmente proibido de divulgar informações sigilosas, anuncie que vai divulgá-las mesmo assim. Nada poderia fazer o juiz e igualmente teria o risco de perder o cargo. Do mesmo modo, o programa *Linha Direta*, da TV Globo, que tem prestado inegável serviço público consistente na localização de criminosos, provocaria a prisão dos juízes de cada processo divulgado por não terem impedido a reportagem. *Mutatis mutandis*, seria o mesmo que impor ao presidente da República o dever de impedir que um deputado desse informação sobre reuniões políticas. Por tal razão, a conduta omissiva prevista no projeto é inadmissível nos moldes em que foi formulada.

A segunda crítica é a proteção desmedida à imagem dos envolvidos. Está certo que a divulgação da imagem do suspeito, especialmente pela polícia, pode causar grande constrangimento quando se tratar de um inocente. Mas a divulgação da fotografia de um criminoso procurado ou mesmo de alguém que foi preso em flagrante é, muitas vezes, altamente saudável do ponto de vista da defesa social, pois outras vítimas podem denunciar. A sociedade tem direito de conhecer quem são os criminosos para deles se precaver. Por isso, um temperamento da proibição poderia ser feito especificamente para a divulgação da imagem de pessoas. Talvez um critério fosse a autorização para a divulgação apenas das imagens das pessoas que estejam com prisão decretada (preventiva ou temporária) e das presas e condenadas criminalmente, mediante ordem judicial, mas, em ambos os casos, com o fim de proteção social e, não, de execração pública, como o caso de reiteração da imagem de condenados como forma de propaganda do governo, por exemplo. O limite da exposição pública - repita-se - seria a defesa social.

Em conclusão, a idéia geral de impor sanções administrativas e penais a funcionários públicos (inclusive juízes, promotores e policiais) que informem dados e circunstâncias violadoras do direito à privacidade e do sigilo legal é conveniente, pois a proibição é inerente ao sistema dos direitos individuais consagrados na Constituição. Além disso, como já se disse, a revelação de fatos sigilosos por parte de funcionários públicos está criminalizada desde o Código Penal de 1940, nunca se tendo sustentado a inconstitucionalidade do seu artigo 325.

A reprimenda penal, embora indesejável, se faz necessária, pois dificilmente um promotor ou um delegado seriam punidos administrativa-

mente por divulgar aspectos sigilosos do processo em razão da cultura dos nossos profissionais, estimulados pela própria chefia a fazerem *marketing* institucional. Embora os juízes não sejam tão adeptos desse *marketing* institucional, não seria possível tratá-los desigualmente.

Outras informações que não sejam de caráter íntimo dos envolvidos nem envolvam as situações de sigilo continuam podendo ser informadas por juízes, promotores e delegados, a teor dos projetos referidos.

Se a idéia geral dos projetos é conveniente, resta indagar se há no sistema legal vigente algum outro mecanismo que seja mais eficaz para implementá-la.

6. O INSTITUTO DO SEGREDO DE JUSTIÇA

Já se disse acima que a função jurisdicional deve ser motivada nas provas coligidas no processo. A essa garantia, soma-se a da publicidade do processo. Ambas, são preceitos constitucionais (artigo 93, IX, da Constituição) que conformam a feição democrática do processo e da função jurisdicional.

Os membros do Poder Executivo e do Legislativo, em que pese não terem de fundamentar suas decisões políticas e seus votos no Congresso Nacional, nutrem sua legitimidade dos votos dos eleitores e da temporalidade do mandato. Já os membros do Judiciário auferem legitimidade justamente dos princípios constitucionais da publicidade dos atos processuais e da necessária motivação das decisões. Não lhes basta decidir, mas explicitar os fundamentos da decisão e fazê-lo publicamente.

Se por um lado toda decisão precisa ser motivada, a publicidade pode ser atenuada quando outros direitos fundamentais estiverem em risco. A própria Constituição admitiu a possibilidade de uma importante limitação da publicidade quando a *defesa da intimidade e o interesse social exigirem* (artigo 5º, LX, da Constituição), remetendo à lei os casos em que isso deva ocorrer.

Algumas leis já estabeleceram casos de restrição à publicidade. O artigo 155 do Código de Processo Civil dispõe que correm em segredo de justiça os processos *em que o interesse público o exigir* e os *que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores*. O artigo 26 da Lei de Tóxicos estatui que, em regra, o inquérito e o processo referentes aos crimes de entorpecentes são sigilosos, sob pena de detenção ou multa (artigo 17 da mesma Lei). O

Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 143, veda a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional, estendendo a proibição aos órgãos de comunicação quanto à imagem e à identificação da criança e do adolescente, sob pena de multa ou apreensão ou suspensão do órgão de imprensa (artigo 247 do Estatuto). O artigo 792, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal estabelece restrição à publicidade se *puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem*. Todos estes são casos de segredo de justiça, devidamente autorizados pela Constituição.

As hipóteses de sigilo legal e dos direitos da personalidade referidos nos projetos não consistiriam mais um caso de segredo de justiça como tantos outros indicados acima? E, em caso positivo, diante da grande dificuldade para estabelecer quais os casos de *defesa da intimidade* e de *interesse social* que autorizariam a restrição da publicidade, de acordo com o artigo 5º, LX, da Constituição, não seria melhor que os projetos se dedicassem a dar cumprimento àquele dispositivo constitucional, explicitando as hipóteses e prevendo as sanções pertinentes?

O próprio artigo 325 do Código Penal é extremamente lacunoso por não definir o que considere *segredo*.

Desse modo, melhor do que centrar as atenções do Congresso Nacional na atuação de juízes, promotores e policiais, seria se o Legislativo cuidasse de disciplinar de vez o segredo de justiça, determinando que, nesse caso, nenhuma informação, dado ou circunstância pudesse ser revelada ou utilizada para fins diversos do processo. Concretamente, poder-se-ia sugerir a seguinte redação para um tal projeto:

Artigo 1º - Para efeitos do artigo 5º, LX, da Constituição, considera-se defesa da intimidade e interesse social, que autorizam o segredo de justiça, além dos previstos em lei:

I - as informações relativas à intimidade e vida privada das partes envolvidas, nelas consideradas as situações de sigilo bancário, fiscal, domiciliar, e das comunicações, nos termos das leis e da Constituição, mesmo que determinada a quebra do sigilo por decisão judicial fundamentada;

II - a imagem de suspeitos de crime com prisão cautelar decretada ou não e dos presos provisoriamente ou definitivamente por força de sentença penal condenatória, quando o juiz reputar excessiva ou desnecessária a ex-

posição, em decisão fundamentada, exceto quando útil para o esclarecimento de outros crimes a eles atribuídos e na medida estritamente necessária;

III - os processos da competência do Tribunal do Júri quando houver risco de influência sobre a decisão dos jurados, reconhecido por decisão judicial fundamentada;

IV - o depoimento de testemunhas em processo criminal ou em inquérito policial, quando houver risco para sua intimidade, vida privada ou segurança.

Artigo 2º - Nos processos ou inquéritos em que ocorrer o segredo de justiça, nenhuma informação pode ser revelada a terceiros, sob pena das sanções administrativas previstas nos estatutos funcionais do infrator, independentemente da propositura de ação civil.

Artigo 3º - Constitui crime contra a administração da justiça revelar a terceiro informações protegidas pelo segredo de justiça.

Pena - multa.

Artigo 4º - O disposto nesta Lei não veda o acesso aos autos de terceiro que demonstrar interesse jurídico, a utilização de peças processuais em outro processo, nem a informação requisitada judicialmente.

Artigo 5º - Não constitui o crime referido no artigo 3º a divulgação de imagens de pessoas ou interceptação de comunicação entre pessoas em situação de flagrante delito ou que comprove a prática de crimes.

Artigo 6º - Ficam revogados o parágrafo 1º do artigo 792 do Código de Processo Penal e o inciso I do artigo 9º da Lei nº 7.444.

Artigo 7º - Continuam regidas pelo artigo 325 do Código Penal as condutas violadoras do segredo de Estado e da sociedade, na forma do artigo 5º, XXXIII, da Constituição, e da Lei nº 8.159/90.

Com a redação proposta pretende-se alcançar os seguintes objetivos:

a) Dar cumprimento ao artigo 5º, LX, da Constituição, explicitando os casos de segredo de justiça.

b) Criminalizar a conduta de revelar informações protegidas pelo segredo de justiça, caracterizando como sujeito ativo qualquer pessoa (não só funcionários públicos - entre eles juízes, promotores e policiais - como faz o artigo 325 do Código Penal e os dois projetos, mas parlamentares das CPIs, jornalistas, advogados, enfim, todos que transgredirem).

c) Dar unidade e contribuir para o aperfeiçoamento dos projetos em andamento sobre o mesmo assunto.

d) Aperfeiçoar a proteção que os projetos destinam ao direito de imagem dos envolvidos, admitindo a divulgação da imagem como regra e a restrição como exceção e dependente de decisão judicial.

e) Eliminar do sistema de proteção à intimidade os dados eleitorais, tornando o cadastro eleitoral acessível a quem demonstrar interesse jurídico.

f) Permitir o acesso de terceiros interessados e da própria Justiça às informações sigilosas;

g) Eliminar a imprecisão técnica advinda do artigo 792, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal e explicitar o campo de atuação do artigo 325 do Código Penal, tornando-o mais preciso.

h) Esclarecer que as situações de flagrante podem ser divulgadas para prevenir e reprimir a criminalidade, em defesa da sociedade.

7. SEGREDO DE JUSTIÇA E A INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA

Um campo rico da atividade jornalística é a crônica policial e judiciária, consistente em informações acerca de inquéritos e processos judiciais.

Em princípio a crônica policial ou judiciária é livre, nos termos em que o direito de informação foi moldado pela Constituição (artigo 5º, IX e XIX e artigo 220, parágrafo 1º). Mas como nenhum direito é absoluto, também a informação jornalística deve encontrar limitação, que há de estar prevista no sistema constitucional.

No sistema brasileiro, a própria Constituição, no mesmo artigo 220, parágrafo 1º, apressa-se a estabelecer quais as limitações, dentre as quais estão os direitos da personalidade, especialmente a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra das pessoas. Ora, são estes, justamente, os limites que autorizam a restrição à publicidade do processo e que o coloca sob segredo de justiça.

Daí a óbvia conclusão de que, quando o processo estiver sob segredo de justiça, a informação que estiver acobertada por tal sigilo não pode ser objeto de divulgação.

Os projetos que tramitam no Congresso Nacional não têm como objetivo restringir ou censurar a atividade jornalística. Eles têm a preocupação evidente de impedir a autopromoção de juizes, promotores e policiais aproveitadores. Eles não tocam na atividade jornalística, que permaneceria do modo como está hoje.

Contudo, o fato de os projetos não mencionarem a crônica judicial também não modifica o sistema constitucional, que assegura o direito à

intimidade, à vida privada, à imagem e à honra mesmo dos acusados em processo criminal.

Por isso, é preciso compatibilizar a atividade jornalística com os direitos da personalidade dos envolvidos. A melhor forma de fazê-lo é estabelecer, por lei, que a crônica judicial e policial não podem violar as informações cobertas pelo segredo de justiça. Tudo o mais pode ser divulgado, apenas as informações cobertas pelo sigilo é que não podem ser divulgadas. E quando for lícita a divulgação, ela há que preservar os direitos protegidos, evitando minudenciar demais as informações.

Desse modo, a sugestão ora proposta por este artigo, diferentemente dos projetos em trâmite no Congresso Nacional, tem plena aplicabilidade à crônica policial e judiciária, incidindo as limitações e a sanção nela previstas.

Nem mesmo a quebra dos casos de sigilo, por ordem judicial, possibilita a divulgação das informações. Como já visto, a quebra tem a finalidade específica de obtenção de prova para um processo judicial e, não, a de despir as pessoas, mesmo acusadas, de seus direitos constitucionais.

Nesse sentido a imprensa não pode acompanhar diligência policial em que tenha havido decisão judicial quebrando o sigilo, como ocorre em ingresso em domicílios. A propósito, um tribunal de Nova York, em 1994, teve de decidir se uma equipe da CBS teria agido lícitamente ao acompanhar uma diligência policial em que se cumpria um mandado de busca na casa de um suspeito. A Corte entendeu que *“a única razão pela qual a CBS estava presente na busca era para estimular a satisfação e o divertimento dos outros e que a CBS não tem maior direito do que o de um ladrão de estar em sua casa”*.

Ao contrário, permanece possível o chamado jornalismo investigativo em que profissionais da imprensa investigam e gravam imagens e sons em local público ou aberto ao público, reconhecendo-se a grande utilidade de tais reportagens no combate à criminalidade. Tais reportagens que vêm sendo feitas com crescente frequência têm sido acoimadas de violadoras de direitos constitucionais e de as gravações nelas realizadas constituírem provas ilícitas, proibidas pela Constituição. Mas tal não ocorre, se em ambiente público ou aberto ao público.

Coisa diversa é a gravação de sons e imagens, de maneira clandestina, dentro de residências, ou a gravação de conversa telefônica também clandestinamente. Como a interceptação de comunicação telefônica só pode ocorrer

por ordem judicial, por força do artigo 5º, XII, da Constituição, bem como que o ingresso em domicílio alheio só pode ocorrer por ordem judicial ou por permissão do morador, tais gravações podem mesmo constituir provas ilícitas e, portanto, não podem ser usadas no processo.

A única possibilidade de sustentar-se a licitude no ingresso em domicílio para gravação de reportagens, sem consentimento do morador, seria para constatar a situação de flagrância, prevista no artigo 5º, XI, da Constituição. Ora, se a Constituição permite o ingresso de qualquer pessoa em domicílio alheio em caso de flagrante de prática de crime, não é justo tolerar-se, também, o ingresso da imprensa com o objetivo de denunciar crimes em situação de flagrância? Com base no mesmo raciocínio, poder-se-ia admitir, também, a gravação clandestina de comunicação telefônica e a divulgação da interceptação legalmente autorizada, igualmente em caso de flagrância, em respeito a um direito da sociedade - na qual está inserida a imprensa - de contribuir para o combate à criminalidade e para a consecução da paz social. O projeto proposto, no artigo 5º, explicita tal possibilidade e legitima a atuação investigativa da imprensa.

Quanto à divulgação de fatos cobertos pelo segredo de Estado e da sociedade, previstos no artigo 5º, XXXIII, da Constituição, e da Lei nº 8.159/90, em princípio, os profissionais da imprensa estariam fora da abrangência do artigo 325 do Código Penal, uma vez que o sujeito ativo do tipo, necessariamente, há que ser funcionário público. Mas não se pode excluir a possibilidade de incriminação de não-funcionário na condição de co-autor ou de partícipe do referido crime.

8. CONCLUSÃO

Por fim, pode-se dizer que a idéia dos projetos em tramitação no Congresso Nacional é consentânea com o sistema constitucional, não podendo ser acoimados, os projetos, de inconstitucionais.

Contudo, devem ser aperfeiçoados e reunidos, bem como integrados no instituto já existente do segredo de justiça, dando cumprimento ao artigo 5º, LX, da Constituição.

Assim, a disciplina do segredo de justiça deveria ser a mesma para todos os casos nele contemplados, com previsão de sanções administrativas e penais para os funcionários públicos e de sanções penais para os não-funcionários públicos em geral. Evitar-se-ia, assim, uma legislação casuística e desnecessariamente dirigida a determinadas categorias funcionais.

Por último, não se estará limitando a atividade jornalística para além do texto constitucional, mas se explicitará sua atuação legítima em hipóteses mais nebulosas de violação à intimidade e à vida privada e que têm suscitado alguma controvérsia. ◆

JUIZADO DE DIREITO EM TERRITÓRIO INDÍGENA

ASCLEPIÁDES RODRIGUES
Desembargador TJ/RJ

Em 1956 assumi o exercício do cargo de Juiz de Direito da Comarca de Uaupés, no noroeste do Amazonas, fronteira com a Colômbia e a Venezuela. A Comarca abrangia os municípios de Uaupés e de Ilha Grande, mais tarde denominados, respectivamente, de São Gabriel da Cachoeira e de Santa Isabel do Rio Negro, vindo cada um deles a constituir uma comarca.

Aquela época o acesso à cidade de Uaupés, hoje São Gabriel da Cachoeira, era muito difícil. Não havia estrada nem campo de pouso. As águas do rio Negro, no local, desciam em perigosas corredeiras. O hidroavião Catalina, da Panair do Brasil, impedido de pousar diante da cidade, desembarcava os passageiros destinados a Uaupés no lugar Mercês, alguns quilômetros abaixo, de onde eram transportados em pequenos botes movidos a motor de popa, subindo as corredeiras durante cerca de duas horas até a sede da Comarca. Praticava-se uma espécie de “canoagem a motor”, só que sem as bóias, salva-vidas, e outros equipamentos próprios desse esporte radical.

O sacrifício da viagem - em torno de mil quilômetros de Catalina a partir da capital do Estado, com escala em Barcelos e Ilha Grande, mais duas horas de barco nas corredeiras - era compensado pela beleza da paisagem, totalmente diferente da que se via no restante do Amazonas.

Da cidade de São Gabriel da Cachoeira, especialmente da casa destinada ao Juiz de Direito pelo Prefeito Municipal José Maria Gonçalves, erguida ao lado da corredeira do Curucuí, via-se e ouvia-se o rio encachoeirado, pontilhado de ilhas e praias, cortando a selva que cobre parcialmente as ondulações das serras, formando defronte a silhueta de uma mulher em decúbito dorsal.

O terreno acidentado é ocupado por um dos maiores remanescentes da população indígena brasileira. A Federação das Organizações Indígenas

do Rio Negro - FOIRN contou 16.112 índios em 1992. Incluindo parcelas que habitam os centros urbanos, o número de índios no território seria de 25.000, distribuídos em centenas de comunidades e diferentes grupos étnicos, com a predominância quantitativa dos baniuas, tucanos, barés, desanos e macus (V. **Povos Indígenas no Brasil**, 1991/1995, do Instituto Sociambiental - ISA, p. 139 e seguintes).

Na década de 50 os grupos indígenas viviam praticamente isolados, ou seja, não se associavam para a defesa de interesses comuns. Os macus eram marginalizados pelos índios de outros grupos. A notável contribuição educativa dos missionários salesianos, que trabalham na região há mais de oitenta anos, concorreu para modificar essa situação de desorganização e discriminação étnica. As comunidades organizaram-se em associações multirraciais, as quais, por sua vez, formaram a Federação das Organizações Indígenas do Rio Negro - FOIRN, todas partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses (artigo 232 da Constituição Federal). No período de 94/95 a FOIRN teve como diretores um índio baré, um baniua, um tucano e um desano (V. publicação citada).

A grande maioria da população da Comarca, cerca de 90%, é de origem indígena, inclusive nos centros urbanos. Quando estive em São Gabriel da Cachoeira entre 1956 e 1960, observei que as pessoas falavam correntemente o *nheengatu*, espécie de língua geral difundida pelos jesuítas no período colonial. Muitos usos e costumes pareciam preservados. Marido e mulher não andavam um ao lado do outro. O homem sempre caminhava à frente. A mulher o seguia carregando a bagagem porventura existente. Ele poderia conduzir as armas e os instrumentos de caça e pesca. Havia uma resistência ao uso de calçados. Muitos preferiam andar descalços. Ainda guardo a fotografia do desfile escolar de 7 de setembro de 1957, em que as moças do colégio salesiano de São Gabriel da Cachoeira aparecem marchando de pés nus. Era uma questão de gosto e não de penúria.

Tive oportunidade de apreciar alguns *dabucuris* - festas com comidas, bebidas, cantos e danças das tribos, em que os participantes pintavam o rosto com desenhos a carvão.

Não havia negros em São Gabriel da Cachoeira. Certo dia apareceu um visitante negro que andava pela cidade sempre seguido de crianças admiradas. O trabalho escravo foi exercido pelo índio em favor de alguns brancos inescrupulosos, até a chegada dos salesianos em 1914 (V. **Povos**

indígenas do Alto e Médio rio Negro, 1998, publicações das entidades FOIRN - ISA, com o apoio MEC / SEF).

Embora alguns antropólogos censurem uma suposta intolerância dos salesianos em relação à cultura indígena, pude testemunhar que eles desenvolveram um amplo e profundo trabalho educativo. Os salesianos então liderados pelo bispo D. José Domitrovitsch, padrão de bom missionário, forneceram aos jovens índios e índias procedentes das diversas tribos, em regime de internato, uma educação que ia muito além de ler, escrever e contar. Ministravam também noções de higiene, de iniciação em várias profissões, princípios de liberdade e civismo, além dos religiosos.

A judicatura civil era exercida como um juizado de paz sem papel. Não havia advogado residente na Comarca. Os pequenos e poucos litígios que chegavam ao juiz, depois de filtrados pelos missionários ou pelos chefes das comunidades, eram dirimidos amigavelmente, sem necessidade de termos. Não tive notícia da quebra de qualquer compromisso assumido na minha presença.

Entre 1956 e 1960 houve apenas dois procedimentos de natureza civil. Uma ratificação de protesto formado a bordo, para comprovação de avarias em embarcação que navegava nas corredeiras do rio Negro, e uma opção pela nacionalidade brasileira, requerida por filho de brasileiros nascido na Colômbia.

Atualmente há dois advogados residentes na Comarca de São Gabriel da Cachoeira. E no Juízo único da Comarca tramitam cerca de novecentos processos.

O serviço eleitoral foi, sem dúvida, o trabalho mais interessante, porque me permitiu conhecer quase todo o território da Comarca, muito maior do que a soma das áreas dos estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo (apenas o município de São Gabriel da Cachoeira tem 112.255 km²).

Pouco tempo depois de entrar no exercício do cargo de Juiz de Direito, e, conseqüentemente, de Juiz Eleitoral, descobri a irregular inscrição de muitos eleitores da 19ª Zona Eleitoral. Os pedidos de inscrição eram instruídos com certidões do registro civil ideologicamente falsas. O oficial do registro civil expedia certidões sem lavrar o assento no livro próprio.

Como o número de inscrições eleitorais irregulares era muito grande, o Tribunal Regional Eleitoral do Amazonas cancelou todos os títulos e determinou nova inscrição na Zona Eleitoral.

Era impraticável o comparecimento dos eleitores na sede do Juízo para requerer novo título eleitoral. As distâncias eram enormes e não havia transporte fácil disponível. Por isso, com a colaboração da Prefeitura Municipal e da Missão Salesiana, que emprestava o barco e a equipagem, fomos ao encontro dos eleitores, reunidos nos centros das principais localidades em datas aprazadas. Além do juiz, iam o escrivão eleitoral e o fotógrafo (o título eleitoral trazia a foto do eleitor). Visitamos Tapuruquara (Santa Isabel do Rio Negro), Taracuí (no rio Uaupés), Iauareté (na confluência dos rios Uaupés e Papuri) e Pari-Cachoeira (no rio Tiquié). Conseguimos inscrever cerca de 600 eleitores, entregando-lhes os títulos eleitorais em seguida, e, muitas vezes, com o prévio registro civil do interessado.

Na maioria dessas viagens contei com a companhia de minha mulher Maria Augusta, a qual, como eu, embora sendo da região amazônica, estava descobrindo um novo Amazonas. Também viajei com o então padre João Marchesi (logo depois sagrado bispo) pelo rio Papuri, que marca parte da divisa do Brasil com a Colômbia. Ele prestava assistência religiosa e eu, de carona, ia fazendo o serviço eleitoral. Nessa viagem pernoitamos em uma autêntica maloca e dormi em rede de *tucum* tecida pelas índias. As redes eram armadas a uns três metros umas das outras. Quando se tratava de casal de índios, a rede do marido ficava acima da rede da mulher, a qual se encarregava de manter acesa a pequena fogueira familiar para aquecer o ambiente e afastar os insetos. Dias depois, ao retornarmos a essa localidade, na viagem de regresso, vimos que uma índia abrira dois buracos circulares no vestido novo recebido do padre, liberando os seios para amamentar o filho.

Em 1958 presidi uma sessão de julgamento do Tribunal do Júri. Ao organizar a lista geral dos jurados, expliquei ao senhor Graciliano Jonas Lopes Gonçalves, uma das figuras mais respeitáveis da Comarca, que ele estava dispensado do *mínus* porque contava mais de sessenta anos de idade (art. 434 do CPP). Ele não gostou da isenção e fez questão de figurar na lista.

Como há mais de vinte anos não se realizava um júri em São Gabriel da Cachoeira, promovi reuniões noturnas, com os vinte um jurados sorteados, durante uma semana antes do julgamento, esclarecendo a função do jurado, seus direitos e deveres. Participaram dessas reuniões o representante do M.P., o defensor dativo e o escrivão, todos leigos e estreates no plenário do júri popular.

No curso de uma dessas conversas recomendei o uso de roupas adequadas, na medida das possibilidades de cada um. Horas antes do julgamento apareceram dois jurados pedindo dinheiro emprestado para comprar sapatos. O Prefeito Municipal resolveu o problema.

Eu já havia funcionado em alguns julgamentos do júri no interior do Estado do Amazonas, na condição de promotor substituto (nas comarcas de Humaitá e Manacapuru) e defensor dativo (em Humaitá). Dispunha até de um roteiro de julgamento pelo júri, que, com algumas adaptações, utilizei no I Tribunal do Júri da cidade do Rio de Janeiro, a partir de 1971.

Tratava-se de crime passional, em que o marido matou a mulher supostamente infiel. Seguindo a mentalidade dominante da época, o júri reconheceu a legítima defesa da honra.

Pouco tempo depois houve outro crime de homicídio na cidade de São Gabriel da Cachoeira, em um alojamento para viajantes situado no bairro da Fortaleza (no local havia vestígios de uma fortaleza construída pelos portugueses). Neste caso o autor do crime era um índio e não um *cariúva* (branco), como no anterior.

Questionou-se na ocasião se o índio infrator estaria sujeito às sanções da lei penal comum.

Vigorava a Lei nº 5.484, de 27.07.28, que classificava os índios em quatro categorias: 1ª) nômades; 2ª) arranchados ou aldeados; 3ª) pertencentes a povoações indígenas; 4ª) índios que vivem em centros agrícolas ou em promiscuidade com civilizados. Os índios das três primeiras categorias foram equiparados pela lei revogada aos menores de nove a quatorze anos de idade, referidos no artigo 30 do Código Penal de 1890 (artigo 28 da lei nº 5.484/28). Ressalvou a lei de 1928 que os índios da terceira categoria só seriam tratados como menores se contassem menos de cinco anos em povoações indígenas. Os residentes há mais de cinco anos nessas povoações teriam suas penas reduzidas da metade, quando condenados por crime previsto na lei penal. Os índios da quarta categoria eram considerados imputáveis.

O Código Penal em vigor não faz referência à imputabilidade penal do índio, contrariando o projeto Alcântara Machado.

Nelson Hungria em conferência pronunciada na Faculdade de Direito de Belo Horizonte sobre a imputabilidade penal, que ele preferia denominar de responsabilidade penal, disse o seguinte:

“Argúi ainda Alcântara Machado, que não cuidamos da irresponsabilidade penal dos silvícolas inadaptados e surdos-mudos não educados. É injusta a argüição: uns e outros estão implicitamente incluídos entre os indivíduos de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a que se refere a fórmula do projeto revisto. Sobre esta etiqueta deve ser classificada, irrefutavelmente, a própria deficiência de aquisições éticas. Como já acentuava Zanardeli, o termo mental é relativo a todas as faculdades psíquicas, congênicas ou adquiridas, desde a memória à consciência, desde a inteligência à vontade, desde o raciocínio ao senso moral”. (apud Leão Vieira Starling, **Teoria e Prática Penal**, 2ª edição, 1959, p. 329/330).

O autor do segundo crime de homicídio, embora de origem indígena, vivia entre os brancos e era até eleitor.

A Lei nº 6.001, de 19.12.73, que no artigo 4º dividiu os índios em três categorias (isolados, em vias de integração e integrados), assim como a Lei nº 7.209, de 11.07.84, que alterou dispositivos do Código Penal, especialmente da Parte Geral, não trouxeram novidades quanto à imputabilidade penal do índio.

O primeiro diploma legal, a Lei nº 6.001/73, no artigo 56, recomenda a atenuação da pena na condenação de índio e que na sua aplicação o juiz considere o grau de integração do silvícola. O cumprimento da pena será em regime aberto, onde funcione a Funai e perto da habitação do condenado. Permite, no artigo 57, a aplicação de sanções penais e disciplinares pelos grupos tribais contra seus membros, exceto penas cruéis, infamantes ou de morte.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça, julgando em 16.09.99 o **Habeas Corpus** nº 9.403/PA, impetrado em favor de um índio e sendo relator o eminente ministro José Arnaldo da Fonseca, além de reafirmar a Súmula n.º 140 (“Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima”), fixou princípios importantes, dos quais alguns são destacados pela transcrição de trechos da ementa do venerando acórdão:

“Havendo prova inequívoca de ser o índio completamente integrado na civilização, sendo eleitor, habilitado para dirigir veículo,

operador em instituição financeira, pode o Juiz prescindir do laudo antropológico para aferir a imputabilidade penal”.

.....

.....

“Sendo o paciente pessoa integrada na sociedade civilizada, não torna imprescindível a tutela da Funai. Só se faz necessária a presença de intérprete no interrogatório, se o acusado não falar ou não entender a nossa língua (art. 193 do CPC), o que não ocorre no presente caso por tratar-se de índio alfabetizado, eleitor e integrado à nossa civilização, falando fluentemente a língua portuguesa”.

Há quatro anos tramita no Congresso o projeto do novo Estatuto do Índio. Notícias a imprensa que um texto alternativo, recentemente entregue ao relator do projeto, deputado Luciano Pizzato, pelo Ministro da Justiça José Gregori, mantém a tutela das tribos isoladas e assegura aos índios autonomia financeira e poder de gerência econômica sobre os recursos naturais de suas reservas (**O Globo**, seção “O País”, de 27.04.2000, p. 9).

Discute-se se deve ou não ser reconhecida a inimputabilidade do índio. Parece prudente deixar ao juiz o exame de cada caso à luz do artigo 26 do Código Penal, que corresponde ao antigo artigo 22 interpretado por Hungria. Esse era o entendimento que expressei no modesto estudo intitulado “Notas sobre a responsabilidade penal do índio”, publicado em Manaus no **Diário da Tarde**, de 26.08.1962, p. 3. Veja-se o último parágrafo dessa publicação:

*“Praticado pelo índio fato considerado crime, cabe à autoridade policial proceder ao inquérito, convocando, se necessária, a colaboração da perícia para determinar o grau de adaptação ou a responsabilidade penal do agente, independentemente das categorias **a priori** estabelecidas pela lei especial”* (a antiga parte geral do Código Penal empregava a expressão responsabilidade em vez de imputabilidade). *“A assistência do SPF”,* (hoje Funai) *“deverá ser reclamada, como órgão especializado que é”.*

Apesar da vizinhança de São Gabriel da Cachoeira com a Colômbia, na minha estada naquela comarca não houve registro de tráfico ilícito de entorpecentes. Também o Brasil ainda não se transformara em uma das rotas do tráfico.

Comentava-se que as folhas de ipadu (arbusto conhecido no norte do Amazonas e parente próximo da coca) eram usadas em chá para cólica e na confecção de pequenas pelotas, depois de torradas, trituradas e misturadas com polvilho, que caçadores e pescadores mascavam para enganar a fome (V. Luiz de Câmara Cascudo, *Dicionário do Folclore Brasileiro*, 2ª edição, MEC, 1962, vol. I, verbete *ipandu*, no lugar de ipadu).

Conversando com o atual Juiz de Direito de São Gabriel da Cachoeira, Dr. Renê Gomes da Silva Júnior, fui informado da pequena incidência de crimes relativos a entorpecentes naquela região. No ano de 1999 foram iniciados apenas dois processos penais dessa natureza. A vigilância do Exército Brasileiro na fronteira do alto rio Negro, de acordo com o ilustre magistrado, afugenta os traficantes.

Enquanto o Código Penal não trata expressamente do índio, a Constituição da República dele cuida amplamente. Além das referências constantes dos artigos 20, XI; 22, IV; 49, XVI; 109, XI; 129, V; 176, parágrafo 1º; 210, parágrafo 2º; e 215, parágrafo 1º, há um capítulo dedicado aos índios (artigos 231/232), reconhecendo o antigo instituto jurídico do indigenato, ou seja, a relação dos índios com as terras que eles tradicionalmente ocupam. ◆

A PROTEÇÃO INTERNACIONAL AOS DIREITOS DA MULHER

MARIANNA MONTEBELLO
Advogada

INTRODUÇÃO

A Conferência Mundial dos Direitos Humanos, realizada em junho de 1993 em Viena, reconheceu no artigo 18 de sua Declaração que:

“os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integrante e indivisível dos direitos humanos universais. A violência de gênero e todas as formas de assédio e exploração sexual são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e devem ser eliminadas. Os direitos humanos das mulheres devem ser parte integrante das atividades das Nações Unidas, que devem incluir a promoção de todos os instrumentos de direitos humanos relacionados à mulher”.

É verdade que os principais documentos internacionais de tutela dos direitos humanos de há muito proclamam a igualdade de todos. Não obstante, tal igualdade tem permanecido meramente formal, sendo árdua a tarefa de transformá-la em igualdade real entre mulheres e homens, principalmente quando se constata que a construção histórica dos direitos humanos sempre ocorreu com a exclusão da mulher e o reforço de ideologias patriarcais¹.

Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho é precisamente oferecer uma contribuição, ainda que modesta, para a efetiva proteção dos direitos das mulheres. Para tanto, o primeiro passo a ser dado consiste em

¹ Apenas para ilustrar a forte resistência oposta aos direitos das mulheres, basta lembrar que embora a Carta das Nações Unidas (1945) afirmasse “a fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade dos homens e das mulheres (...)”, apenas trinta dos cinquenta e um signatários originais da Carta de São Francisco reconheciam à mulher o direito de voto e de exercício da função pública.

pesquisar os documentos jurídicos internacionais atualmente em vigor no Brasil e que se destinam à sua promoção e tutela, procedendo-se, em seguida, à análise comparativa com a legislação interna. É apenas a partir de uma abordagem jurídica e comparativa que se poderá, ao final, apresentar conclusões e formular sugestões, na linha da clássica advertência de **Norberto Bobbio** de que “o importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los”².

Porém, antes de centralizar a pesquisa no tema específico da proteção dos direitos das mulheres, parece interessante abordar brevemente o processo de internacionalização dos direitos humanos. Afinal, o movimento internacional em prol dos direitos das mulheres situa-se no âmbito do chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, de sorte que a conexão entre ambos acaba se revelando como antecedente lógico e necessário para o presente estudo.

A dimensão internacional dos direitos humanos revela-se como fenômeno bastante recente na história mundial, consolidando-se a partir da Segunda Grande Guerra. Na realidade, os primeiros passos em direção ao processo de sua internacionalização já haviam sido dados anteriormente com o advento da Organização Internacional do Trabalho, da Liga das Nações e do Direito Humanitário, institutos que já pretendiam romper com a tradição do Direito Internacional apenas como a lei da comunidade dos Estados e que já começavam a flexibilizar a noção de soberania nacional admitindo intervenções em prol da proteção dos direitos humanos.

Contudo, a verdadeira afirmação do Direito Internacional dos Direitos Humanos ocorre em razão das terríveis violações cometidas durante a barbárie do totalitarismo, em que se testemunha a mais cruel indiferença ao valor da pessoa humana. Como bem sintetiza **Flávia Piovesan**, “no momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável”³.

A constatação de que era necessário reconstruir os direitos humanos faz nascer a certeza de que a transgressão aos mesmos não pode ser concebida

² BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 37.

³ **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 3ª ed., 1997, p. 140.

como questão de jurisdição doméstica do Estado, sobressaindo, ao contrário, a relevância universal que apresenta. Como consequência, a soberania estatal deixa de ser considerada como princípio absoluto e os indivíduos passam a apresentar, ao lado dos Estados, o *status* de sujeitos de Direito Internacional.

O inegável marco do processo de proteção internacional dos direitos humanos é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada em 10 de dezembro de 1948, vindo a definir com precisão o elenco dos direitos e das liberdades fundamentais⁴. A Declaração estabelece duas categorias de direitos: os civis e políticos e os econômicos, sociais e culturais. Combina, destarte, o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando os valores da liberdade e da igualdade.

A partir da Declaração Universal de 1948, o Direito Internacional dos Direitos Humanos passa a se desenvolver cada vez com maior intensidade, implicando na adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à tutela de direitos fundamentais. Consolida-se, assim, um sistema normativo global de proteção internacional dos direitos humanos no âmbito das Nações Unidas, aos poucos ampliado com o advento de diversos outros documentos pertinentes a determinadas e específicas violações de direitos, como o genocídio, a tortura, a discriminação racial e contra as mulheres, a violação dos direitos das crianças, dos idosos etc.

Importa ressaltar, no entanto, que os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos apresentam natureza subsidiária, atuando como garantia adicional de proteção quando falharem os sistemas nacionais. É dizer, a responsabilidade primária pela tutela dos direitos fundamentais continua no âmbito do Estado, mas pode ser transferida à comunidade internacional quando sua interferência se mostrar necessária para suprir omissões e deficiências.

Uma vez estabelecidos os precedentes históricos da internacionalização dos direitos humanos, merece destaque o processo de especificação dos sujeitos titulares de direitos, tendência que importa na coexistência de

⁴ No que diz respeito especificamente aos direitos das mulheres, a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos apresenta dispositivos de proteção. Já no primeiro artigo estabelece que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Logo em seguida, afirma que “Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição”. Finalmente, dispõe ainda que homens e mulheres de maior idade “gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e

sistemas normativos de proteção com alcances diferenciados. Assim, ao lado do sistema geral de proteção endereçado a toda e qualquer pessoa, existem sistemas especiais voltados à prevenção da discriminação ou à proteção de pessoas ou grupos particularmente vulneráveis e que, por isso, exigem proteção específica – como é exatamente o caso das mulheres.

O processo de especificação dos direitos humanos pode ser melhor compreendido como uma das etapas da multiplicação de tais direitos. De acordo com **Norberto Bobbio**⁵, tal multiplicação ocorre em três níveis distintos: em primeiro lugar, verifica-se o aumento da quantidade de bens considerados merecedores de tutela; em segundo lugar, tem-se a extensão da titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; e, finalmente, ocorre a especificação do sujeito de direito, com a tomada de consciência de que o homem não mais pode ser considerado em sua generalidade e abstração, mas que, ao contrário, deve ser visto na especificidade ou concretude de suas mais diversas maneiras de ser em sociedade, como mulher, criança, idoso, deficiente etc. Ocorre, portanto, a passagem do homem genérico para o indivíduo especificado, tomado na diversidade de categorias relativas ao gênero, idade, etnia, raça, condições físicas, entre outras. Tais diferenças específicas não permitem igual tratamento e exigem, portanto, proteção diferenciada.

Na esteira do detalhamento dos sujeitos de direitos, o sistema internacional passa a integrar sistemas especiais de proteção endereçados às crianças, aos idosos, às mulheres, às vítimas de tortura, às vítimas de discriminação racial etc. É precisamente nesse ambiente que são elaboradas convenções internacionais preocupadas em oferecer proteção específica às mulheres.

Apenas com a fixação desse **background** é que finalmente se torna possível passar em revista o sistema especial de proteção dos direitos humanos das mulheres, com a abordagem jurídica dos dois tratados internacionais sobre o tema atualmente em vigor no Brasil: a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará).

Cumprе esclarecer que a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, aprovada em 1979, integra o sistema normativo global da Organização das Nações Unidas. Ao lado do sistema global, existem sistemas normativos regionais de proteção, que

⁵ Obra citada, pp. 68-69.

buscam internacionalizar os direitos humanos principalmente no plano americano, europeu e africano. A Convenção de Belém do Pará se insere no sistema de proteção da Organização dos Estados Americanos (OEA).

É importante destacar que não existe qualquer hierarquia entre os documentos de proteção pertencentes ao sistema global e aqueles pertencentes ao sistema regional. Ambos são complementares, de sorte que diante da multiplicidade de instrumentos, cabe à vítima optar pelo sistema que lhe ofereça a proteção mais favorável.

CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER

O principal documento internacional de proteção aos direitos da mulher hoje existente é a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, adotada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas em 1979. Tal Convenção foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro através de sua aprovação pelo Decreto Legislativo n.º 93, de 14 de novembro de 1983, e promulgação pelo Decreto n.º 89.406, de 1º de fevereiro de 1984. Como se percebe, percorreu todos os trâmites exigidos para que vincule o país signatário não só perante a comunidade internacional, como também internamente⁶.

⁶ A propósito do procedimento de internalização dos tratados assinados pelo Brasil, lecionam NADIA DE ARAÚJO E INÊS ANDREIUOLO: “No Brasil as fases de elaboração dos tratados são identificadas, geralmente, da seguinte maneira: negociação, assinatura, ratificação promulgação, publicação e registro. (...) No direito brasileiro, como se sabe, a competência para a conclusão de tratados internacionais é do Poder Executivo. Segundo a Constituição Federal – artigo 84, VIII – compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais. Em seguida, o Presidente remete os tratados para serem apreciados pelo Congresso Nacional, a quem cabe resolver definitivamente sobre a sua aprovação – artigo 49, I, da Constituição. Uma vez aprovados por meio de Decreto Legislativo, os atos internacionais voltam ao Executivo, para a ratificação – momento em que ocorre a troca de notas diplomáticas ou o depósito de ratificação no local designado, nos casos de tratados multilaterais. A ratificação é manifestação, também de cunho discricionário, do Poder Executivo, no sentido de que o propósito de pactuar o tratado continua firme, atendendo aos interesses superiores do Estado. Tal propósito confirmado e reiterado é transmitido às contrapartes estrangeiras, através do depósito do instrumento de ratificação, no intuito de formalizar, perante elas, o início da exigibilidade do pactuado, imediatamente ou após o decurso de prazo determinado pelas partes. Por fim, para aperfeiçoar-se o ato e ter vigência no território nacional, o Presidente da República expede um decreto de promulgação, que é publicado, e a partir do qual, e de quando inicia-se a sua vigência no território nacional.” (*A Internalização dos Tratados no Brasil e os Direitos Humanos. Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*. Organização de Carlos Eduardo de Abreu Boucault e Nadia de Araújo. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 63-113).

Em que pese referido processo de integração normativa não ser extraído em sua totalidade da Constituição da República, fato é que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem entendimento firmado no

Com sua integração normativa ao direito interno, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher situa-se no mesmo plano de validade e eficácia das normas infraconstitucionais, conforme entendimento pacificado pela jurisprudência pátria⁷. Importa observar, contudo, que parte da doutrina especializada tem defendido a tese de que o § 2º do art. 5º da Constituição de 1988 vislumbra regime jurídico diferenciado a ser aplicado aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, que seriam incorporados imediatamente pelo direito brasileiro e apresentariam *status* de norma constitucional, diversamente dos tratados tradicionais, os quais se sujeitam à sistemática da incorporação legislativa e ostentam hierarquia infraconstitucional⁸. Nesse sentido citam-se as lições de **Flávia Piovesan**⁹, **Celso de Albuquerque Mello**¹⁰ e **Antônio Augusto Cançado Trindade**¹¹.

sentido de para a formal incorporação do ato de direito internacional público ao direito positivo interno é imprescindível sua promulgação mediante decreto do Presidente da República. Sobre o tema, é paradigmática a decisão proferida pelo Ministro CELSO DE MELLO no julgamento da Carta Rogatória nº 8.279, em 4 de maio de 1998: “(...) Sob tal perspectiva, o sistema constitucional brasileiro – que não exige a edição de lei para efeito de incorporação do ato internacional ao direito interno (visão dualista extremada) – satisfaz-se, para efeito de executoriedade doméstica dos tratados internacionais, com a adoção de *iter* procedimental que compreende a aprovação congressional e a promulgação executiva do texto convencional (visão dualista moderada). (...) a execução dos tratados internacionais e sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe, enquanto Chefe de Estado que é, da competência para promulgá-los mediante decreto.”

⁷ Nesse assunto, o *leading case* é o Recurso Extraordinário nº 80.004 – SE.

⁸ Dispõe o § 2º do art. 5º da CRFB: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

⁹ “Em síntese, relativamente aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a Constituição brasileira de 1988, nos termos do art. 5, § 1º, acolhe a sistemática da incorporação automática dos tratados, o que reflete a adoção da concepção monista. Ademais, como apreciado no tópico anterior, a Carta de 1988 confere aos tratados de direitos humanos o *status* de norma constitucional, por força do art. 5º, § 2º.” (PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 111).

¹⁰ “A Constituição de 1988 no § 2º do art. 5º constitucionalizou as normas de direitos humanos consagradas nos tratados. Significando isto que as referidas normas são normas constitucionais (...). (“O § 2º do art. 5º da Constituição Federal”.) **Arquivos de Direitos Humanos**. Direção de Celso de Albuquerque Mello e Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 1-33).

¹¹ “(...) no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos, consoante o art. 5º, §§ 1º e 2º da Constituição brasileira de 1988, passam a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigí-

Visando à dupla obrigação de eliminar a discriminação e assegurar a igualdade de gênero, a Convenção da ONU sobre a Mulher é composta por um preâmbulo e trinta artigos dispostos em seis partes. Logo em seu intróito o documento relembra que “a discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de direitos e do respeito da dignidade humana, dificulta a participação da mulher, nas mesmas condições que o homem, na vida política, social, econômica e cultural de seu país, constitui um obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família e dificulta o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher para prestar serviço a seu país e à humanidade”.

De forma inédita, o artigo 1º da Convenção oferece a definição jurídica da discriminação contra a mulher, considerando-a como “toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo”.

Ao ratificar a Convenção, o Brasil assumiu o compromisso de adotar medidas para a eliminação da discriminação de gênero não somente no espaço público, mas também na esfera privada. Assim, o Estado comprometeu-se a não praticar qualquer ato que importe em discriminação contra a mulher, bem como a tomar medidas apropriadas para eliminar a discriminação praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa¹².

Especial interesse desperta o artigo 4º da Convenção ao abrir a possibilidade de adoção de “medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher”. Cuida-se da previsão da chamada “ação afirmativa” ou “discriminação positiva”¹³, admitindo-se a desigualdade temporária de grupos ou indivíduos com o intuito de promover sua ascensão até o nível de equiparação com os demais. Tais medidas compensatórias devem, por conseguinte, cessar assim que os objetivos de

¹² Artigo 2º, alíneas “d” e “e” da Convenção.

¹³ O debate a respeito da legitimidade das chamadas “ações afirmativas” é bastante intenso no cenário norte-americano. Um dos autores que se dedica à sua defesa e justificação é o Professor de Jurisprudência em Oxford, RONALD DWORKIN. Em sua obra **O Império do Direito**, o autor aborda o tema ao cuidar da interpretação constitucional e argumenta em favor de programas de discriminação inversa invocando a teoria das fontes banidas. De acordo com tal teoria, as pessoas têm direito a que, na avaliação da justificativa coletiva para certas decisões políticas, não sejam levadas em consideração fontes que encerrem alguma forma de preconceito, mas se admitem medidas criadas para auxiliar vítimas

igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido atingidos, sob pena de, a partir de então, serem consideradas formas de discriminação.

Seguindo, ainda que tardiamente, o compromisso firmado junto à comunidade internacional no sentido de implementar programas de discriminação inversa em prol das mulheres, editou-se no Brasil a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que, ao estabelecer normas para as eleições políticas, reservou o mínimo de trinta por cento das vagas de cada partido ou coligação para candidaturas de mulheres¹⁴.

Igualmente, a recente Lei nº 9.799, de 26 de maio de 1999, ao dispor sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho e apresentar uma série de vedações a práticas discriminatórias, permite expressamente a adoção de medidas com caráter de discriminação positiva. Nesse sentido, o parágrafo único do art. 373 A da Consolidação das Leis do Trabalho, acrescentado pela referida Lei nº 9.799/99, apresenta a seguinte redação: “O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher”.

A Convenção da ONU sobre a Mulher apresenta uma série de dispositivos tutelares dos direitos das mulheres à participação na vida pública e política do país, às mesmas oportunidades de emprego e igual remuneração, à influência decisiva nos assuntos relativos ao casamento e às relações familiares, assim como outros direitos civis, políticos, econômicos e sociais.

A Constituição de 1988, tendo inaugurado uma disciplina jurídica que buscou romper com a tradição negativamente discriminatória do gênero feminino no Brasil, não destoia das premissas fixadas pelo documento internacional. Nesse sentido, o art. 3º da CRFB prevê como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Por sua vez, o inciso I do art. 5º estabelece que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, sendo que a própria Constituição excetua tal regra ao isentar as mulheres do serviço

¹⁴ Art. 10, § 3º da Lei nº 9.504/97: Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo.

militar obrigatório em tempo de paz e ao fixar a aposentadoria voluntária da mulher com menos tempo de serviço do que o homem¹⁵.

No que concerne aos direitos sociais, o art. 7º assegura o direito à licença-maternidade e protege o mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos a serem previstos em lei¹⁶. Além disso, contempla assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas e proíbe diferenças de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo. Finalmente, no que diz respeito aos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, o art. 226, § 5º da CRFB estabelece a igualdade entre o homem e a mulher.

Com efeito, ao se proceder à análise da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e compará-la com os direitos proclamados pela Constituição de 1988, conclui-se que o sistema de proteção por ambas concebido caminha na mesma direção. A compatibilidade entre os dois documentos é absoluta, de sorte que o tratado internacional foi perfeitamente recepcionado pela nova ordem constitucional.

A grande questão que se coloca, no entanto, é saber se existem, a par dos remédios constitucionais, outros de índole internacional aos quais se possa recorrer quando os direitos proclamados tanto pela Carta Magna, assim como pela Convenção da ONU, permanecem como letra morta. Cuida-se, portanto, de pesquisar quais mecanismos de implementação da igualdade das mulheres foram previstos pela Convenção.

Infelizmente, nesse particular a Convenção simplesmente oferece um testemunho a mais das enormes dificuldades enfrentadas pelas mulheres na luta pela conquista e efetividade de seus direitos.

Como se sabe, os pactos internacionais consagram basicamente três possíveis mecanismos de monitoramento dos direitos por eles enunciados:

¹⁵ Respectivamente arts. 143, § 2º e 40, inciso III da CRFB.

¹⁶ Dispondo sobre a proteção do trabalho da mulher foi recentemente editada a Lei nº 9.799/99, que impõe uma série de vedações destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho. Dentre elas, destacam-se: publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor, ou à situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida assim o exigir; recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notoriamente incompatível; considerar o sexo, a idade, a cor ou a situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez na admissão ou permanência do emprego; proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

a sistemática de relatórios a serem elaborados pelos Estados-partes, o sistema de comunicações interestatais e o sistema de petição ou comunicação individual, sem dúvida alguma o mais eficiente deles.

A Convenção da ONU sobre a Mulher contempla tão-somente o sistema de relatórios a serem encaminhados pelos Estados signatários ao Comitê Sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher¹⁷ (mais conhecido pela sigla inglesa CEDAW – *Committee on the Elimination of Discrimination Against Women*). Nos termos do artigo 18 da Convenção, os Estados-partes têm a obrigação de encaminhar ao CEDAW, de quatro em quatro anos, um “relatório sobre as medidas legislativas, judiciárias, administrativas ou outras que adotarem para tornarem efetivas as disposições da Convenção e dos progressos alcançados a respeito”.

Muito embora seja a primeira vez que os Estados se vêem obrigados a prestar contas a organismos internacionais da forma pela qual tutelam os direitos das mulheres, é lamentável que a Convenção da ONU não tenha consagrado a sistemática de petição ou comunicação individual, através da qual as vítimas poderiam recorrer diretamente ao Comitê para formular suas queixas e denúncias. Como conseqüência, o âmbito de atuação do CEDAW como órgão de monitoramento é demasiadamente restrito, sem que possa sancionar um Estado-parte responsável por desobedecer a Convenção. Assim, o meio mais eficaz para que o Comitê exerça pressão sobre os Estados violadores acaba sendo a publicação dos relatórios seguida de eventuais comentários negativos que servem, ao menos, para constranger os Governos perante a comunidade internacional. Ou seja, cuida-se do famoso *power to embarrass* exercido pelo Direito Internacional.

Nesse contexto, é fundamental que sejam tomadas providências com a finalidade de instaurar o sistema de comunicação individual perante o CEDAW. Tal necessidade tem sido constantemente reiterada, chegando mesmo a constar da Declaração e Programa de Ação de Viena a seguinte recomendação:

“40. Os órgãos de monitoramento dos tratados devem disseminar informações necessárias que permitam às mulheres fazerem um uso mais efetivo dos procedimentos de implementação existentes, com o

¹⁷ A composição e competência do mencionado Comitê encontram-se estabelecidas pelos artigos 17 a 22 da Convenção.

*objetivo do pleno e equânime exercício dos direitos humanos e da não-discriminação. Novos procedimentos devem também ser adotados para fortalecer a implementação da igualdade das mulheres, bem como de seus direitos humanos. A Comissão Relativa ao Status da Mulher e o Comitê de Eliminação da Discriminação contra a Mulher devem rapidamente examinar a possibilidade de introduzir o direito de petição mediante a elaboração de um Protocolo Optativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres*¹⁸. (Grifou-se).

Infelizmente, contudo, até o presente momento referida recomendação não produziu qualquer efeito concreto.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER – CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher insere-se no sistema regional-especial de proteção aos direitos humanos. Aprovada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos em 9 de junho de 1994, a Convenção foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação do Decreto presidencial nº 1.973, de 1º de agosto de 1996¹⁹. Cuida-se, pois, de tratado internacional que vincula o Brasil não só perante os demais Estados signatários, mas também internamente, possibilitando sua plena aplicação e execução ante o Poder Judiciário.

Em seu preâmbulo, a Convenção de Belém do Pará afirma que “a violência contra a mulher constitui uma violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente à mulher o reconhecimento, gozo e exercício de tais direitos e liberdades”. Em seguida, demonstra preocupação porque “a violência contra a mulher é uma ofensa à dignidade humana e uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens”.

Logo em seu artigo 1º a Convenção define a violência contra a mulher como “qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte,

¹⁸ Transcrito de PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 208.

¹⁹ Sobre o procedimento de internalização dos tratados no direito brasileiro, remete-se o leitor aos comentários tecidos na nota de rodapé nº 6.

dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público, como no privado”. Assim como já o fizera a Convenção da ONU, o documento da OEA reconhece expressamente que a violência contra as mulheres é um fenômeno que as afeta em todas as esferas de suas vidas: pode ocorrer dentro da família ou unidade doméstica, como também na comunidade, em instituições educacionais, nas relações de trabalho etc.

Merece destaque o capítulo segundo da Convenção, tendo por objeto o elenco de direitos protegidos. O artigo 4º menciona expressamente alguns direitos das mulheres: o direito a que se respeite sua vida, integridade física, mental e moral; direito à liberdade e segurança pessoais; direito a não ser submetida à tortura; direito a que se respeite a dignidade inerente à sua pessoa e que se proteja sua família; direito à igual proteção perante a lei e da lei; direito a recurso simples e rápido perante tribunal competente que a proteja contra atos que violem os seus direitos; direito de livre associação; direito de professar a própria religião e as próprias crenças, de acordo com a lei; e direito a ter igualdade de acesso às funções públicas de seu país e a participar nos assuntos públicos, inclusive na tomada de decisões.

O artigo 6º, por sua vez, estatui que “o direito de toda mulher a uma vida livre de violência inclui, entre outros, o *direito da mulher de ser livre de toda forma de discriminação*”. A este propósito, importa lembrar que em abril de 1995 foi editada a Lei nº 9.029, que exatamente “proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho”. Resulta, portanto, que ao menos no âmbito trabalhista as mulheres brasileiras contam com um instrumento específico de proteção à não-discriminação, inclusive com a criminalização de determinadas práticas discriminatórias.

“Art. 2º da Lei nº 9.029/95. Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

I – a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;

II – a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem:

a) indução ou instigamento à esterilização genética;

*b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).
Pena – detenção de um a dois anos e multa.”*

Além disso, referida lei estabelece, em seu art. 4º, direito de opção para empregada cujo contrato de trabalho seja rompido por ato discriminatório. Em tais casos, pode optar entre ser readmitida com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais; ou perceber, em dobro, a remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

O capítulo terceiro da Convenção de Belém do Pará disciplina os deveres dos Estados-partes. Nesse sentido, o Brasil, ao ratificar o Pacto, assumiu o compromisso de adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas orientadas a prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher²⁰.

É interessante notar que a Convenção adotou a sistemática de deveres exigíveis de imediato, previstos pelo artigo 7º, e deveres exigíveis progressivamente, contemplados pelo artigo 8º. Assim, as obrigações assumidas nos termos do artigo 8º providências de efeito programático a serem implementadas paulatinamente, destinando-se, em sua maior parte, a prevenir a violência contra a mulher. Carecem, destarte, de justiciabilidade junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, não podendo ser objeto de demanda através do sistema de petições previsto no artigo 12.

²⁰ Ao encontro do compromisso assumido pelo Brasil perante a comunidade internacional, convém destacar que o Programa Nacional de Direitos Humanos, lançado em 13 de maio de 1996 como resultado de amplas consultas entre o governo, a Academia e a sociedade civil, apresenta uma série de propostas de ações a serem tomadas a curto, médio e longo prazo em prol da efetividade dos direitos humanos no Brasil. No que tange especificamente aos direitos da mulher, dentre as medidas pretendidas pelo PNDH destacam-se: incentivar a criação de centros integrados de assistência à mulher sob risco de violência doméstica e sexual; apoiar as políticas dos governos estaduais e municipais para a prevenção da violência doméstica e sexual contra as mulheres; revogar as normas discriminatórias ainda existentes na legislação infraconstitucional, incluindo particularmente as normas do Código Civil Brasileiro que tratam do pátrio poder, chefia da sociedade conjugal, direito de anulação do casamento pelo homem quando a mulher não é virgem e privilégio do homem na fixação do domicílio familiar; reformular as normas de combate à violência e discriminação contra as mulheres, em particular, apoio ao projeto do governo que trata o estupro como crime contra a pessoa e não mais como crime contra os costumes; entre outras.

As obrigações assumidas nos termos do artigo 7º, ao contrário, são exigíveis de imediato, e o próprio artigo 12 da Convenção reconhece a qualquer pessoa ou grupo de pessoas o direito de apresentar denúncias ou queixas de sua violação à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Como se percebe, no que diz respeito aos mecanismos de monitoramento, a Convenção de Belém do Pará representa um enorme avanço se comparada ao Pacto da ONU, visto não ter se restringido ao ultrapassado sistema de relatórios.

Dentre as obrigações assumidas pelo Brasil e demais países signatários nos termos do mencionado artigo 7º, destacam-se: estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher que tenha sido submetida à violência, que incluam, entre outros, medidas de proteção, um julgamento oportuno e o acesso efetivo a tais procedimentos; estabelecer os mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher, objeto de violência, tenha acesso a efetivo ressarcimento, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes; adotar medidas jurídicas que exijam do agressor abster-se de fustigar, perseguir, intimidar ou pôr em perigo a vida da mulher de alguma forma que atente contra sua integridade ou prejudique sua propriedade; e, finalmente, incluir em sua legislação interna normas penais, civis e administrativas necessárias para punir, prevenir e erradicar a violência contra a mulher.

Como anteriormente ressaltado, todos os compromissos acima enunciados são exigíveis de imediato do Estado-parte da Convenção. Significa, portanto, que as mulheres vítimas de violência podem e devem recorrer ao Poder Judiciário para exigir a plena aplicação da norma internacional, que se encontra perfeitamente integrada ao sistema normativo nacional. Outra alternativa consiste em apresentar denúncia ou queixa à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, conforme previsão do artigo 12 da Convenção:

“Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos petições que contenham denúncias ou queixas de violação do artigo 7º da presente Convenção pelo Estado-parte, e a Comissão considera-las-á de acordo com as normas e os requisitos de procedimento para a

apresentação e consideração de petições estipulados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Estatuto e Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.” (Grifou-se).

Em que pese a Convenção de Belém do Pará silenciar sobre a possibilidade de se recorrer à Corte Interamericana de Direitos Humanos para que esta equacione problemas de violação ao tratado, nada justifica excluir tal possibilidade, principalmente agora que finalmente o Estado brasileiro reconheceu a competência jurisdicional daquela Corte, nos termos do Decreto Legislativo n.º 89, de 3 de dezembro de 1998.

CONCLUSÃO

Não é necessário pesquisar-se profundamente para constatar que a igualdade de gênero proclamada por nosso Estatuto Político e por Pactos internacionais aos quais o Brasil aderiu ainda tem pela frente um longo caminho de lutas e transformações culturais para tornar-se realidade fática. São incontáveis os casos de violência praticada contra a mulher em nosso país, fortemente marcado por uma ideologia sexista que estigmatiza o gênero feminino.

Não raro os veículos de comunicação denunciam os efeitos perversos dessa tradição discriminatória, que se reflete nas mais variadas modalidades de violação aos direitos humanos da mulher: espancamentos domésticos, estupro, prostituição forçada, violência física e psicológica contra trabalhadoras, abortos seletivos em função do sexo, casamentos forçados e prematuros etc.

Nesse contexto, o presente trabalho teve por objetivo estudar os instrumentos internacionais de proteção aos direitos da mulher atualmente em vigor no Brasil, procedendo-se à sua análise comparativa com a legislação interna. Duas Convenções foram destacadas e, conforme restou demonstrado, ambas encontram-se em perfeita harmonia com a sistemática traçada pela Constituição de 1988. Com efeito, as leis em vigor em nosso país oferecem proteção jurídica às mulheres vítimas de discriminação ou qualquer outra forma de violência.

O que nos falta, todavia, é conseguir dotar tais previsões legais de efetividade, fazendo com que sejam cumpridas a despeito da cultura patriarcal ainda dominante na maior parte do território nacional. Para tanto, abre-se a possibilidade de as mulheres vítimas de violência recorrerem ao Poder

Judiciário a fim de que este aplique e execute os dispositivos tutelares de seus específicos direitos humanos, tanto aqueles contemplados diretamente pela legislação nacional, bem como outros resultantes da adesão da República a tratados internacionais – em especial a Convenção da ONU sobre a Mulher e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Além disso, é importante difundir junto à sociedade a informação de que, diante da omissão do Estado em tomar providências a fim de que as mulheres brasileiras sejam verdadeiramente protegidas, lhes é assegurado pela Convenção de Belém do Pará o direito de apresentar denúncias ou queixas à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que, ao encontro da prevalência da dignidade da pessoa humana, poderá intervir na soberania do Estado-parte em nome dos direitos fundamentais.

A proposta maior deste trabalho, longe de fixar conclusões rígidas, foi tão-somente abrir espaço para o estudo de tema que, infelizmente, continua a merecer a atenção de juristas, pesquisadores, operadores do direito, legisladores, enfim, de todos aqueles que, de alguma forma, podem contribuir para a implementação da real igualdade entre homens e mulheres em nosso país. Ainda há muito a ser estudado, de sorte que as reflexões aqui apresentadas não têm qualquer pretensão concludente. Aliás, na realidade a única conclusão a que se chega é que a efetividade dos direitos humanos da mulher no Brasil apenas será factível quando a sociedade brasileira conseguir superar dogmas e preconceitos seculares. ◆

O PAPEL POLÍTICO DO PODER JUDICIÁRIO

FLÁVIA DE ALMEIDA VIVEIROS DE CASTRO

Juíza de Direito TJ/RJ. Mestre em Sociologia Política pela PUC/RJ

“O bom juiz mal abre a voz, a justiça fala e o mau juiz é o que toda vez que fala a justiça cala”¹

1. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Na abordagem do tema desta palestra considerou-se oportuno, inicialmente, realizar uma resumida análise histórica do papel do Poder Judiciário e seu significado sócio-político. O ponto inaugural destas referências será a Revolução Francesa, a partir do qual o Poder Judiciário assume três facetas distintas, correspondentes ao tipo de Estado no qual se insere: a saber o Estado Liberal, o Estado do Bem-Estar Social e o Estado Democrático de Direito.

No período inicial, que vai da revolução de 1789 até a primeira guerra mundial, prepondera uma visão estática do princípio da separação dos poderes, conformando a organização do poder político inicialmente visto como concentrado no Executivo, acentuando o papel do poder Legislativo e neutralizando politicamente o Judiciário. No que concerne a este último, sua atuação é conformada pelo princípio da legalidade, levado às suas últimas conseqüências, o que contribui para a neutralização de suas atividades. Além disso, o mecanismo de aplicação das leis, de subsunção racional-formal, vai reforçar o caráter que se pretendia neutro da atividade jurisdicional. Os Tribunais adequam - através de tal procedimento - os fatos ao direito, sem considerar quaisquer elementos éticos, sociais ou políticos na aplicação da lei.

O Poder Judiciário caracterizou-se, neste momento, por ser essencialmente reativo, isto é, só atuava quando acionado. Não agia, portanto, como elemento influenciador da procura pela Justiça, mas reagia a esta, dirimindo os conflitos de interesse que lhe eram trazidos.

¹ ROCHA, Carmem Lucia Antunes. “A Atuação do Judiciário no Cenário Sócio-Político Nacional”, in *Primeira Jornada de Estudos Judiciários*, Conselho da Justiça Federal, Brasília: CJF, 1995.

A independência do Poder Judiciário fluía, justamente, de sua estreita ligação ao texto legal. Concernia exclusivamente ao processo decisório e podia (como pode) conviver com a dependência administrativa e financeira frente aos demais poderes do Estado.

Em resumo, nesta primeira fase, como recorda o Professor Boaventura Sousa Santos² a independência dos tribunais assentava em *três dependências férreas*. Em primeiro lugar, à lei; em segundo, à vontade dos cidadãos em acioná-los e em terceiro, à dependência orçamental relativamente aos poderes Executivo e Legislativo.

A análise histórica da evolução do pensamento jurídico permite corroborar o afirmado, quanto ao papel exercido pelo Judiciário. Já em fins do século XVII, durante todo o século XVIII e em boa parte do XIX prevalecia uma concepção racionalista do direito, que refletia uma velha atitude frente à lei, com origens ainda em Aristóteles.

No início da Revolução Francesa, a concepção jurídica dominante admitia o princípio da vontade corporificado no Poder Legislativo, mas não no Judiciário. O legislador, ou seja, o representante do povo, é o único que tem vontade e iniciativas. Ele dita as regras, que o juiz aplicará, abafando o eco de suas próprias convicções.

Para garantir a ausência de qualquer subjetivismo por parte do magistrado, se exigia que suas decisões fossem fundamentadas estritamente na lei, compreendida esta como a própria razão positivada.

Embora a concepção descrita, vigente em fins do século XVIII e início do XIX, possa parecer retrógrada, para a época em que surge é inovadora, pois que no *Ancien Régime* não existiam leis gerais e o juiz decidia segundo critérios pessoais, sendo suas sentenças extremamente variáveis. Era uma justiça senhorial, vinculada à vontade dos proprietários de terra, que possuíam o poder econômico e político. Só mais tarde surgem os juriconsultos, os homens da lei, que constroem uma jurisprudência com algum nível de generalidade.

A dogmática jurídica evolui. Kant faz a defesa do atuar matematicamente preciso do juiz. Assim como nas ciências exatas, o fundamento da correção das decisões judiciais ancora-se em noções puramente formais, institutos apriorísticos, que facilitam a consecução da Justiça.

² SANTOS, Boaventura et alii. **Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas - O Caso Português**. Lisboa: Ed. Afrontamento, 1996, p. 24.

O julgar se reduz a uma pura operação silogística, na qual a premissa menor - o caso concreto - submete-se à premissa maior - a lei - para se chegar à conclusão - a sentença. O magistrado estaria submetido às regras da lógica e da matemática quando exerce o seu labor, aspirando clareza, segurança e constância em suas decisões, que deveriam externar a razão legal.

A lei, em sua condição de palavra sagrada, tudo contém. O juiz deve apenas procurar na mesma a vontade do legislador (leia-se a vontade do povo).

O dogmatismo e o positivismo jurídicos, de cunho intelectualista, vão dominar o pensamento europeu em quase todo o século XIX. Concomitantemente, se verifica uma crescente desconexão entre os níveis social e jurídico da sociedade. A pureza e certeza dos conceitos não se coadunam com a existência de elementos imprevisíveis e anárquicos impostos pela vida. A lei acaba por perder seus pontos de referência com a vontade popular, passando a constituir-se em um produto elaborado por entendidos.

A este quadro no qual se insere o Poder Judiciário corresponde uma visão ideal de magistrado. O juiz deste momento era o especialista em Direito, um verdadeiro oráculo das leis, um juiz árbitro de conflitos individualizados, como o define a Professora Carmem Lúcia Antunes Rocha³.

Numa segunda etapa, cujo início ocorre após o período das guerras mundiais, há o colapso da teoria da separação dos poderes tal como até então era percebida, passando-se a dar ênfase ao papel exercido pelo Executivo.

Este é o período do Estado-Providência, o qual se caracteriza por um forte componente promocional do bem-estar social. A consagração constitucional dos chamados direitos de segunda geração (trabalho, saúde, educação e previdência) significa, entre outras coisas, a juridificação de fenômenos de natureza sócio-econômica e a consagração de uma justiça distributiva.

Abrem-se novos campos de litigação, nos domínios laboral, civil, administrativo, de segurança social, o que redundará em um aumento da demanda pelos tribunais. Para fazer frente a este maior afluxo de cidadãos que individual e coletivamente vão bater às portas da Justiça, serão idealizadas reformas em prol do reapetrechamento dos tribunais, modernização da

³ Rocha, Carmem Lucia Antunes. "A Atuação do Judiciário no Cenário Político Nacional" in **1ª Jornada de Estudos Judiciários**, Ed.CEJ – Centro de Estudos Judiciários, Conselho da Justiça Federal, Brasília, 1996, p.63/72.

máquina judicial, simplificação dos processos e procedimentos, bem como a criação de mecanismos alternativos de resolução de litígios.

A maior procura pelo Poder Judiciário propiciou a este um aumento de visibilidade social e política. Os tribunais tiveram, então, que se confrontar com sua quota-parte na questão da *responsabilidade política*, em dar sustentação às promoções sócio-econômicas apoiadas pelo Estado. Com isto, ao invés da antiga simbiose entre independência e neutralidade do Poder Judiciário, surge uma tensão entre estas duas instâncias, que os tribunais terão que enfrentar.

O dilema apontado pode ser resumido ao seguinte contexto: se continuasse em uma atitude neutra, preservando-se no mesmo padrão de desempenho reativo, o Judiciário manteria incontestemente sua independência, mas corria o risco de se tornar socialmente amorfo e de ser percebido pela sociedade como dependente, de fato, do Executivo e do Legislativo. Por outro lado, se aceitasse sua quota-parte de responsabilidade política na promoção da Justiça Social, nomeadamente através de uma vinculação mais estreita do direito ordinário com a Constituição, ou seja, pela constitucionalização do direito comum, correria o risco de entrar em atrito com os outros poderes e, por via de consequência, sofrer pressões em prol de um controle externo sobre suas atividades.

Quando e onde o poder Judiciário optou por uma atitude não neutra ante os fenômenos sócio-econômicos, verificaram-se situações típicas: os tribunais assumiram posições pró-ativas em matéria de acesso ao direito, especialmente na questão da legitimidade processual para a tutela de interesses difusos e coletivos. Além disso, eles vão intervir, quando instados a tal, por meio de ações próprias, suprimindo a falta de regulamentação das leis ou pressionando para que esta fosse efetivada.

A atenção privilegiada que os magistrados passaram a dar aos efeitos extrajudiciais das decisões, em detrimento da correção lógico-formal das mesmas, contribuiu, ainda, para dar maior destaque social ao Poder Judiciário.

No século XX forma-se nova corrente de pensamento, onde despontam Holmes, Pound, Cardozo, Frank e Levy, os quais constróem novos critérios a serem utilizados pelos magistrados, para resolver com equidade e não apenas com a fria aplicação dos textos da lei os casos concretos que lhes são submetidos.

O bem estar social e o ideal de justiça das decisões serão as metas a alcançar. Nenhuma decisão judicial que se afaste de tais objetivos poderá justificar sua existência, por mais lógica que possa ser.

A experiência da segunda guerra mundial e, mais concretamente, as atrocidades dos regimes nacional-socialista e stalinista levaram a uma mudança de perspectiva na dogmática jurídica. A validade da norma promulgada com todos os requisitos formais preenchidos é confrontada com os princípios de Justiça e dos direitos fundamentais do homem.

A criação da ONU e a Declaração Universal dos Direitos do Homem são expressões inequívocas desta vontade de encontrar um denominador comum entre o ético e o jurídico.

Pode-se afirmar que o sentimento humanista que vigorará depois de 1945 para a interpretação das leis e a prevalência dos valores implícitos à Declaração dos Direitos do Homem serão os novos focos de orientação das decisões judiciais.

Frente a uma razão pura, distanciada da vida e que - na aplicação do direito - abusa da coação e do princípio da autoridade da lei - se impõe uma nova lógica jurídica flexível, ajustada à realidade social.

Uma terceira e última fase teve início com a crise do Estado-Providência, perdurando até hoje. Para um novo contexto sócio-econômico permanece a sobrejuridificação da realidade social, agravada pela desregulamentação da economia, que ocorre por via de uma re-regulação, ou seja, de uma nova produção legislativa desregulamentando o que estava regrado.

Além deste fator, a globalização da economia contribui para gerar um caos normativo, criando novas regulações tanto a nível nacional, quanto internacional.

Crise do Estado, aumento da litigiosidade; em conseqüência agrava-se a tendência para um maior controle sobre os tribunais, especialmente em termos de produção quantitativa. Cobranças de rapidez, eficácia e qualidade são recorrentes, sem que os que verberam contra o Poder Judiciário assumam suas próprias responsabilidades, especialmente em proporcionar aos tribunais as mínimas condições materiais de eficiência.

Nesta fase surgem novas áreas de litigação referentes aos chamados direitos de terceira geração, em especial o do meio-ambiente e o das relações de consumo.

Mudanças ocorrem também na área política, com a crise do sistema partidário e da própria representatividade dos membros do Legislativo. Tal situação reflete-se no âmbito judicial, através do aumento dos casos de corrupção. Trata-se de ilícito que por si só agudiza as áreas de tensão entre os poderes do Estado.

A grande criminalidade deste terceiro período está ligada à corrupção, tráfico de drogas e lavagem de dinheiro, ilícitos que se conexionam e que, muitas vezes, têm os mesmos protagonistas. Para combatê-la, além de capacidade técnica é necessário coragem política, vez que envolvem pessoas que possuem posição social de destaque.

A independência do Poder Judiciário e sua atuação sócio-política manifesta-se, nesta fase, no confronto com os outros poderes, tanto no combate à corrupção, como também em face de casos de desvio e abuso de poder. Se a ação incisiva dos tribunais, nesta luta, os coloca na linha de fogo de ataques demolidores do Executivo e Legislativo, há que ressaltar que suas atitudes firmes fazem com que este poder ganhe a confiança dos cidadãos.

No plano das idéias, à razão instrumental sucede uma razão comunicativa, definida por Habermas, a qual implica na capacidade de estabelecer um consenso entre as partes envolvidas em um conflito de interesses, de tal forma que resolvido o litígio, tanto aquele que teve seu direito reconhecido, como o outro a que foi negada a pretensão acatem plenamente a decisão, pois que esta, em seus íntimos, significa uma forma democrática de pacificação social.

Finalizando esta parte histórica desta apresentação percebe-se que, na virada do século, a complexidade da vida e do direito são inegáveis. As novas relações econômicas, o desenvolvimento da tecnologia informática, o crescimento do comércio internacional, as descobertas no campo da genética, a especialização nas várias áreas de conhecimento exigem do magistrado, sem dúvida, um saber técnico apurado, mas, ao mesmo tempo, ele não pode estar limitado a tecnicismos exagerados. À cega razão dedutiva, o juiz deve acrescentar sua vontade conciliadora, a sua própria retórica.

Conforme afirmado por CH.Perelman:

*“Quando o funcionamento da Justiça deixa de ser puramente formalista e busca a adesão das partes e da opinião pública, não basta afirmar que a decisão foi tomada sob a cobertura da autoridade de uma disposição legal. É necessário demonstrar que a mesma é equitativa, oportuna e socialmente útil. Com isso a autoridade e o poder do juiz aumentam”*⁴

⁴ PERELMAN, Ch. “Lógica Jurídica Y La Nueva Retórica” in **El Poder Judicial en El Bicentenario de La Revolución Francesa**. Madrid: Centro de Publicaciones, Ministério de La Justicia, 1990, p.172.

2. O PAPEL POLÍTICO DOS TRIBUNAIS E O CONTROLE JUDICIAL DO PODER

Dentro da temática desta apresentação é necessário destacar a função de controle do Poder Judiciário, a qual assume posição política de relevo em nossos dias. Explica-se a politização do exercício de tal função, que também é jurídica, eis que exercida dentro das lindes de um processo.

O reconhecimento da possibilidade - muitas vezes concretizada - do funcionamento patológico do poder, associado à forte presunção de constante ameaça de transgressão dos limites a si impostos pelo poder político, faz ressaltar a questão do controle judicial.

O Estado de Direito contemporâneo afirma-se - não se pode olvidar - em primeiro lugar, pela garantia dos direitos fundamentais da pessoa, como rol de referência precípua da democracia, inadaptável pelos detentores do poder político. Ao Poder Judiciário cabe velar para que tais direitos sejam não só respeitados, mas implementados.

Os tribunais controlam e censuram os atos do poder público, não permitindo que prevaleçam aqueles que são tidos por ilegais ou inconstitucionais. Acionado, o juiz interdita, condena, executa, ordena, declara o Direito. Assume a censura direta dos atos das autoridades, assegurando, efetivamente, a proteção dos direitos dos cidadãos.

Contemporaneamente, o Estado de Direito - mesmo que centrado no postulado da legalidade - torna-se um libelo à constitucionalidade, priorizando o papel da constituição na ordenação do poder político. Tal prioridade redundando no reconhecimento do conteúdo normativo essencial dos direitos fundamentais, da divisão dos poderes, do princípio da legalidade, da proteção jurídica dos cidadãos.

A lógica da supremacia da constituição, inserida nas modernas democracias, exige que a validade das leis e dos atos do Estado busquem na Carta Magna o seu fundamento. Esta mesma lógica leva a que o Parlamento perca seu papel de guardião supremo dos direitos fundamentais, em favor do Poder Judiciário, em especial dos tribunais constitucionais.

O estabelecimento desta *Judicial Supremacy* confere uma força suplementar ao poder de cognição dos juízes, principalmente quando este se apresenta sob a forma de uma competência judicial concentrada, para análise da constitucionalidade dos atos dos demais poderes.

O problema do constitucionalismo hoje é o da realização da constituição enquanto norma e enquanto efetividade (constituição jurídica - constituição real). O Poder Judiciário deve velar pelo respeito e concreti-

zação da Lei Maior, atento a que a liberdade política de conformação dos órgãos de soberania é normativizada e limitada pelo texto constitucional. Nas palavras de Rui Barbosa, “*quem dá às constituições realidade, não é nem a inteligência que as concebe, nem o pergaminho que as registra: é a magistratura que as defende*”.

A normatividade da constituição significa a possibilidade de conformação jurídica do processo político do poder, a pertença da política à esfera constitucional. A atividade política, manifestando-se quer por atos executivos, quer legislativos, torna-se controlável pelos órgãos jurisdicionais, máxime pelos tribunais constitucionais. É neste universo relativo à defesa da constituição que se coloca com maior acuidade a questão jurídica e que também é política do controle judicial e seus limites jurídico-funcionais.

Observa-se, por um lado, o caráter aberto de vários dispositivos constitucionais - abertura consciente e querida pelo legislador constituinte - de molde a permitir o fluir de um processo político dinâmico e, por outro lado, que ao juiz é conferido um espaço de criatividade conformadora na seleção de valores constitucionalmente plasmados, quando da solução de um litígio.

Esta tarefa que cabe ao Judiciário, de garantir a integridade do texto constitucional, pode ser mais ou menos intensa, de acordo com o grau de abertura ou densidade dos dispositivos da Lei Maior.

Em certos ordenamentos jurídicos, nomeadamente no alemão, a competência judicial de controle dos tribunais é de tal forma ampla, que se chama de *hipertrofia da justiciabilidade*. Em outros sistemas, especialmente nos EUA, a elaboração jurisprudencial da ***Political Question Doctrine*** veio atenuar os possíveis efeitos indesejados (pelo Executivo e Legislativo ao menos) de um excessivo ativismo judicial (***Judicial Activism***), em áreas consideradas politicamente delicadas. A jurisprudência norte-americana construiu uma concepção de auto-contenção do juiz (***Judicial Self-Restraint***), em litígios com conteúdo marcadamente político.

Cumprir tecer alguns comentários sobre estas duas correntes desenvolvidas pelo direito norte-americano, que refletem duas posturas comportamentais frente à Constituição.

A indagação sobre o papel que os tribunais devem assumir frente à Lei Maior demonstra que o espectro do governo dos juizes ainda assusta o espírito dos políticos. Malgrado seja esta uma questão historicamente datada e localizada (por referência à luta contra a legislação social nos Estados Unidos da América e o controle da constitucionalidade exercido

pela Suprema Corte nas décadas de 30 e 40), a denúncia do governo dos juízes ressurge de tempos em tempos. Ela fala ao coração e vem imbuída de paixão. Visceral ou intuitiva, ela leva naturalmente a excessos e a mitos.

Na verdade, forçoso se faz consignar que a interpretação da constituição é mais do que um exercício de técnica, ou demonstração de erudição no campo do direito. Em algum momento, o exame da constitucionalidade dos atos do Executivo e do Legislativo, onde a interpretação judicial compreende sua feição mais significativa, pode assumir características próprias da elaboração da lei. Isto significa dizer que o poder de interpretar a lei é, de certa forma, o poder de fazer a lei. Assim o controle da constitucionalidade das leis, para alguns, é entendido como uma forma de legislação judicial.

Em resposta ao temor de que os juízes pudessem extrapolar em sua função interpretativa, surgiu e desenvolveu-se nos EUA uma filosofia de autocontrole da magistratura (*judicial self restraint*). Para contornar as críticas sofridas pelo Judiciário, tal corrente defendia a postura de que os juízes deveriam presumir como válidos os atos de governo e sustentar a constitucionalidade das leis em casos duvidosos.

Em outro extremo, postaram-se aqueles juízes que estavam convictos da legitimidade do pleno poder que tinham em realizar o exame da constitucionalidade das leis e atos do executivo. O atuar destes magistrados externou-se de forma ampla e agressiva, formando uma corrente conhecida como *judicial activism*, que se impôs, especialmente em referência às decisões de cunho social, num Estados Unidos ainda extremamente ligado à posição liberal não-intervencionista.

Nos EUA de hoje, aqueles que assumem uma postura favorável ao autocontrole da magistratura no desempenho da atividade judicante partem da premissa de que os magistrados, naquele país, sempre tiveram e exercitaram um grau de poder único na história.

Os magistrados, nos EUA, segundo os defensores do *judicial self restraint*, regulam toda a vida da sociedade e do Estado, salvo os assuntos afetos às relações internacionais. Todas as decisões importantes ocorridas naquele país nos últimos 15 anos, muitas das quais efetivamente revolucionárias e que podem não ter sido aplaudidas pela maioria do povo norte-americano, foram tomadas pelos juízes.

Apenas para mencionar algumas das mais importantes, estes críticos assinalam a que regulou a prática do aborto, a relativa à questão racial nas escolas públicas e ainda a referente à regulação da venda de contraceptivos.

A questão a ser discutida, segundo os defensores do autocontrole dos magistrados, não se refere aos méritos ou deméritos das decisões particulares dos juízes sobre aspectos tão importantes da vida em sociedade, mas sim a de esclarecer como foi ocorrer, num país supostamente centrado no governo do povo, que decisões de tamanha repercussão social fossem tomadas por juízes e não pelos representantes deste povo, eleitos para tal.

Acresce ainda que em muitas ocasiões as decisões dos tribunais foram proferidas como um desafio ao Legislativo, na forma da invalidação das medidas tomadas por seus membros. Quais são, portanto, os limites de tal poder? Onde é que ele se funda? O que os juízes não podem fazer hoje em dia, perguntam-se os defensores do *judicial self restraint*?

Segundo os adeptos da corrente do autocontrole, o poder dos juízes funda-se em um mito: na vitoriosa idéia que foi inculcada em corações e mentes mais crédulas. Tal mito expressa a crença de que os juízes, ao atuarem, estão agindo conforme lhes foi determinado pela Constituição. Os magistrados afirmam que as escolhas políticas que realizam não são as deles, mas daqueles que elaboraram a Carta Magna.

Nenhum juiz, seja da Suprema Corte ou de tribunal inferior, jamais ousaria afirmar que estaria autorizado a substituir os pontos de vista dos políticos pelos seus, nas questões que lhe são trazidas a exame. O que é sempre dito é que a escolha legislativa rejeitada está eivada de inconstitucionalidade e que, portanto, é proibida por alguma dos dispositivos constitucionais. Contudo o que ocorre, para os críticos do *judicial activism*, na verdade é, em muitos casos, justo o oposto, com os juízes impondo suas opiniões pessoais sob a justificação de que o fazem em nome da constituição.

De outro lado, surgem os defensores da posição ativista, os quais afirmam que não podem simplesmente ficar de braços cruzados quando o Legislativo ou o Executivo se mostram omissos ou equivocados. Os juízes devem dar efetividade à constituição, através da interpretação. Para aqueles que apoiam esta forma de atuar dos magistrados norte-americanos, o *judicial activism* não é apenas defensável, mas indispensável para o sistema constitucional.

A Constituição está, como defendem os adeptos desta corrente *in a state of becoming*, sempre sendo atualizada para ir de encontro às exigências da sociedade. Cada geração de americanos escreve a sua própria carta constitucional, interpretando o texto deixado pelos constituintes. Não apenas

os juízes, todos os membros dos poderes do Estado interpretam e atuam a constituição. A maior parte das interpretações constitucionais é rotineira, tácita. O problema posto para aqueles que criticam a corrente do *judicial activism* diz respeito à minúscula parcela de decisões governamentais, onde os membros dos diferentes poderes dissitem com referência à interpretação constitucional que lhes deve ser dada e a questão é apresentada aos tribunais.

Em realidade cumpre recordar que o Judiciário é uma instituição envolvida com a evolução e aplicação dos princípios fundamentais da sociedade, que se encontram de forma implícita ou expressa no texto constitucional. Seu dever é definir valores e proclamar princípios. Os tribunais, representando o interesse público, sondam a consciência coletiva do povo para proclamá-la, o que não os impede de fazer tal consciência consciente.

Finalizando esta segunda parte desta apresentação deve ser ressaltado que o problema acerca da postura a ser assumida pelos tribunais não foi colocado, com exclusividade, nos Estados Unidos, mas também foi examinado a luz de sistemas jurídicos distintos, inclusive na Europa.

A força e importância atribuídas aos tribunais constitucionais alemães o são, em grande parte, pelo entendimento de que estes souberam respeitar, em regra, o primado político do legislador e não se arrogaram em senhores da Constituição.

Só vencendo muitas resistências logrou o Tribunal Constitucional Federal Alemão chegar à posição de destaque que hoje ocupa. O fato de tê-lo conseguido, segundo o Prof. Otto Bachof⁵, deveu-se à capacidade de autocontensão do mesmo. No dizer do professor citado os juízes detêm a capacidade de dizer o que a constituição é, mas ao a interpretarem permanecem conscientes que são seus servidores e não seus senhores, que são chamados a desenvolver seu sentido, não a modificá-lo.

Na Espanha, igualmente, também surgem reflexões sobre a importância da função interpretativa, em especial do Tribunal Constitucional, sobretudo na hipótese, não inverossímil, de uma força política majoritária nesta corte, disposta a realizar um programa de atuação revolucionário, praticar uma espécie de acelerada interpretação evolutiva da constituição, com o fim de fazer um uso alternativo da mesma. Uma interpretação que

⁵ Bachof. “O Estado de Direito e Poder Político: Os Tribunais Constitucionais Entre o Direito e a Política”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, vol. LXV, 1980, p.12.

seja o contraponto daquela que, em dado momento, inspira a *práxis* político-constitucional daqueles que estejam no poder.

Pergunta-se, neste contexto, se o juiz pode atuar de forma discricionária, ao interpretar a constituição. Em primeiro lugar, verifica-se que a interpretação constitucional realiza uma função política, baseada em valorações políticas, que respondem a questionamentos também políticos, nascidos da ambigüidade das disposições constitucionais.

Para aclarar a indeterminação que caracteriza muitos dos dispositivos constitucionais, o intérprete terá que, em alguns casos, *reescrever* a norma para poder aplicá-la. Assim, afirmam os doutrinadores espanhóis, que há campo para o exercício da discricionarieidade pelo intérprete da Constituição, sob um tríplice fundamento: a) a elasticidade das disposições interpretadas; b) os fins que a hermenêutica constitucional pretende; c) a situação do objeto da interpretação colocado no escalão mais alto da pirâmide normativa.

Logicamente se discricionarieidade há, ela não é ilimitada, primeiro porque os resultados da interpretação constitucional não devem perder seu essencial traço jurídico, segundo porque a própria subjetividade da interpretação não poderá, de forma alguma, implicar em arbitrariedade.

Para afastar o perigo destes extremos, podem ser adotados métodos específicos. O mais conhecido deles é o da redução do objeto interpretando: as chamadas *political questions*, que estariam fora do poder de apreciação dos magistrados.

De qualquer maneira, seja qual for a postura adotada, o controle da constitucionalidade é e permanecerá sempre como uma função essencialmente jurisdicional. O fato de que - no exercício desse controle - as decisões judiciais acabem por ter um notável alcance político não invalida o afirmado.

3. O NOVO PAPEL DO MAGISTRADO

Por fim, resta deixar consignadas algumas palavras sobre o novo papel político-social dos magistrados, no mundo atual.

Realizar a vontade geral e abstrata da lei na resolução da lide resumiu, tradicionalmente, a função do juiz. Para este, julgar era dar ao conflito a solução firmada na lei.

Atualmente, tal concepção restritiva da atuação e dos poderes do magistrado não mais corresponde ao papel que este deve assumir nas modernas democracias.

A chamada crise da magistratura, crise do Judiciário representa muito menos um questionamento sobre a instituição e muito mais uma transformação da concepção tradicional da função de julgar, tal como herdada dos tempos da Revolução Francesa.

O juiz não é nem um autômato, nem um mero aplicador das leis. Ele firma o conteúdo da norma que o legislador - muitas vezes deliberadamente - se absteve de precisar.

Este papel criativo e fecundo que o magistrado assume é particularmente importante no âmbito dos chamados conceitos indeterminados, que terão seus significados resgatados pelo juiz, inspirando-se este, muito constantemente, em considerações de ordem extrajurídica como os usos e costumes e os dados sociológicos e econômicos que circunscrevem a realidade expressa no processo.

O crescimento da utilização de conceitos indeterminados nos textos legais confere aos juízes um maior poder no aplicar as leis, na solução dos litígios, como também ocorre sempre que os magistrados devam integrar as lacunas normativas.

A patologia de uma normatividade oscilante entre a inflação legislativa em determinados setores e a inatividade em outros, aumenta - por via transversa - o poder do juiz.

As várias formas de inatividade do legislador representam uma das principais causas do alargamento da ação do Poder Judiciário - a *supplenza giudiziaria* -, referida pelo direito italiano. Acresce que, como já assinalado, certas técnicas legislativas privilegiam disposições elásticas, flexíveis e esfumadas em seu conteúdo, as quais acabam por delegar ao juiz opções, que o legislador não pode ou não quer operar. Desta forma, o processo tende a se tornar um espaço importante de justiça distributiva.

A lei cessa de ser para o juiz a diretiva que ele se limita a seguir, sem qualquer possibilidade de adaptação. Ela não o constrange mais, eis que diante das normas pode o magistrado eleger aquela que considere mais adequada para a defesa dos interesses que julgar devam prevalecer e entre as interpretações possíveis se utiliza daquela que melhor compõe o caso concreto.

O esquema redutor da atividade jurisdicional está largamente ultrapassado. O sonho revolucionário de 1789, de equivaler a razão jurídica à matemática, esfumou-se. Denunciando os efeitos limitadores do formalismo positivista, a doutrina jurídica de fins do século XIX e século XX sublinha

a necessidade de abertura do Poder Judiciário para a realidade social. Esta abertura, segundo palavras do Prof. Jacques Lenoble⁶, atingirá, em seu avanço cético ou realista, a meta da coincidência entre a definição do direito e a decisão do juiz.

Ninguém mais coloca em dúvida, na atualidade, que os juízes dispõem de um real poder criador e, de outra parte, que o trabalho do magistrado não é constrangido por um conceitualismo e um literalismo rígidos, nem por um funcionalismo teleológico ou sociológico, como pretendiam os defensores da Escola do Direito Livre, da primeira metade do século XX.

A função jurisdicional se posiciona de forma equidistante, entre o puro positivismo e o simples subjetivismo, percebendo a regra de direito como um ponto de partida, a permitir sua adaptação - ao ser contextualizada e aplicada - à realidade social.

Tanto a concepção mecanicista da operação de julgar, quanto sua total negação, que coloca o juiz em posição indefinida, completamente subjetiva frente ao Direito e à sua aplicação, serão abandonadas. Elas constituem deformações da atividade judicante. Esta deve ter a lei como moldura, mas a aplicação da norma deve levar em consideração os apelos do ambiente social, constantemente em mutação.

Ao juiz cabe dar um conteúdo concreto aos vetores normativos, quando da solução dos conflitos de interesse. A norma não tem mais um só e objetivo sentido, aprioristicamente redutível ao seu texto. Cabe ao magistrado atualizar e contextualizar permanentemente este sentido.

De oráculo, que permitia que a lei falasse por sua boca, o juiz passa a intérprete da norma, depositário da tarefa de clarificar a relativa indeterminação do sentido da lei e do dever de aplicá-la conforme um ideal de Justiça.

Caberá ao magistrado não apenas a função de dizer o direito, mas o dever de reconstruí-lo na análise do caso concreto, determinando seu sentido. Entre os fatos e a norma não mais prevalece uma relação de subsunção, mas outra de diálogo construtivo.

O juiz contemporâneo é um agente transformador do direito, porque o ideal de Justiça concreta sofre modificações, de acordo com a conjuntura histórica, social e econômica e ele tem que procurar dar conta de tais alterações. Não basta portanto, como afirma a Professora Carmem Lúcia

⁶ LENOBLE, Jacques. **La Crise du Juge**, Bruxelas: Story Scientia, 1990, p.141.

Antunes Rocha⁷, que ele seja um grande conhecedor do direito: é preciso que ele participe ativamente da sociedade em transformação, na qual exerce seu papel político. Deve ser integrador das leis e não escravo destas. Estar comprometido com a justiça material e não com a lei formal. Sua ligação maior é com a Justiça: não é por acaso que esta casa se chama Tribunal de Justiça e não Tribunal de Leis.

No desempenho de sua tarefa o juiz deve estar atento à sociedade, deve auscultá-la sem, contudo, se submeter a ela. Não se admite um juiz subserviente quer aos que estão em posição hierárquica superior a ele, quer aos representantes de outros poderes, quer aos meios de comunicação de massa e quer aos cidadãos, poderosos ou não.

Deve estar no meio social, senti-lo (sentença tem sua origem etimológica ligada ao verbo sentir), mas manter sua independência. O mito da neutralidade já referido deve ser afastado, pois que ninguém é neutro, todos possuem sua própria visão cósmica, suas convicções, suas crenças e ideologias e com este cabedal de pré-conceitos é que se examina o processo.

O magistrado deve lembrar-se que não há Justiça que paire acima dos conflitos, só há Justiça comprometida com os conflitos, quer no sentido de manutenção destes quer no sentido da transformação dos mesmos.⁸

Conforme lição de Galeno Lacerda⁹ acima da lógica formal de um processo abstrato e morto pairam as exigências da vida, a encher de sangue e calor o instrumento real de justiça e de afirmação da consciência do juiz.

O Judiciário, neste novo século, não se reduzirá a uma instituição tecnicamente bem preparada, que mecanicamente aplica as leis. Ele surgirá como o produto de uma dinâmica interação entre as várias instâncias sociais, renovada diariamente, que vivifica seus valores e ideais, em busca da consecução do Justo.

A Justiça, que passa a ser vista como um serviço público criado para o cidadão, não pode ser distante, refugiada em tecnicismos e formalismos estéreis, apenas intelegíveis a iniciados. Deve, ao contrário, ser próxima, transparente, compreensível e democrática. Mas não só. É preciso que faça parte do cotidiano dos cidadãos, que estes a percebam e a seus agentes, os magistrados, como garantes do cumprimento das leis e da constituição,

⁷ Rocha Carmem Lucua, *In* Obra. Citada, p. 64.

⁸ Aguiar, Roberto, **O que é Justiça**, Ed. Alfa Ômega, p. 116.

⁹ Lacerda, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Rio de Janeiro, Ed. Forense, p. 86.

autênticos mantenedores e construtores do processo evolutivo da história e da civilização.

O mais relevante papel social e político do magistrado está na sua independência frente ao processo. Deve velar pelas liberdades públicas, pelo respeito aos direitos humanos, pela preservação das instituições democráticas, pelos valores da ética, dignidade, justiça social, em observância aos preceitos constitucionais dos quais é guardião. ◆

MERCOSUL: DIREITO, JURISDIÇÃO, CIDADANIA E DEMOCRACIA

ANTÔNIO RULLI JÚNIOR

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

INTRODUÇÃO

A EMERJ, através de seu Diretor-Geral, Desembargador Manoel Carpena Amorim, realizou, com grande sucesso, no período de 1 a 4 de dezembro de 1998, a 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana, na Cidade de Petrópolis.

O trabalho tem seus frutos, alcançando objetivos e motivando as demais Escolas da Magistratura para o tema, atravessando as fronteiras e solidificando laços com os nossos Colegas latino-americanos e posso proclamar que já estamos no V Encontro do Mercosul, com cinco Revistas publicadas pelas nossas Associações de Magistrados, o último realizado em agosto de 1999, na Cidade de Porto Seguro, Bahia. Os Encontros tiveram sempre a presença dos colegas dos Países vizinhos: Argentina, Paraguai, Uruguai, Chile, Bolívia e Peru.

Comemoramos os 500 anos de descobrimento do Brasil e estamos na virada do milênio. Os movimentos milenaristas, pouco ou nada têm a ver com data ou marco para a solução dos problemas do homem. O milênio é apenas uma expectativa de travessia e redenção para vencer os obstáculos que são as amarras da sociedade.

É um tempo simbólico de mudanças, *mas que exige fé*.

O Mercosul – Mercado Comum do Sul – é um bloco dentro de um espaço de integração sub-regional, com objetivos econômicos, que se originou em 26 de março de 1991, do Tratado de Assunção, firmado pela República Federativa do Brasil, República Argentina, República do Paraguai e República Oriental do Uruguai.

É a superação dos limites das fronteiras geográficas, com a criação do nosso espaço de integração, o nosso palco histórico, com condições

para a formação de uma cidadania comum e integrada por um Tribunal Supranacional e um Parlato, não como um desafio de hegemonia ou de dominação, mas como um desafio de cooperação e otimização de recursos por meio de integração comercial, energética e política, com o fortalecimento das instituições democráticas.

Aprendi com o Desembargador Carpena que *é preciso ter fé e trabalhar duro para a realização dos nossos sonhos.*

CONCEITO DE ESPAÇO DE INTEGRAÇÃO NO DIREITO COMUNITÁRIO

É certo que as nações modernas têm interesse na integração, com o livre fluxo de pessoas, mercadorias, capitais e serviços. Em março de 1991 foi assinado o Tratado de Assunção (Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai)¹.

O Mercosul iniciou-se como simples união aduaneira, com evolução para a formação de um mercado comum e, finalmente, para a criação de uma comunidade.

A viabilização desse novo espaço de integração tem como fundamento o direito comunitário. Um novo direito cujas características o diferenciam do direito internacional clássico e do direito interno dos Estados Membros.²

Constitui-se, assim, como um ramo da ciência jurídica e, portanto, como conjunto de normas coercitivas, cuja aplicação produz efeito obrigatório entre os sujeitos partes da relação jurídica criada pelo direito comunitário.

A partir da década de cinquenta, motivados pelo idealismo de Bustamente, tivemos vários projetos, aproveitando o sistema estatutário da Ibero-América, para constituir uma legislação uniforme e que possibilitaria um sistema jurídico simétrico e homogêneo. Ex. o Código Penal Tipo para a América Latina, Código de Processo Tipo, Código Tributário Tipo e, em andamento, o Código do Trabalho Tipo.

¹ MAUREN LENI DE ROQUE, Profª. Dra. da Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo, “Tratado de Assunção e Estrutura do Mercosul”, in **Revista da Faculdade de Direito da Unifmu**, São Paulo, ano 10, nº16, 1996, co-edição APAMAGIS, pp.171-178.

² BONIFACIO RIOS AVALOS, Ministro da Suprema Corte de Justiça do Paraguai e Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nacional do Paraguai e da Universidade Católica de Assunção, “El Comunitarismo y el Mercosur”, in **Revista da Faculdade de Direito da Unifmu**, São Paulo, ano 10, nº16, 1996, pp.278-291.

Portanto, o direito comunitário se afasta daqueles conceitos e características das organizações clássicas e daquelas de natureza de estado nacional e de estado federal.³

A experiência europeia nos mostra que o direito comunitário, no processo de integração, não poderia resolver validamente os problemas das relações jurídicas entre as diferentes ordens jurídicas, sem abandonar o conceito de soberania nacional indivisível, impondo-se uma concepção dualista, ou seja, a aceitação do exercício conjunto da norma comunitária mediante a transferência de certas competências a uma organização.

Percebe-se ser indispensável a criação de mecanismo que assegure o cumprimento das obrigações contraídas pelos Estados Membros nos tratados constitutivos.

A integração, na verdade, depende de vontade política dos Estados.

O processo de integração é novo e se diferencia das organizações internacionais onde a preocupação é a coordenação e cooperação.

A limitação voluntária dos direitos soberanos é o fundamento do direito comunitário, derivado de seu caráter e natureza supranacional.

A Constituição da Argentina de 1994 prevê a criação de Órgãos Supraestatais (artigo 75, inciso 24: - *“Aprovar tratados de integração que deleguem competência e jurisdição a organizações supraestatais em condições de reciprocidade e igualdade, que respeitem a ordem democrática e os direitos humanos. As normas editadas, em consequência, têm hierarquia superior às leis”*), enquanto que a Constituição do Paraguai de 1992, em linguagem mais atual, prevê a criação de Órgãos Supranacionais (artigo 145: - *A ordem jurídica supranacional é um progresso dentro do conceito da solidariedade do homem e da humanidade; é uma forma de estabelecer parâmetros no qual o homem deixa de lado o nacionalismo para se inserir numa ordem internacional em que os direitos humanos sejam reconhecidos como de caráter internacional - “A República do Paraguai, em condições de igualdade com outros Estados, admite uma ordem jurídica supranacional que garanta a vigência dos direitos humanos, da paz, da justiça, da cooperação e do desenvolvimento, no político, econômico, social e cultural”*).

³ MARTHA LUCIA OLIVAR JIMENEZ, Professora do Curso de Mestrado em Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, “La comprensión del Concepto de Derecho Comunitario para una verdadera integración en el cono sur”, *Revista da Faculdade de Direito da Unifmu*, São Paulo, ano 10, nº16, pp.101-147 e FRANCISCO PEDRO JUCÁ, *Possibilidade de um Parlamento Latino-Americano vinculado ao Mercosul*, na mesma *Revista*, pp. 39-92.

O Brasil e o Uruguai não têm esta previsão.

A legitimidade desta nova ordem jurídica se apóia no exercício de competências próprias dos Estados e que são transferidas para órgãos comunitários (Ex. Tribunal de Justiça Supranacional, Parlamento Supranacional, entre outros), abandonando-se, assim, o conceito de soberania nacional indivisível.

Não se trata de uma delegação de exercício de certos poderes, é uma limitação definitiva de certas competências. Esta limitação ganha relevo pelas possibilidades que os órgãos comunitários têm de exarar normas obrigatórias. Estes poderes são exercidos de forma conjunta, de tal maneira que os sujeitos dessa nova ordem jurídica não são os Estados, como no Direito Internacional clássico, senão e também os indivíduos desses Estados que passam a estar estreitamente vinculados ao processo de integração, porque as normas comunitárias os afeta diretamente, sem a necessidade da intervenção das autoridades estatais.

Entendo que para expressar essa tendência expansionista, tanto no plano quantitativo, quanto no qualitativo do serviço jurisdicional (sentido horizontal e sentido vertical), separando o conceito da universalidade da jurisdição, no âmbito do direito internacional e no âmbito do direito constitucional, que indica a soberania interna absoluta do Estado Nacional Brasileiro, como entrave para a criação do Órgão Supranacional no Mercosul, e, assim, falta de vontade política para se criar o direito comunitário.

Há uma certa resistência em se formar no Mercosul um direito comunitário e os órgãos desse novo espaço de integração. Não devemos nos esquecer que o Tratado de Assunção criou em 1991 uma zona de livre comércio, uma união aduaneira, havendo necessidade de se ajustar a legislação dos países formadores para as matérias comuns, como interesses difusos (meio ambiente e consumidor), direito de concorrência, direito do trabalho, direito previdenciário, direito tributário e outros ramos do direito que afetarão o ordenamento jurídico dos países que integram o Mercosul e os outros que já demonstraram a intenção de integrar o cone sul (Chile, Bolívia, Peru). Há sugestão para a criação de órgão comunitário em matéria jurisdicional e já tivemos, anteriormente, a experiência do Pacto Andino, criando um Tribunal Supranacional⁴.

⁴ VICENTE MAROTTA RANGEL, “Solução Pacífica de Controvérsias no Mercosul: Estudo Preliminar”, *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, 1998, edição especial, pp.102-126.

A tendência hoje no Mercosul é a harmonização da legislação dos Estados Membros. Ex., meio ambiente e consumidor.

No Brasil os tratados internacionais devem se ajustar às leis internas, como acontece com o Pacto de San José da Costa Rica⁵, porque temos o princípio da universalidade da jurisdição, de tal sorte que o nosso sistema é de soberania interna absoluta em matéria jurisdicional. Precisariamos ceder parte de nossa competência para a criação de órgãos comunitários, modificando o inciso XXXV, do artigo 5º, da CF. O Brasil adota política de integração latino-americana (CF, artigo 4º, parágrafo único).

Na Europa não foi fácil a criação do direito comunitário, evolução que demandou muito tempo, tendo início com a Comunidade do Carvão e do Aço, em 1938, culminando com o Tratado de Roma, em 1950. Na França se debateu a questão da *salvaguarda da soberania nacional*, na Alemanha a *proteção dos Direitos Fundamentais* e na Itália se discutiu a *proteção da inalienabilidade e das competências comunitárias*.

No Mercosul o processo em evolução mostra que as dificuldades a serem superadas não são da mesma ordem da Comunidade Européia e, em termos de tempo, temos a nosso favor a proximidade dos sistemas jurídicos de natureza de direito estatutário, ao lado dos grandes juristas que sempre existiram em nosso meio.

As superações dos problemas de ordem econômica ajudarão em muito na criação do direito comunitário entre nós, ao lado da vontade política.

A integração se baseia na *solidariedade* entre os Estados Membros e no conceito de supranacionalidade.

NATUREZA E CARACTERÍSTICA DO DIREITO COMUNITÁRIO

Ao considerar a natureza do direito comunitário, devemos distinguir a extensão de sua atuação e questionar inquietações. Quais as áreas de atuação das normas jurídicas comunitárias? Quais os sujeitos do direito comunitário? Qual a natureza da relação jurídica comunitária? Qual o órgão de aplicação do direito comunitário?

Estes aspectos são importantes ao se analisar o significado de jurisdição e competência, porque esta nova circunstância, se por um lado representa uma restrição à soberania, no seu sentido clássico, por outro lado, representa

⁵ ANTONIO CARLOS VIANA SANTOS, "Tribunal de Justiça Supranacional do Mercosul", *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, 1998, pp.195-207 e *in* Revista da Anamatra, Brasília, DF, fev/mar. 1997.

a soberania que se completa, se amplia, se potencializa diante da existência da comunidade, dando oportunidade à formação de uma cidadania comum.

Os Estados, como entidades jurídicas, com personalidade internacional, continuam exercendo um poder jurídico dentro de seu território e esta natureza é mantida pelos Estados e ao mesmo tempo participam com poder de decisão, dentro da nova ordem jurídica comunitária onde assumem, conjuntamente, responsabilidades que antes não tinham.

O direito comunitário reforça o Estado Democrático de Direito, sendo ramo autônomo, por ter objeto próprio e método próprio, cuja natureza e característica são *a solidariedade e a supranacionalidade*.

O seu objeto e método revelam os princípios:

1. *Legalidade*: decorre da lei a criação e organização dos órgãos comunitários, as funções e a outorga aos agentes da interpretação e aplicação das normas.

2. *Igualdade*: a igualdade entre os Estados é indispensável, evitando-se discriminação ou privilégio, com igual reciprocidade de direitos e obrigações.

3. *Solidariedade*: impõe o respeito às leis, buscando-se um equilíbrio entre as vantagens e desvantagens que surgem na comunidade. Impede que uma parte afronte as cargas que surgem e aquelas decorrentes da condição de sócio em relação à comunidade, o que reforça a idéia da jurisdição comunitária.

4. *Reciprocidade*: a integração se faz pela reciprocidade, porque os Estados integrantes reciprocamente delegam competências, observando-se o tratamento igual para os desiguais.

5. *Supremacia*: o direito comunitário deve prevalecer sobre as normas do direito interno e sua eficácia não pode variar de Estado para Estado, não admitindo atos internos que sejam incompatíveis com as normas comunitárias.

6. *Operatividade*: as normas comunitárias devem ser incorporadas de forma automática e obrigatória à ordem interna de cada Estado e não podem deixar de ser aplicadas em razão do direito constitucional. Os Juízes Nacionais devem aplicá-las, sem prejuízo da competência dos órgãos de julgamento da Comunidade.

7. *Direitos Humanos*: o respeito aos direitos humanos é fundamental e a sua proteção deve ser integral (CF, Art.5º, § 2º).

O nascimento do direito comunitário no Mercosul decorrerá de sua Constituição que tem como fonte geradora, o Tratado de Assunção.

Na verdade, o Tratado de Assunção é mais uma manifestação de propósitos do que propriamente uma Constituição de uma Comunidade. A partir deste Tratado foram assinados protocolos, resoluções e recomendações. Os mais importantes são: o Protocolo de Brasília de 26 de março de 1991, para a solução de controvérsias entre os Estados Partes, estabelecendo procedimento para pôr fim às diferenças entre os Estados do Mercosul, e no caso de particulares a regulamentação se mostra escassa, e o Protocolo de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994, que é um protocolo adicional ao Tratado de Assunção, tem por objetivo estabelecer o mecanismo de funcionamento do processo de integração, mediante estrutura organizacional da nova entidade, criando os órgãos do Mercosul. O Protocolo de Las Leñas, permitindo caráter executório às Cartas Rogatórias, entre outros.

Estes aspectos trazem como consequência a necessidade de *harmonização* da legislação dos Estados Partes, sendo necessário definir a área do direito a ser unificada e uniformizada e o processo como deve ser desenvolvido.

A uniformização é, ainda, uma utopia.

Uma lei uniforme deve corresponder a uma razão de real necessidade, para que os países incorporem em seu ordenamento interno essa uniformidade, não devendo abordar objetos novos e dos quais nem todos tenham a mesma experiência, ou temas polêmicos que impliquem princípios controvertidos.

A última fase para se chegar ao direito comunitário é a unificação de legislação entre os Estados Partes, criando-se um órgão de interpretação jurisdicional (Tribunal de Justiça Supranacional) e um órgão encarregado de legislar (Parlatino).

No Mercosul o mais viável, hoje, é a harmonização da legislação de forma gradativa, nas áreas de interesse comum e de real necessidade: direito do consumidor, ambiental, trabalhista, previdenciário, tributário, comercial, entre outros, aproveitando as experiências anteriores de Códigos Tipos e das Organizações que já existiram entre nós: Alalc, Aladi etc. e os aspectos positivos do sistema estatutário.

VIABILIDADE ATUAL DO ESPAÇO DE INTEGRAÇÃO

No direito brasileiro a adoção de um sistema de direito comunitário encontra resistência. A aprovação dos tratados segue o mesmo processo no Congresso Nacional para a elaboração das leis e é de todos nós conhecida.

A viabilização do direito comunitário entre nós ainda está distante.

Divide-se a opinião dos juristas: aqueles que entendem que os acordos que têm por base as normas constitucionais são válidos (Hildebrando Accioly, Francisco Rezek, Levi Carneiro) e aqueles que negam essa condição, porque a Constituição impõe a aprovação legislativa a todo acordo internacional em que o Brasil seja parte contratante (Haroldo Valladão, Marotta Rangel, Pontes de Miranda, Afonso Arinos, Themistocles Cavalcanti e Carlos Maximiliano).

O exemplo mais recente diz respeito ao Pacto de São José da Costa Rica (Declaração Americana dos Direitos Humanos), tendo o Supremo Tribunal Federal entendido que o Tratado ratificado pelo Brasil se submete ao direito interno (**Habeas Corpus nº73.151-1, Rio de Janeiro**), no caso de alimentos ou de depositário infiel, *prisão administrativa*, por dívida civil, abolida no referido Tratado e mantida no nosso sistema legislativo interno.

O direito comunitário tem um significado importante no espaço de integração, porque impede a formação de normas somente no nível econômico, abrangendo com mais propriedade o ético, o cultural e o social, com vistas à formação de uma cidadania comum entre os povos do Mercosul.

Até agora, muitos já o disseram e com maior talento do que eu, temos vivido um processo de integração com dois traços fundantes: o empuxo econômico, porque é o comércio internacional que vem fazendo andar o Mercosul, e a gerência intergovernamental do sistema, pois que tudo gira em torno de funcionários dos governos dos Estados membros e a utilização do instrumental jurídico vem sendo aquele do Direito Internacional tradicional ou clássico.

É fato que o que se defende significa e acarreta enfrentar numerosos e complexos problemas, tanto jurídicos, quando mais especialmente políticos, tanto internos como externos. Igualmente o é que o Mercosul tem produzido avanços em velocidade histórica infinitamente maior do que qualquer outra experiência conhecida, do que é exemplo a União Européia, cujos primórdios datam do fim da segunda guerra, portanto, de meados da década de quarenta, e aí vai meio século entre a Comunidade do Carvão e do Aço, e, um pouco menos, do Tratado de Roma até o de Maastricht, enquanto que aqui entre nós, menos de uma década tem sido suficiente para avanços realmente notáveis.

Tanto é assim, e tanto está sendo vitoriosa e estimulante a experiência ibero-americana de “blocagem regional estratégica”, que o Mercado Co-

num do Sul tem provocado reações vigorosas de outras nações ricas e de economia central, e, seguindo a esta reação, se vem desenvolvendo processo de composição e convivência razoável, mesmo que seja curvando-se àquilo que Bismark chamou de *realpolitik* (a lei do mais forte).

Fora esta *blocagem regional* que vivemos, ocupando este espaço de integração que constituímos, um equívoco de interpretação geopolítica, fadado a perder substância ao longo do tempo, que aconteceu com diversas outras tentativas integracionistas entre nós (Alalc, Aladi, Pacto Andino, entre inúmeras outras), não haveria esta reação forte do primeiro mundo, logo acima do equador e, também do mesmo primeiro mundo, do outro lado do oceano, *a busca pela parceria e cooperação mais intensas e substanciosas*.

O nosso desafio maior, a tarefa que a história nos impõe de agora, é a construção e consolidação do Mercosul, o que a nosso ver significa a sua *institucionalização*, a organização de instituições supranacionais, a elaboração de uma outra órbita jurídica, a comunitária, e de uma outra, a cidadania, a regional, maior do que a nacional e não conflitante com ela.

Eis aí a oportunidade ímpar de protagonizar nossa própria história que nos é oferecida, incumbe-nos aceitar e enfrentar o desafio de vivenciar este rico momento, e produzir o legado de que somos depositários, transmitindo aos pósteros o ideal acalentado desde as nossas origens, integrante indissociável de *nuestra latinidad*, que nos unifica como sociedade, como comunidade de *nuestra América*.

Devo começar a examinar alguns conceitos que são especialmente úteis, necessários até, para a compreensão das propostas que ousarei fazer adiante.

SOBERANIA

Início pelo conceito de soberania que se identifica como a caracterização da natureza do Estado Nacional. O primeiro Estado Nacional a surgir foi a Áustria e o segundo foi Portugal. A soberania se identifica com a “*propriedade do poder ou o poder sobre o poder*”⁶.

Os espaços de integração têm sido idealizados através de bases econômicas, mas é imprescindível que não fiquem fora do social, do jurídico

⁶ MILTON CAIROLI, “El papel de la justicia en el Mercosur”, *Revista da Faculdade de Direito das F.M.U.*, Série Internacional, São Paulo, 1996, ano 10, nº 16, pp. 219 e seguintes, co-edição APAMAGIS.

e do político⁷, sendo necessária uma regionalização fundada em marco de maior amplitude do que as nossas próprias fronteiras.

Soberania é sinônimo de Estado Nacional e dentro do contexto de integração apresenta suas limitações, necessitando de um direito harmonizador da realidade do Mercosul, ou seja de um Direito Comunitário.

A globalização ou mundialização é caracterizada por processo onde o capital e a tecnologia das grandes empresas transnacionais atuam sem considerar as fronteiras dos Estados Nacionais. O objetivo é evidente na obtenção de maiores lucros em investimentos realizados nos mercados financeiros, o que torna difícil a afirmação do próprio capital ou tecnologia nacionais.

O conceito de soberania se identifica com a caracterização da natureza do Estado e diz respeito à *propriedade do poder ou o poder sobre o poder*, na feliz expressão do Ministro Milton Cairolli.

É o poder absoluto de mando incontestável e definido por Bodin (**De la République**, 1576) como *um poder que não tem sobre si nenhum outro e esse poder supremo, **summa potestas**, é o poder soberano*. Onde houver poder soberano haverá Estado. Bodin, entretanto, considerou o poder em relação à sociedade sob o aspecto da esfera pública e da esfera privada.

A sociedade civil tem nas suas relações econômicas a regra permanente de escapar ao controle do poder do Estado. Bodin estabelece a distinção entre sociedade das pessoas privadas, regulada pelo direito privado, ou seja um direito que se aplica a iguais, e a sociedade política, regulada pelo direito público, idéia formadora do Estado Moderno.

Portanto, *poder absoluto não significa poder ilimitado*, daí porque a soberania jurisdicional no direito constitucional brasileiro se apresenta como soberania interna absoluta de universalidade (Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXV), porque a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

DIREITO COMUNITÁRIO E DIREITO NACIONAL

A relação entre uma ordem jurídica comunitária e o direito nacional se constitui no aspecto funcional da soberania, daí nascendo o direito comunitário com a cessão ou delegação de parte do poder absoluto da soberania de cada Estado membro aos órgãos comunitários.

⁷ Idem, ibidem, p. 217.

O direito de integração é um direito distinto do direito internacional e do direito interno dos Estados Nacionais que formam a comunidade.

O direito comunitário não se opõe ao direito nacional, porque não o derroga expressa ou tacitamente, não havendo hierarquia sobre elas, apenas prevalência da norma comunitária.

ESTADO NACIONAL E DIREITO INTERNACIONAL

Com a formação dos primeiros Estados Nacionais, na Áustria e em Portugal, foram sendo solucionadas as dúvidas sobre a aplicação de regras locais em relação aos estrangeiros nas disputas comerciais e mercantis.

A *lex mercatoria*, fundada nos usos e costumes locais e não escritos, adotada por comerciantes das diversas localidades que acorriam aos grandes mercados, deixou de ser aplicada gradativamente, sofrendo as relações comerciais disciplina jurídica e legal do direito interno de cada país⁸.

Na verdade, o Estado Nacional tinha como preocupação a relação entre Estados e pouca preocupação com a atividade mercantil e comercial entre as pessoas, ou seja, a preocupação era basicamente com o Direito Internacional Público.

Outra celeuma era com a aplicação do direito natural e do direito das gentes na relação entre os Estados soberanos, seguindo as teorias do século XVI de Suarez (*Jus naturale*) e Vitória (*Jus gentium*) e, como não se tratava de direito escrito, o costume foi a primeira fonte das relações entre Estados e entre estes e o particular, nacional ou estrangeiro, o que levou Grotius, no século XVII, à idéia da igualdade jurídica dos Estados, em sua obra **De Jure Belli ac Pacis**.

Assim, as leis de cada Estado aplicam-se dentro do seu território e aos seus súditos, incluindo os estrangeiros, formando-se a idéia do princípio da territorialidade.

A lei estrangeira só era aplicada quando permitida pela lei nacional, admitida a *comitas gentium* e a necessidade da justiça o determinasse.

Mas, a partir do Tratado de Westáflia os costumes começaram a ser substituídos, assumindo o Tratado a primazia entre as fontes do direito.

No século XIX, o norte-americano Story deu um passo na criação do Direito Internacional Privado ao estabelecer normas para a solução dos conflitos de jurisdições e o reconhecimento do direito dos estrangeiros, em

⁸ Idem, ibidem, p. 221.

substituição ao *comitas gentium*, como fundamento para a aplicação de leis estrangeiras em território nacional, conforme fora propugnado pelos holandeses Huber e Rodenburg, no século XVII, como noção de “boa justiça” a aplicação de lei estrangeira⁹.

Savigny, jurista alemão, no século XIX, contestou os princípios territorialistas, acompanhando Huber e Story, sustentando as bases de “uma comunidade de direitos dos povos”¹⁰, conceito ampliado pelo holandês Jita, no final do século passado, como sendo “a comunidade jurídica dos povos”, noção que prevalece até hoje, estabelecendo as fontes e os métodos do Direito Internacional Privado.

A perspectiva de universalidade do Direito Internacional Privado se torna conseqüência do *ius gentium*, tendo como fontes os Tratados e as Convenções Internacionais.

Cada Estado Nacional incorpora em seu ordenamento jurídico interno os princípios do Direito Internacional Privado e as suas fontes serão a lei, o costume, a doutrina e a jurisprudência dos tribunais internos.

Os universalistas entendem a possibilidade da uniformização das normas de Direito Internacional Privado, através dos Tratados e das Convenções, mas, os particularistas não acreditam na uniformização porque os direitos internos são diversos entre si.

Em nossos dias, há um movimento de unificação que não pode ser negado, como exemplo, temos a Lei de Genebra.

Outro exemplo é o **Tratado de Havana** (1928), conhecido como **Código Bustamante**, inclusive ratificado pelo Brasil, que procura a uniformização de critérios dos Estados Americanos na determinação da lei aplicável¹¹.

Há, ainda, a tendência de legislação comum entre nós, como nos dá conta o Código Penal Tipo para a América Latina, o Código Tributário Tipo ou o aspecto da integração institucional, em matéria processual, como apregoado na publicação do Código de Processo Civil Modelo para a Ibero América, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, publicado em Montevidéu, em 1988, cujo objetivo é a integração para melhorar a imagem da Justiça na América Latina, enormemente deteriorada e para que sirva de maneira mais eficiente à nossa comunidade e permita a imperiosa

⁹ JETE JANE FIORATI, “As inovações no direito internacional privado brasileiro presentes no projeto de lei de aplicação das normas jurídicas”, **Revista de Estudos Jurídicos**, Unesp, Franca, 1996, Ano 1, nº 1, pp. 119/159

¹⁰ Idem, *ibidem*.

¹¹ Idem, *ibidem*.

necessidade de integração.

No Congresso de Magistrados do Mercosul, em Santa Catarina, realizado em novembro de 1996, se concluiu pela necessidade da criação do Código do Trabalho Tipo para o Mercosul. Estes esforços já justificam a criação entre nós de um Instituto de Direito do Mercosul, Instituto de Direito Europeu, entre outros, permitindo estudo comparado, para permitir maior aproximação dos sistemas jurídicos.

O conflito de leis no espaço ou a aplicação de normas jurídicas de outros ordenamentos sobre uma situação jurídica se constitui em objeto do Direito Internacional Privado, aí incluídos o reconhecimento de sentenças estrangeiras, o conflito de jurisdições, a nacionalidade, a condição do estrangeiro e os direitos adquiridos¹².

No Brasil, a Lei de Introdução ao Código Civil (1942) dá tratamento específico ao Direito Internacional Privado e o atual Projeto de Lei nº 4.905/95 que substituirá a Lei de Introdução ao Código Civil, de forma específica, trata das questões conexas, como o reconhecimento de sentenças estrangeiras e dos direitos adquiridos no exterior, como a nacionalidade da pessoa física e a condição jurídica do estrangeiro, por não serem de ordem constitucional ou infra-constitucional¹³.

CONTRATOS INTERNACIONAIS E ESTADO NACIONAL

Os contratos internacionais se firmam sobre acordo de vontades de dois ou mais sujeitos de direito, daí decorrendo direitos e obrigações e que potencialmente estejam submetidos às normas provenientes de mais de um ordenamento estatal.

Destinam-se às finalidades econômicas do comércio internacional, tais como a produção e circulação de bens, serviços, capitais e tecnologia que têm como características a multiplicidade de Estados e ordenamentos jurídicos diversos, utilizando-se de tecnologia e de comunicação. Neste cenário torna-se difícil a menção ao capital ou tecnologia nacionais, ou mesmo a aplicação imperativa de leis nacionais a negócios internacionais¹⁴.

¹² Idem, *ibidem*.

¹³ Idem, *ibidem*.

¹⁴ PAULO BORBA CASELLA, *Mercosul - Exigências e Perspectivas*, LTr, São Paulo, 1996.

O Estado Nacional se valerá do princípio da autonomia da vontade como regra válida para a opção da lei aplicável aos contratos internacionais. São várias as Convenções Internacionais sobre a matéria (Artigo 3º da Convenção de Roma sobre Lei Aplicável às Obrigações Contratuais de 1980, o artigo 7º da Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável à Compra e Venda de Mercadorias de 1986 e o artigo 7º da Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável às Obrigações Contratuais de 1994, celebrada no México e assinada pelo Brasil também prescrevem que o contrato internacional será regido pelo direito escolhido pelas partes).

O artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil não permite a escolha da lei que regerá o contrato pelas partes, apenas permitindo a escolha do local onde celebrarão o contrato e, conseqüentemente, a lei a ser aplicada.

PROTOCOLO DE BRASÍLIA E SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Não há dúvida de que o Estado Nacional frente aos contratos internacionais deve rever seus princípios de solução para a aplicação da lei, com base na autonomia das vontades e, ainda, para o conflito de jurisdições.

O processo de integração do Mercosul tem a sua estrutura institucional definida pelo Protocolo de Ouro Preto (17/12/1994), etapa atual de Consolidação da União Aduaneira¹⁵.

O sistema de solução de controvérsias foi criado pelo Protocolo de Brasília (17/12/1991) e pode ser acionado por governos ou particulares, pessoas físicas ou jurídicas, contemplando etapas distintas. A primeira é aquela da negociação direta, a segunda é a intervenção do órgão executivo do Mercosul e a terceira é a *fase arbitral*. A garantia jurídica estaria alicerçada no mecanismo e no caráter obrigatório dos laudos arbitrais inapeláveis emitidos pelos Tribunais *ad hoc* do Protocolo de Brasília e tantos quantos forem necessários para a solução, caso a caso, dentro das controvérsias surgidas no âmbito do Mercosul.

Acentua José Botafogo Gonçalves (*in* “Os Tribunais do Mercosul”, **Gazeta Mercantil**, São Paulo, 15/08/96) que o coração do sistema existente tem sede na negociação entre os interessados, privilegiado que está este ponto no Protocolo de Brasília, inspirado, sugere, na factibilidade derivada da desnecessidade de “prévia instalação de estruturas burocráticas dispendiosas”, entendendo ser o existente um sistema democrático e acessível aos

¹⁵ Idem, *ibidem*.

interessados, apontando ainda, e negando que a segurança jurídica necessária seja possível somente através de uma Corte Permanente de Justiça, que “no Mercosul está assente no acesso facilitado ao referido mecanismo e no caráter obrigatório inapelável dos laudos arbitrais emitidos pelos diversos Tribunais *ad hoc* do Protocolo de Brasília, tantos quantos forem necessários para a solução, caso a caso, das controvérsias surgidas no Mercosul”.

Cabe, aqui, refletir, como já se disse antes, que toda a estrutura do Mercosul tem sido concebida como intergovernamental, na verdade, tudo tem girado em torno dos governos dos Estados Partes, donde seu ritmo, sua amplitude tem sido enfocados sob o ângulo governamental, com certa sujeição às injunções e circunstâncias eventuais das políticas internas, especialmente econômicas.

Neste particular devo destacar dois pontos relevantes. O primeiro diz respeito à adoção da técnica de Tribunais *Ad Hoc*, organizados e concretizados “caso a caso”, rompendo frontal e violentamente com o princípio do juiz natural, que é historicamente imperante no sistema brasileiro, cuja Constituição veda, expressamente, a criação de “tribunais de exceção” (art. 5º, XXXVII, da Constituição Federal). O outro, é a inapelabilidade das decisões, que igualmente rompe com o princípio da recorribilidade, do duplo grau de jurisdição.

Convém, ainda, destacar que estes dois pontos são complicadores do sistema, muito especialmente no que respeita ao ordenamento jurídico brasileiro.

Tratarei do assunto mais especificamente adiante, mas, posso antecipar, ilustrativamente, que as decisões irrecorríveis, tão defendidas, vêm em direção totalmente oposta às colocações feitas no âmbito interno. Veja-se, quanto se defende, internacionalmente, a adoção de decisões irrecorríveis e de instância única, sem dúvida que se agiliza a solução, mas, convenhamos, se trata de medida de natureza processual e, entre nós, sempre que se cogita de agilizar a justiça, não se envereda pelas providências processuais, antes ao contrário, se imagina em alterações ilógicas na estrutura.

Tenho presente que o prosseguimento da integração internacional que o Mercosul representa imporá, de maneira progressiva, a adaptação das Constituições dos Países Membros, de forma a acolher a *soberania compartilhada* necessária a operar no espaço de integração.

Todavia, estas adaptações necessárias não podem significar *ipso facto* ruptura brusca e radical com a tradição jurídica de cada qual deles, e nem ensejar problemas significativos no plano interno, como é o caso da não-institucionalização do Mercosul, e a negação de Corte de Justiça Permanente, que, no caso brasileiro, significa retrocesso da Cidadania, pois ter-se-á, então, brasileiros de duas categorias, ou pelo menos relações jurídicas de duas categorias.

No primeiro caso, as relações estritamente internas, solucionadas pelo Direito Interno, em que estarão respeitados os princípios do Juiz Natural e do Duplo Grau de Jurisdição, e, no segundo, aqueles em que a decisão emana de Tribunal *Ad Hoc* e é de instância única.

Na verdade, há subjacente a violação de outro princípio constitucional brasileiro, nas suas relações com o Direito Internacional, porquanto nossa Constituição estabelece como princípio implícito que se incorporarão ao sistema interno as normas de direito internacional que ampliem direitos e valorizem a pessoa (art. 5º, § 2º, da Constituição Federal), e, neste caso, temos exatamente o oposto.

PROTOCOLO DE LAS LEÑAS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em recente julgado do Supremo Tribunal Federal, na **Carta Rogatória de nº 7.899-7**, da República da Argentina, em que foi Relator o Eminentíssimo Ministro, CELSO DE MELLO (**Diário da Justiça, D.O.U.**, de 1º de Agosto de 1997, nº 146, Seção 1, pp. 33528/9), entendeu-se que com o “**Protocolo de Las Leñas** - *unicamente* aplicável às relações interjurisdicionais entre os Estados subscritores do Tratado de Assunção e integrantes do Mercosul - tornou-se possível, *mediante simples carta rogatória*, promover a homologação e execução *em nosso País*, de sentenças proferidas pelos órgãos judiciários da Argentina, Paraguai e Uruguai” (pp. 33528).

Ensina o Preclaro Ministro, com base na jurisprudência do Pretório Excelso, que “*sempre se entendeu que as cartas rogatórias executórias são insuscetíveis de cumprimento no Brasil* (RTJ 72/659-667...), por ser princípio fundamental do direito brasileiro sobre rogatórias *o de que nestas não se pode pleitear medida executória de sentença estrangeira que não haja sido homologada pela Justiça do Brasil* (RTJ 93/157...)”. E continua, “A Carta Rogatória é a solicitação de autoridade judiciária estrangeira para a autoridade judiciária brasileira, ou vice-versa, tendo por objeto a realização de um ato processual relativo a um pleito. A carta pode ter por escopo a citação,

intimação, notificação, inquirição, exames etc... Na tradição do direito brasileiro, inspirada no princípio da cooperação judiciária internacional, sempre se acolheu a Carta Rogatória com a finalidade de citação ou inquirição. Isto já vem do Aviso nº 1, de 1º de outubro de 1847, *contanto que fosse desprovida de caráter executório*. Ora, a jurisprudência desta Corte é pacífica em conceder **exequatur** à Carta Rogatória de intimação, porque ela *não requer a prática de qualquer ato de execução* (RTJ 103/536...)...Em regra, as cartas rogatórias encaminhadas à Justiça brasileira somente devem ter por objeto a prática de simples ato de informação ou comunicação processual, ausente desse procedimento qualquer conotação de índole executória, cabendo relembrar, por necessário, a plena admissibilidade, *em tema de rogatórias passivas*, da realização, *no Brasil*, de medidas científicatórias em geral (intimação, notificação ou citação), consoante expressamente autorizado pelo magistério jurisprudencial prevalente no âmbito desta Suprema Corte...”, acrescentando que “*Torna-se importante salientar*, no entanto, que o modelo jurídico brasileiro concernente às cartas rogatórias passivas *sofreu*, em tema de efetivação de atos de *caráter executório* sensível modificação introduzida pelo Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, que o Brasil subscreveu, *no âmbito do Mercosul*, em 27/06/96. Essa convenção internacional, *denominada Protocolo de Las Leñas*, acha-se formalmente incorporada ao sistema de direito positivo interno do Brasil, eis que, *aprovada* pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 55/95), veio a ser *promulgada* pelo Presidente da República mediante edição do Decreto nº 2.067, de 12/11/96...” e, “Com *essa orientação*, o Supremo Tribunal Federal deixou claramente assentado que, hoje, no Brasil, aplica-se, ao reconhecimento e execução de sentença estrangeira emanada de *qualquer* dos Estados integrantes do Mercosul, subscritores do **Protocolo de Las Leñas**, a disciplina ritual pertinente às cartas rogatórias, razão pela qual *cumprir ter presente*, no tema, a norma inscrita no Artigo 19 dessa Convenção Internacional, que assim dispõe: “*O pedido de reconhecimento e execução de sentenças e de laudos arbitrais por parte das autoridades jurisdicionais, será processado por via de cartas rogatórias e por intermédio da Autoridade Central*” (pp. 33528-9). Conclui o Ministro Celso de Mello “...*agora*, as sentenças estrangeiras, desde que proferidas por autoridades judiciárias dos *demais* Estados integrantes do Mercosul, poderão, para efeito de sua execução em território nacional, submeter-se a reconhecimento e homologação, *mediante procedimento ritual simplificado*,

fundado na tramitação de simples carta rogatória dirigida à Justiça Brasileira” (p. 33528), citando acórdão da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence (Carta Rogatória nº 7.618, República Argentina, AgRg).

CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO COMUNITÁRIO

Estou convicto que a maturação progressiva e a consolidação do processo Mercosul, com a real e fundamental integração entre nossos Países precisa incorporar as tecnologias jurídicas da contemporaneidade, dando azo, portanto, é fato, a uma ruptura com o passado, dando um verdadeiro salto adiante.

Isto passa necessariamente pela reconstrução das implicações da idéia de soberania entre os Países Membros, e, na elaboração de uma concepção de *Soberania da Integração*, pertinente ao espaço de integração, da qual são titulares os cidadãos, a cidadania, portanto, deste espaço de integração, e, conseqüentemente, o exercício dela significa a necessidade da existência de instituição jurídicas interdependentes, vinculadas não aos países membros diretamente, mas, ao espaço integrativo correspondente.

A elaboração compartilhada de um Ordenamento Jurídico relativo ao Espaço de Integração, com vigência projetada para ele, e tendo como destinatário os sujeitos agentes no processo integracional e a vida jurídica no âmbito respectivo, precisa ir buscar a sua legitimação política direta na comunidade integrada, sendo insuficiente que esta legitimidade advenha muito indiretamente dos Governos, e exercida através deles.

Estamos, pois, claramente, diante da necessidade de abrir discussões para a criação de um Parlamento do Mercosul, com a finalidade de participar significativamente na construção desta ordem jurídica, e, principalmente, servir de foro democrático para as discussões necessárias à consolidação do sistema, com o exercício da cidadania não apenas no âmbito do Estado Nacional, mas, no âmbito Regional, no âmbito do espaço integracional respectivo.

José Botafogo Gonçalves ao final do já citado artigo alude: “Em qualquer hipótese, porém, o apoio do Brasil a um salto qualitativo de natureza institucional no Mercosul não prescindirá de amplo debate sobre o tema com a sociedade civil brasileira, bem como do necessário respaldo por parte do Congresso Nacional”, e tem razão, porém, vou mais além. Penso que já é hora de os Governos dos Países Membros do Mercosul irem às bases das suas sociedades e abrirem a discussão franca, aberta e clara acerca da

necessidade da institucionalização do sistema, da construção de estruturas institucionais destinadas a servir o processo de integração, envolvendo não apenas o conceito vago e gelatinoso de *sociedade civil*, mas, a cidadania propriamente, a sociedade, o homem em todas as suas dimensões.

É preciso trabalhar sério esta questão.

É possível a adoção da democracia representativa neste processo, como aliás demonstra a experiência mais amadurecida de integração que se conhece, que é a União Européia, e, sem dúvida, este exercício de democracia representativa aponta no sentido de um Parlamento, um Parlatino, e mais, atribui a este parlamento papel relevante na construção das normas supranacionais, porquanto nele está depositada a cidadania da região, com independência em relação aos Governos dos Estados Nacionais.

E esta cidadania é que, sendo a detentora e titular em última instância da soberania, deve decidir acerca da construção do Direito Comunitário e, de sua aplicação por Corte Supranacional, fazendo assim prevalecer o princípio democrático almejado por todos, e também os princípios jurídicos reveladores do avanço brasileiro, o da universalidade da jurisdição, o do juiz natural e o duplo grau de jurisdição.

É exatamente este Direito Comunitário, construído com a participação e o compromisso da sociedade civil da região, seus governos e estruturas governamentais e políticas, aplicado por uma Corte de Justiça, também regional e independente que possibilitará a construção e conseqüente manutenção de regras jurídicas claras, estáveis, socialmente aceitas e com efetividade social compatível com as necessidades.

Exatamente este ordenamento que não esteja sujeito a mudanças bruscas e inesperadas e nem a aplicações díspares, do que são pressupostos necessários, portanto, o Direito Comunitário e a Corte de Justiça, é que a nosso ver darão a necessária, indispensável até, segurança jurídica para que aconteçam, se ampliem e se consolidem os investimentos no Mercosul, tanto dos capitais dos Países que o integram, como os de outras *blocagens* econômicas e de outros países, articulando interesses, proporcionando a competição justa e não-predatória, e o exercício de uma *cidadania vigorosa e útil*, enfim, de um sistema que sirva ao ser humano e à sociedade, antes contribuindo para a diminuição dos problemas e dificuldades, do que para mantê-los ou agravá-los.

CONCLUSÃO

A institucionalização do Mercosul passa necessariamente pela criação de um Parlamento e de um Tribunal de Justiça Supranacional que representam a segurança de investimentos na região e de desenvolvimento de uma cidadania capaz de formar um espaço de integração democratizado.

Não resta dúvida de que uma maior segurança de investimentos na região, e melhor economia, assim como o fortalecimento da cidadania nos espaços de integração, ainda que na forma de união aduaneira, estágio atual do Mercosul, com vistas à formação de um mercado comum e uma comunidade, requerem uma integração e institucionalização do direito, quer como imperativo histórico quer como uma necessidade de sobrevivência de um espaço próprio, como bem o demonstra as relações interjurisdicionais.

O Protocolo de Brasília e o Protocolo de Las Leñas representam o primeiro passo na direção de formação de uma comunidade cujos valores vão além do econômico, abrindo espaço para o social, para o cultural e para o jurídico, objetivo maior de uma comunidade de integração que busca uma cidadania dentro de um sistema democrático. ◆

MONOGRAFIAS DE ESTAGIÁRIOS DA EMERJ
APROVADAS PELAS BANCAS, EM EXPOSIÇÃO ORAL, NO FINAL DO
CURSO DE PREPARAÇÃO À CARREIRA DA MAGISTRATURA
PRIMEIRO SEMESTRE DE 2000

*(Os trabalhos monográficos se acham à disposição dos interessados
para fins de estudos e pesquisas na Biblioteca da EMERJ)*

**ENTIDADES FAMILIARES E UNIÃO CIVIL ENTRE
PESSOAS DO MESMO SEXO**

ERIKA LIMA BEZERRA

A monografia analisa a estrutura familiar e sua importância no campo do Direito, bem como o conceito e a natureza jurídica do casamento. Trata da União Estável, da família monoparental, da sociedade de fato e da união civil entre pessoas do mesmo sexo. (86 p.)

O EMPREGADO INVENTOR

LUIZ TEIXEIRA RODRIGUES

Depois de analisar a natureza jurídica das invenções, do empregado e dos estagiários, a monografia tratou das invenções mistas, das invenções de serviço, das livres e dos inventos não patenteáveis. (106 p.)

CRIMES DO COLARINHO BRANCO

MITZI ALVES GARCIA CALDAS

Depois de examinar o conceito de Crime do Colarinho Branco, sua denominação incorreta e seus aspectos processuais, a estagiária passou, em seguida, a discutir cada um dos dispositivos da Lei nº 7.492, de 16/06/1986. (160 p.)

TUTELA INIBITÓRIA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

KARLA GUERRA NASSIF FARAH

A partir do exame da tutela diferenciada (cautelar, antecipada, inibitória) no campo da efetividade do processo, estendeu-se a estagiária especialmente sobre a tutela inibitória, sua concessão, o ilícito e na análise dos art. 287 e 461 do CPC, bem como no processo da ação civil pública. (86 p.)

FAMÍLIAS MONOPARENTAIS

RÚBIA PALMA

Trabalho em que se estuda o conceito do Direito de Família, as suas instituições, a monoparentabilidade, e as suas motivações. (86 p.)

FUNDAÇÕES PÚBLICAS E TERCEIRO SETOR

ANA PAULA RODRIGUES SILVANO

A atividade administrativa e as formas de sua prestação, a Fundação Pública e o Terceiro Setor são os temas tratados pela autora. (115 p.)

O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E AS SOCIEDADES ANÔNIMAS

BERNARDO ATEM FRANCISCHETTI

Temas do trabalho: a história das Sociedades Anônimas e mudanças estruturais nas Companhias. Constituição e aplicação de suas normas. Princípio da função social da propriedade e as sociedades anônimas. (60 p.)

INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO

LÚCIA FROTA PESTANA DE AGUIAR

As ações históricas do Poder Judiciário e sua independência; os limites ao exercício do Poder, são os temas desenvolvidos pela Douta estagiária. (95 p.)

FACTORING PARA AS EMPRESAS DE PEQUENO E MÉDIO PORTE

ARTHUR DA ROCHA FERREIRA NETO

Com base nos elementos históricos do *factoring*, passou o autor a dar uma visão prática do instituto, indicando as pessoas que figuram na relação contratual, as modalidades de *factoring* e os títulos de crédito utilizados. (88 p.)

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS EMPRESAS FABRICANTES DE FUMO

ADRIANA DO COUTO LIMA PEDREIRA

Antes de tratar da responsabilidade civil pelo fabrico e venda de cigarros, a autora apreciou aspectos da responsabilidade civil em geral e seus elementos caracterizadores e do Código de Defesa do Consumidor.

Em seguida analisou a responsabilidade civil das empresas de fumo, com indicação dos argumentos de defesa das empresas. (132 p.)

A UNIÃO ESTÁVEL

ANDRÉ FELIPE RODRIGUEZ LAVANDEIRA

A começar pelo concubinato, a evolução histórica e jurisprudencial sobre o seu conceito, cuidou o autor da União Estável e das inovações da Constituição Federal. Analisou também o conteúdo das Leis n.º 8.971/94 e 9278/96. (78 p.)

JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS; TEORIA E PRÁTICA

BEATRIZ ABRAÃO DE OLIVEIRA

A autora assinalou aspectos gerais dos Juizados Especiais e as suas peculiaridades. Manifestando-se sobre a representação e a suspensão condicional do processo, concluiu a autora o estudo sobre a matéria. (155 p.)

O EMBRIÃO À LUZ DA BIOÉTICA

CRISTIANE BASTOS VICENTE

O trabalho examina os aspectos jurídicos do embrião: o Direito e a visão científica da questão, a engenharia genética e suas técnicas, as teorias sobre o embrião e seus excedentes. (128 p.)

O SISTEMA DE PROGRESSIVIDADE CONCERNENTE AO IPTU

ELIANE PINHEIRO CHAVES

A matéria é tratada em capítulos: 1) Propriedades, 2) IPTU, 3) As diversas Progressividades em matéria tributária e 4) IPTU Progressivo. (161 p.)

REGIME PRISIONAL PROGRESSIVO

FERNANDA GALLIZA DO AMARAL

As espécies de regime prisional e as penas privativas de liberdade dão abertura ao trabalho em que a autora examina a progressão do regime prisional e a consagração do seu princípio. (99 p.)

MEDIDAS PPROVISISÓRIAS

RACHEL LIMA CORDEIRO

Com o histórico das Medidas Provisórias e dos Decretos – Lei, faz a estagiária a síntese da matéria e examina emenda constitucional em curso no Congresso Nacional. (80 p.)

COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

RAQUEL PIXIOLINE ARANTES

Com a análise dos Direitos Fundamentais e dos Princípios constitucionais, entra o autor na análise da Colisão dos Direitos Fundamentais; e na aplicação do método de solução dos conflitos a respeito. (82 p.)

O PACIENTE TERMINAL E O DIREITO DE MORRER

ANDERSON RÖHE FONTÃO BATISTA

Frente ao discutido tema, o autor dá aos primeiros capítulos o título de “A eutanásia e a morte com dignidade” e “Direito à vida x Direito de morrer”, concluindo o seu trabalho por dizer que se deve acolher direitos como o de morrer dignamente. (145 p.)

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA APLICADO AO ART. 16 DA LEI nº 6.368/76

DANIELA BARILLO LIMA

Com base no que dispõe o art. 16 da Lei nº 16 (Lei de Tóxicos), a autora debate o histórico e os fundamentos do princípio e sua correlação com o princípio da intervenção mínima da lesividade. (118 p.)

O EFEITO SUSPENSIVO ATIVO

GLEIDES DUARTE MELLO

A monografista faz exame da nova disciplina do agravo de instrumento, seu cabimento e efeitos, afirmando não ser discricionário o efeito suspensivo. (118 p.)

UNIÃO ESTÁVEL

INAJARA SILVA DE ASSIS

Tratou a ilustre estagiária da Família, de seu conceito e das disposições das Constituições brasileiras sobre o assunto. Em seguida cuidou de examinar o que sejam concubinos e companheiros, para diferenciá-los dos

conviventes. Examinou por último o direito sucessório na união estável. (119 p.)

LIBERDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ART. 16, I, LEI Nº 8.069, DE 13 DE JUNHO DE 1990). ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

LUCIANA DE OLIVEIRA LEAL

Estudo sobre o direito da criança à liberdade de escolha e de locomoção e, ainda, sobre os direitos fundamentais constitucionais. Completa o trabalho o exame da atuação estatal e do papel do Ministério Público. (102 p.)

O AGRAVO SOB A ÓTICA DA LEI Nº 9.139/95

RODRIGO SEIXAS SCOFANO

Monografia dedicada ao exame do agravo de instrumento e sua nova sistemática. É levantado um histórico do agravo, seu cabimento e requisitos, as suas modalidades e seus novos procedimentos. (75 p.) ◆

COLABORARAM NESTE NÚMERO

Adolpho C. de Andrade Mello Jr., 95

Antônio Rulli Júnior, 187

Asclepiades Rodrigues, 147

Carlos Alberto Meneies Direito, 24

Flávia de Almeida Viveiros de Castro, 171

José Eduardo Nobre Mattar, 116

Luis Gustavo Grandinati Castanho de Carvalho, 131

Manoel Carpena Amorim, 11

Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, 21

Marianna Montebello, 155

Ronaldo Leite Pedrosa, 110

Ruy Mendes Pimentel, 88

Sálvio de Figueredo Teixeira , 43

Sérgio Bermudes, 66

Wilson Marques, 72



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090 - Telefone: 3133-2682
www.emerj.tj.rj.jus.br