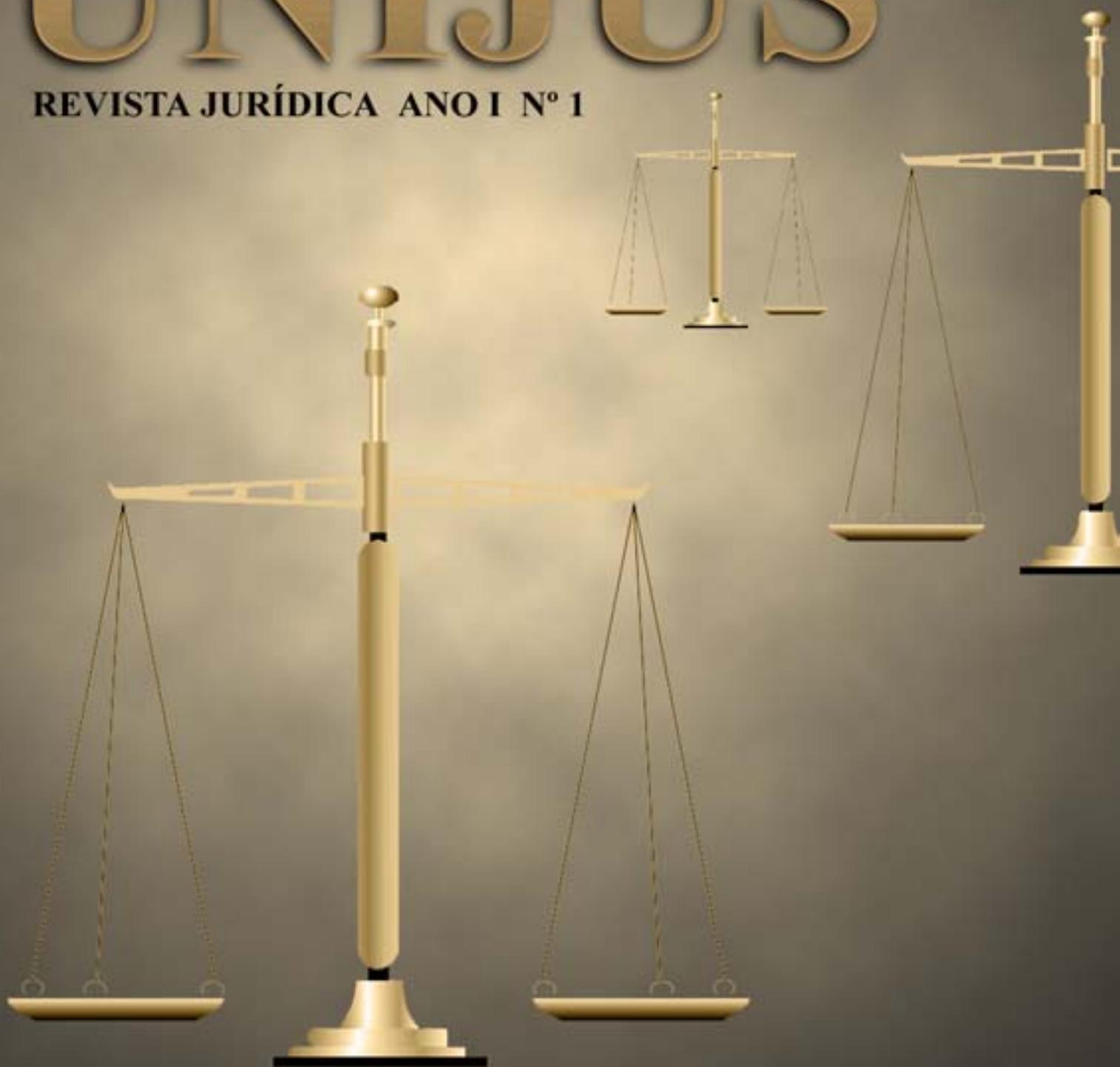


UNIJUS

REVISTA JURÍDICA ANO I Nº 1



MINISTÉRIO PÚBLICO
DE MINAS GERAIS



UNIVERSIDADE DE
UBERABA

UNIJUS

Revista Jurídica

Volume 01



Ministério Público do Estado de Minas Gerais



Universidade de Uberaba

Marcelo Palmério

Reitor da Universidade de Uberaba

Miralda Dias Dourado

Promotora de Justiça
Presidente do Conselho Editorial

Endereço

Fórum Mello Viana
Rua Lauro Borges, 97
4ª Promotoria de Justiça – Núcleo de Estudos Jurídicos de Uberaba
Uberaba – MG
cep: 38010-060

Conselho Editorial

Adroaldo Junqueira Ayres Neto
Dale Fonseca e Silva Nunes
Guido Luiz Mendonça Bilharinho
João Delfino
João Vicente Davina
Vicente de Paulo Cunha Braga

Presidente:

Miralda Dias Dourado

Contato

Promotoria de Justiça de Uberaba
Fone: (034) 3320878
Fax: (034) 333- 8996

- Periodicidade: *semestral*
- Tiragem: *1.000 exemplares*
- *A Revista Unijus é produzida pela Editora da Universidade de Uberaba.*
- *Projeto Gráfico: Studio Cone Sul*
Rua Monte Caseiros 275
Cep:05590-130
- *Diagramação e editoração de textos: Cecília Rangel*

Nota: Os trabalhos apresentados exprimem conceitos da responsabilidade dos seus autores, coincidentes ou não, com os pontos de vista da redação da Revista.

6 **Apresentação**

7 **Homenagem a Luciano Justiniano Ribeiro**

DOCTRINA

9 **A Cidadania e o Devido Processo Legal (Due Process of Law) como formas de conteção de Poder**
Paulo Fernando Silveira.

17 **A União Federal e o Controle da Constitucionalidade**
João Carlos Souto.

30 **Algumas Considerações Sobre a Teoria Geral do Processo**
Ernane Fidélis dos Santos.

37 **Cidadania e Constituição**
Carmem Lúcia Antunes Rocha

53 **Consequências do Abandono Familiar**
Roberta Matos Pinheiro de Andrade.

56 **Considerações sobre a Execução Acidentária**
César Antônio Cossi

67 **Da Teoria à Prática do Direito**
Gladston Mamede

74 **Discricionaridade e Arbitrariedade: breves considerações**
Wagner Guerreiro

79 **Estatuto da Criança e do Adolescente — Problema Menorista Brasileiro — Violência — Urgência na solução**
Márcia Cristina de Melo Breves Alves Peixoto

91 **O Conflito entre Liberdade de Comunicação e o Direito à Liberdade**
Marcelo Bevilacqua Cunha

96 **O Credor Hipotecário e os Embargos de Terceiro**
Luiz Artur de Paiva Corrêa

101 **O Dano moral e sua Reparação**
Humberto Theodoro Júnior

109 **Os pressupostos Processuais e as Condições da Ação**
Eduardo Augusto Jardim

117 **Responsabilidade e Culpa**
Nanci de Melo e Silva

122 **Revisão e Soberania Popular**
Adalberto N. Amorim Júnior

Nossa Revista

125 **Instruções aos colaboradores**

SUMÁRIO

Apresentação

Esta Revista foi instituída a partir de um convênio celebrado entre a Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, por intermédio do Núcleo de Estudos Jurídicos de Uberaba “Promotor de Justiça Luciano Justiniano Ribeiro” e a Universidade de Uberaba.

O convênio revela, primeiramente, uma perfeita integração entre os órgãos mencionados e objetivos convergentes, no que tange ao constante aprimoramento cultural, profissional e educacional.

A Universidade de Uberaba tem procurado contribuir com o progresso desta região, oferecendo um ensino de qualidade e colocando em prática um programa de reformulação geral na sua estrutura acadêmica, administrativa, pedagógica e urbanística.

A filosofia básica da universidade é garantir a excelência e satisfação das necessidades de seus usuários. Dentre as diversas reformulações que estão sendo realizadas, encontra-se o incentivo à publicação de periódicos que, como esta Revista, estimulam o debate, o estudo e a produção científica.

O Ministério Público é uma Instituição aceita universalmente como grande defensora de valores e direitos sociais. Desde a antiguidade, quando encontramos o registro de figuras assemelhadas que exerciam funções tipicamente ministeriais, até os dias de hoje, o *parquet* representa um defensor da sociedade.

Atualmente, vem definido na Constituição da República como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (Artigo 127).

Por parte do Ministério Público, sempre houve a preocupação com o aperfeiçoamento cultural e profissional de seus membros, sendo frequentes a realização de congressos e simpósios e a publicação de revistas.

A novidade agora é a descentralização das publicações, que deixam de ocorrer apenas na capital para, através de convênios, serem realizadas em algumas regiões do Estado. Assim, o Ministério Público e a Universidade de Uberaba publicam esta Revista, com o objetivo de incentivar o estudo e o aperfeiçoamento cultural dos que militam no Direito.

Com satisfação, apresentamos o primeiro volume da **UNIJUS**, que se revela, por ora, como um instrumento de divulgação e informação, que reúne artigos jurídicos qualificados e inteligentes, advindos de profissionais e estudiosos do Direito do Estado de Minas Gerais, aos quais agradecemos profundamente. Esperamos que a união, oportuna e feliz, das duas entidades possa alcançar o fim proposto e produzir bons frutos.

Marcelo Palmério
Reitor da Universidade de Uberaba

Miralda Dias Dourado
Promotora de Justiça
Presidente do Conselho Editorial

Homenagem a Luciano Justiniano Ribeiro

Coube-me em duas especiais oportunidades falar sobre o mestre Luciano Justiniano Ribeiro. A primeira, na missa em intenção de su'alma, iluminada, quando de sua passagem desta para a última Comarca — a pátria celeste; e agora, no momento da criação de uma Revista Jurídica.

Naquele dia, o Ministério Público chorou uma das suas personalidades, que mais retrataram o ser-Promotor de Justiça.

Dr. Luciano visto por ele mesmo era o Promotor de Justiça.

Identificava-se o homem com a função: servidor do povo, consolador e defensor dos pobres; amigo e solicitado com respeito, transitava com sua individualidade entre juristas, políticos e poderosos, e ninguém subtraiu sua independência. Os espinhos do cargo ele manejava sem se ferir, com maestria, como mineirice, matreiro e jeitoso; manhoso; culto e filosófico, humilde — um sábio.

Conheci-o numa “galinhada”, que cozinheiro era à mancheia...

Gostava de uma pimenta, “no ponto”, e apimentava pareceres, quando algum contrário, confundindo-o pela sua singeleza de pessoa, ousava desafiar, ou os conhecimentos e energia do Promotor de Justiça, ou a instituição, que ele defendia, como sacrossanta. Então, o homem simples buscava nos clássicos do direito, que conhecia com profundidade, as razões jurídicas, e mostrava na vida, na poesia e nas verdades eternas, o fundamento da sua atuação, sempre correta.

Costumava dizer, como filósofo nutriz dos noviços do Ministério Público, que o *Parquet* caminhava distante das vaidades humanas, iluminado que era pelo fulgor de estrelas desconhecidas. O Promotor seria o caminhheiro, que todos os dias começava a jornada percorrendo os túneis dos pretórios, onde a sociedade mostra suas mazelas, temente a Deus, buscando a justiça, sem nunca saber onde a encontrava, mas era preciso buscá-la, incessantemente...

Visualizava a grandeza do homem, com piedade do delinquente, sem contemporizar com as ações criminosas; não se abatia com os interesses menores, que “passavam...como passa a noite dando lugar ao dia...” e achava natural seu impulso na defesa dos réus inocentes, como defesa da verdade e da justiça, para conservação da própria vida do corpo social. De uma certa forma, promovia a vida dos seus pares.

Chefe de família e esposo exemplar, pai dedicado e amoroso, companheiro incomparável, amigo...

Era um visionário do crescimento do parquet, laboriosa abelha, nascido que foi na mineira cidade de Arapuá, somente alçando vôo para construir na pobreza e nas dificuldades de muitas Comarcas a base sólida do Ministério Público de hoje, tendo marcado sua presença de ser humano, respeitado Promotor de Justiça, em Itamarandiba, Carmo da Paranaíba, Aiuruoca, Raul Soares, Araxá e Uberaba. Promovido para Belo Horizonte, não aceitou a honrosa vaga de Procurador, com naturalidade.

Por tudo isso, pela magnitude da sua obra humana e ministerial, e importância da sua pessoa, homenagear Luciano Justiniano Ribeiro adorna e eleva o primeiro número dessa Revista, nascido do Núcleo de Estudos Jurídicos do Ministério Público de Minas Gerais, que leva seu nome.

Dale Fonseca e Silva Nunes
Promotora de Justiça



Luciano Justiniano Ribeiro
30.05.1925 a 23.02.1993

A cidadania e o devido processo legal (DUE PROCESS OF LAW) como formas de poder

Paulo Fernando Silveira

1 - O INDIVÍDUO E O ESTADO

Para Aristóteles (Política), o Estado precede ao indivíduo, como a família. Seria, a meu ver, como o tijolo em relação à casa. Quer dizer, o tijolo, embora elemento singular, só tem sentido quando cumpre sua destinação final: a obra.

Para outros, porém, o Estado é o coroamento histórico do desenvolvimento político do homem. Deve ser entendido como “conceito historicamente concreto e como modelo de domínio político típico da modernidade” (Canotilho).

O relacionamento do indivíduo com o Estado (ou aquele que o representa) é explicado através de várias teorias, como a da origem divina do poder do rei, que deu suporte às monarquias absolutas, onde o rei impunha, sem limites, sua dominação política. O Estado sou eu (Le État C'est moi), dizia Luiz XIV.

Por força do iluminismo, surgiu a doutrina contratualista democrática, pela qual o povo teria transferido ao Estado todo o seu poder político, sem dele abdicar contudo. Essa corrente se desdobra em

duas: a) - da soberania nacional: a Nação, como complexo indivisível, é que é titular da soberania (Sieyès); e b) - da soberania popular: pela qual ela pertence a todos os componentes do povo. A propósito ensina Rousseau: “por esse contrato, o homem cede o Estado parte de seus direitos naturais, criando assim uma organização política com vontade própria, que é a vontade geral. Mas, dentro dessa organização, cada indivíduo possui uma parcela do poder, da soberania, e, portanto, recupera a liberdade perdida em consequência do contrato social”.

Há diversas outras teorias, entre as quais a da soberania do Estado, de origem germânica (Jellinek, Hegel) pela qual o povo seria mero elemento da estrutura do Estado, ao lado do Governo e do território; aqui não é o povo que possui o Estado, mas o Estado que possui o povo.

Em síntese, qualquer que seja a teoria adotada para fundamentar a criação do Estado, o indivíduo acha-se sujeito, desde o nascimento até a morte, à

sua dominação inafastável.

A história comprovou também alguns fatos: a) - o homem, que ocupa o poder, naturalmente procura impor sua concepção política; e b) - o Poder, quando sem limites, transforma-se em arbítrio; c) - para conter o abuso do poder há necessidade de oposição ativa; d) - o exercício pleno da cidadania é o modo mais legítimo e eficaz de limitação do Poder Estatal.

Relembre-se a advertência de Montesquieu: “a liberdade política somente existe nos governos moderados. Mas nem sempre ela existe nos governos moderados. Só existe quando não se abusa do poder, mas é uma experiência eterna que todo homem que detém o poder é levado a dele abusar: e vai até onde encontra limites. Quem o diria? A própria virtude precisa de limites. Para que não se abuse do poder é necessário que pela disposição das coisas o poder limite o poder”.

2 - CIDADANIA

A cidadania constitui, consoante nossa Carta Política, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ao lado da soberania estatal, o pluralismo político, o respeito à dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CF - art. 1º).

Cidadania é a expressão da vontade política do indivíduo, tanto para a constituição e desenvolvimento como para a contenção do poder público. Seu exercício exige, sempre, comportamento ativo.

Remonta à participação de alguns do povo nas assembléias das cidades-estado gregas (polis) onde os assuntos de interesse público eram debatidos. Em Roma, (civitas), em menor escala, o povo, reunido em comícios, votava algumas leis colaborando ativamente no processo político.

Em sua natural acepção, a cidadania se manifesta, dentro do contexto constitucional do Estado Democrático de Direito, pela soberania popular (poder originário) normalmente exercida pelos representantes eleitos pelo povo, ou, eventualmente, diretamente por ele próprio, através do plebiscito, o referendo ou a iniciativa legislativa popular (CF - art. 1º, IV e 14).

O cidadão, ao eleger seus representantes, exercita a cidadania pelo sufrágio universal (Direito),

materializado pelo voto direto e secreto (exercício), com valor igual para todos. O eleito, por sua vez, dá plenitude à cidadania fundamentalmente ao participar do exercício do poder para, satisfeito ou inconformado com a situação atual, manter ou modificar essa condição. Porém, não exerce a cidadania quando promove apenas seus interesses pessoais, ignorando o coletivo, pois foi eleito para pugnar pelas aspirações dos representantes.

A cidadania funciona ora como forma de contenção do poder, na medida em que não permite a violação das Leis e da Constituição, ora como ativo indutor de atuação do poder no sentido de se implementar direitos programados na Constituição (reforma agrária p. exemplo).

Como a lei, no sentido formal, legitimamente editada pelo Congresso Nacional, constitui, em princípio, a expressão ostensiva da vontade da maioria do povo, há exercício da cidadania quando o indivíduo procura fazê-la ser cumprida, como acontece, por exemplo quando atua para fazer prevalecer o Código do Consumidor.

Muitas das vezes, a cidadania se expressa de modo informal, através de reclamação direta ao fornecedor do produto ou prestador do serviço, ou denúncia ao órgão do governo, no caso o PROCON.

O acesso ao Judiciário, seja em defesa de direitos privados ou de interesses da coletividade, caracteriza, também, inegavelmente, o mais legítimo exercício da cidadania. Aqui se insere, também, a denúncia ao Ministério Público Federal, que se apresenta, no contexto da Constituição Federal de 1988, art. 127, como defensor da sociedade (defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis).

A cidadania, exterioriza-se, normalmente, além do ato formal do voto, através de pronunciamentos públicos (cartazes, discursos, mídia) ou manifestações populares pacíficas (passeatas, comícios, cartas aos deputados etc.).

na medida em que os interesses da sociedade ganham dimensão de conflito, geralmente porque o Direito Positivo - quando não revitalizado por novas interpretações do judiciário, que lhe dê sobrevida, face à realidade dinâmica dos fatos sociais - não mais harmoniza os interesses em choque, usualmente marginalizando uma grande maioria para manter uma minoria em condição de privilégio, a manifestação

da cidadania evolui para forma mais drástica, normalmente iniciando a violência.

A despeito de ser desconfortante e socialmente inconveniente, a violência é, às vezes - quando em pequena escala, administrável, episódica e tópica - necessária para, mediante alterações do “status quo”, retomar-se o equilíbrio social, mantendo sadio o sistema democrático. Daí ter JEFFERSON, um político democrata e liberal, afirmado que: “uma pequena rebelião, de quando em vez, é boa medida e tão necessária no mundo político como tempestade no mundo físico”.

Compete aos poderes constituídos - precipuamente ao judiciário, que tem a missão constitucional de interpretar a lei de modo a sintonizá-la com a Carta Política, que expressa a vontade do povo (cidadania primária e última) - atentos às necessidades atuais e reais da sociedade, deflagrar o processo de harmonização dos interesses, readaptando e dando nova dimensão às concepções vetustas do Direito, pacificando-se, com isso, o conflito e preservando-se a Democracia.

Caso contrário, instala-se e agrava-se a crise política que, não sendo resolvida, à final, pelos Tribunais, onde prioritariamente deve desembocar, desborda na revolução, que resulta, se vitoriosa, na opção por nova ordem jurídica ou, se sufocada, na manutenção do estado anterior ao conflito.

Releva notar que a ditadura não expressa a cidadania coletiva porque não representa a vontade política livre da maioria dos indivíduos que compõem a Nação, mas apenas a de um grupo minoritário dominante, geralmente oligárquico, que se impõe por se julgar superior, cultural e economicamente, arrogando a si a salvação do país.

Portanto, em tempo de crise política, a cidadania, em última instância, se revela, sem qualquer formalismo, pela revolução popular, voltando-se contra a situação dominante, impondo-se nova ordem jurídica. Exemplos são a revolução americana (176), a revolução francesa (1789) e a revolução russa (1917). Mas, de qualquer modo, a vontade política dominante se materializa e se veicula através das normas jurídicas, sujeitas, num Estado Democrático de Direito, à apreciação do Poder Judiciário.

Outra forma há, de expressão da soberania popular além das já referidas. Trata-se da

participação popular no Júri, mediante a soberania dos vereditos (CF - art. 5º., XXXVIII).

II - JÚRI

Historicamente o júri foi a primeira forma de contenção do poder absoluto dos reis, como está a evidenciar Magna Carta Inglesa de 1215, que, na versão atualizada de 1226, assim dispôs em seu § 39:

“Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus direitos ou seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou reduzido em seu status de qualquer outra forma, nem procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento legal pelos seus pares ou pelo costume da terra”. (“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 other to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land”)

Esse documento histórico foi conquistado pelos Barões face ao Rei João Sem Terra, exigindo-se, entre outras coisas, o julgamento legal pelos seus pares ou pelos costumes da terra.

À época, legislaram para poucos. Mas a história se incumbiria de estender os benefícios a todos, de modo que também nós devemos prestar homenagens à Magna Carta Inglesa.

Sendo a primeira e original manifestação da cidadania, o Júri se apresenta com face tríplice: de um lado, é garantia do cidadão de não ser julgado por um representante do Estado isoladamente, mas sim pelos seus pares; de outro, é forma de contenção do poder estatal, ao não permitir a condenação de ninguém senão através desse Instituto processual penal, que goza, no Brasil, de foros constitucionais; finalmente, é forma de democratização do Poder Judiciário, que é Poder não eleito, não permitindo discriminação nas condenações ou absolvições face aos poderosos ou humildes.

No primeiro caso, fundamentalmente, o julgamento pelo júri é garantia constitucional do cidadão contra a atuação do Estado, através de decisões solitárias do juiz monocrático que pode agir

ideológica ou preconceituosamente contra o acusado, prejudicando-o, ou beneficiando os poderosos, causando a impunidade. Na última hipótese versada, o Júri proporciona a indiscriminada participação popular no exercício do Poder Judiciário de forma a permitir a representação democrática da manifestação dos valores culturais dos relevantes grupos sociais, sem prejuízo ou marginalização das minorias. Segundo PAUL BREST (in *Defense of Antidiscrimination Principle*) “O princípio de que os júris devem representar, por amostragem, toda a comunidade reflete a convicção de que os jurados extraídos de diferentes grupos raciais, étnicos e socio-econômicos, tendem a ter opiniões diferentes, as quais afetam suas percepções do fato e o exercício do julgamento e, assim, o sistema funcionaria de forma mais precisa e justa se uma variedade de pontos de vistas suportar a decisão”.

Por ser o Júri mais primário e fundamental coluna da democracia, os Estados totalitários têm verdadeira aversão a ele.

Por isso, defendo intransigentemente a extensão do Juri a todos os crimes, sem exceção, podendo isso acontecer imediatamente, bastando dar a seguinte interpretação ao texto constitucional (CF - art. 5º., XXXVIII): onde diz “competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida” entenda-se de forma obrigatória e, facultativamente, a critério da defesa, nos demais casos.

Só assim os poderosos não mais escaparão da Justiça. A impunidade, se houver, será com o respaldo da própria comunidade.

Alegarão alguns que o Juri não funciona bem no Brasil. Tenho rejeitado esse argumento, que se assemelha ao utilizado pela Escola Superior de Guerra no tempo da ditadura, no sentido que o povo não saberia votar, devendo uma elite decidir por ele. Hoje sabemos que o povo vota bem, apesar de que, através de uma legislação eleitoral deformada, usualmente é frágil o rol dos candidatos que lhe são apresentados para escolha.

As virtudes comprovadas do voto ocorrerão também no júri.

Com a constante participação do povo dentro do Poder Judiciário, esse poder revestir-se-á de maior legitimidade, mesmo porque, certa ou errada, a decisão será tomada por quem, originalmente, é o dono do poder: o povo.

IV - IGUALDADE

Outra forma de exercício da cidadania e contenção do poder é a igualdade.

Constituindo a igualdade uma das colunas que sustentam a democracia, ao lado da liberdade e da vontade da maioria, pode-se afirmar que, excetuado o direito fundamental à vida, apresenta-se como o mais relevante dos direitos individuais, tanto que a enumeração prevista no art. 5º, da Constituição Federal começa por estabelecer esse direito.

Visou a Carta Magna, com isso, preservar a democracia como processo de convivência social em que o poder emana do povo e por ele há de ser exercido, ainda que indiretamente, porém em seu único proveito. Esse processo ampara-se sobre três princípios fundamentais: o princípio da vontade da maioria, o da igualdade perante a lei e o da liberdade de ação, exceto nos casos vedados em lei, observadas as franquias constitucionais. Mas esses princípios podem ser reduzidos a um, na lição de Aristóteles, ou seja, o da igualdade, que constitui o fundamento e fim da democracia, que tanto mais será pronunciada quanto mais se avança na igualdade. Mas ressaltava que a alma da democracia repousa na liberdade, sendo todos iguais. Na opinião de Rousseau, a igualdade é condição para a existência da liberdade. Pode-se mesmo, através da democracia, como observou Alexis de Tocqueville, “imaginar um ponto extremo onde liberdade e igualdade se toquem e se confundam”. Realmente, na democracia a liberdade conduz naturalmente à igualdade; na ditadura, a pretexto de se alcançar a igualdade, sujeita-se o indivíduo, pela violência, inexoravelmente à servidão. A sociedade perfeita pressupõe a igualdade, com liberdade, como pedra fundamental. As pequenas diferenças sociais decorrerão, apenas, da inteligência, criatividade, trabalho e honra.

Todo privilégio implica o reconhecimento de um tipo de superioridade, com a imediata quebra da igualdade. A superioridade induz dominação, com grave ofensa à liberdade. Daí por que todo o privilégio deve ser combatido e totalmente extirpado, ou reduzido ao mínimo tolerável, de modo a ampliar o âmbito da Democracia.

Outras formas de contenção do poder se revelam pelo federalismo, separação dos poderes e freios e contrapesos.

V - FEDERALISMO

O pleno exercício da cidadania pressupõe um regime democrático, que em nosso país assenta sua estrutura constitucional em três pilares: a) - o federalismo; b) - a separação dos poderes; e; c) - a garantia dos direitos individuais.

O federalismo é a pedra angular do sistema, porque reparte o poder entre o Governo Central e o dos Estados de forma equilibrada, de modo a evitar a concentração do Poder, que conduz à ditadura.

Permite, ainda, que os Estados-Membros sejam autênticos laboratórios sociais e políticos, onde as intervenções podem ser testadas separadamente, multiplicando as oportunidades e minimizando os perigos de fracasso. O federalismo revitaliza e harmoniza os governos inferiores, que cuidam mais diretamente das necessidades sociais.

Desse modo, o indivíduo deveria sujeitar-se à aproximadamente 90% de leis locais (estaduais e municipais) e, apenas, à 10% de leis federais.

Compete ao povo, no exercício da cidadania, evitar a quebra do equilíbrio federativo, que no Brasil ocorre pela usurpação pela UNIÃO de poderes nitidamente de competência estadual ou municipal.

VI - SEPARAÇÃO DOS PODERES

A separação dos poderes constitui a fórmula última e refinada de contenção do poder, portanto, sendo modo de exercício da cidadania. A separação dos poderes serve como poderoso controle contra ações arbitrárias.

Como as opções e ações políticas se realizam através da lei, aí deve recair o controle político dos outros poderes pelo judiciário. Ao judiciário foi constitucionalmente outorgado o poder de dizer o que a lei é, na feliz frase de Marshall:

“é enfaticamente área de atuação e dever do departamento judiciário dizer o que a lei é [...]. Se duas leis conflitam entre elas, as cortes devem decidir o caso conforme as leis, desprezando a Constituição, ou conforme a Constituição, desprezando a lei; a Corte deve determinar qual dessas regras conflitantes devem governar o caso. Isso é da própria essência do dever judicial.” (“It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is [...]. If two laws

conflict with each other, the courts must decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of the judicial duty.”).

Não existem mais, na esfera dos outros ramos governamentais, ações exclusivas, não apreciáveis pelo Poder Judiciário, que é o intérprete último da vontade constitucional (controle da constitucionalidade das leis).

Contudo, o Legislativo pode emendar a Constituição visando superar uma decisão incômoda do Judiciário. Pode também editar lei, ampliando ou esclarecendo o fundamento judicial adotado.

Daí a importância da doutrina dos freios e contrapesos.

VII - FREIOS E CONTRAPESOS

A combinação da doutrina da Separação dos Poderes com o princípio dos freios e contrapesos permite que nenhum ramo em que se desdobra o Poder Político possa exercer autoridade ditatorial sobre os trabalhos do Governo. Os poderes dados pela Constituição a cada um são delicadamente controlados pelo poder dos outros dois, evitando os excessos.

Através dos freios e contrapesos, em combinação com a separação dos poderes, procura-se proteger o cidadão contra o surgimento de governo tirânico, ao estabelecer múltiplas cabeças de autoridade no governo, as quais se posicionam uma contra a outra em permanente batalha. A intenção da Carta é negar a uma delas a capacidade de permanentemente consolidar toda autoridade governamental em si mesma, enquanto permite no todo o desenvolvimento tranqüilo do trabalho do governo.

É meio de restringir o poder governamental e prevenir abusos. É exercício de cidadania.

VIII - DEVIDO PROCESSO LEGAL

Mas a cidadania também se expressa através do princípio do “devido processo legal”, que, pela sua abrangência, encampa o próprio júri. Remonta ao mesmo parágrafo 39, da Magna Carta Inglesa, quando ali foi dito que nenhum homem será privado

de seus direitos ou bens, senão através de um julgamento legal.

Esse conceito, impregnado de justiça e decência, foi transplantado para a Constituição Americana de 1787, onde através da Emenda nº 5, inserida no Bill of Rights, prevê que “ninguém será privado da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal”.

O princípio foi adotado pela Constituição Brasileira de 1988, com quase oito séculos de atraso, quando dispôs no art. 5º:

“LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Esse dispositivo constitucional vem complementado pelo inciso LV, assim editado:

“LV - os litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Do preceito constitucional americano foram extraídas as seguintes garantias básicas do cidadão, limitadoras da ação governamental:

“1. O direito do povo de estar seguro nas suas pessoas, casas, papéis e efeitos contra desarrazoada busca e apreensão (Emenda n. 4);

2. Emissão de mandado de busca ou de prisão somente baseado em causa provável, sustentada por juramento ou afirmação, descrevendo especificamente o lugar, onde ocorrerá a busca, e a pessoa ou coisa a ser apreendida (Emenda n. 4);

3. Indiciamento por grande júri para os crimes hediondo ou capital (Emenda n. 5);

4. Não ser julgado duas vezes pela mesma ofensa, colocando em risco sua vida ou parte do corpo (Emenda n. 5);

5. Imunidade contra compulsória auto-incriminação (Emenda n. 5);

6. Direito a um rápido e público julgamento, por um júri imparcial, no Estado e distrito onde o crime foi cometido (Emenda n. 6);

7. Direito de ser informado da natureza e causa da acusação (Emenda n. 6);

8. Direito do acusado de ser confrontado com as testemunhas favoráveis ou adversas (Emenda n. 6);

9. Direito a um processo compulsório para obter as testemunhas em favor do acusado (Emenda n. 6);

10. Direito a advogado nos casos criminais (Emenda n. 6);

11. Defesa contra excessivos valores de fianças, multas e punições cruéis e não usuais (Emenda n. 8).

No Brasil, podemos extrair de nossa Constituição Federal, exemplificativamente, algumas garantias básicas, protegidas pelo devido processo, sem prejuízo de outras decorrentes dos princípios adotados, ou mesmo concedidas pela legislação ordinária:

a) decorrentes do direito à vida ou à liberdade (art. 5º):

1. Prisão somente em caso de flagrante delito ou por ordem judicial (art. 5º, inciso LXI);

2. Direito de permanecer o acusado calado e de ter assistência da família e de advogado (LXII);

3. Direito de que a prisão seja imediatamente comunicada ao juiz competente e a membro da família indicado pelo acusado (LXIII);

4. Proibição de tortura ou tratamento desumano (III);

5. Inviolabilidade da residência, exceto em caso de flagrância do delito ou desastre, ou, durante o dia, mediante ordem judicial (XI);

6. Inviolabilidade de correspondência ou comunicações telefônicas e dados, salvo por ordem judicial (XII);

7. Direito a julgamento pelo juiz natural (aquele naturalmente investido no cargo) não se admitindo tribunal de exceção (LIII);

8. Proibição de uso de provas obtidas por meios ilícitos (LVI);

9. Proibição de prisão civil por dívida, salvo nos casos de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e da de depositário infiel (LXVII);

10. Julgamento por júri nos crimes dolosos contra a vida (XXXVIII);

11. Proibição de lei penal retroativa (XL);

12. Individualização e proporcionalidade da pena: não atingirá terceiros, nem poderá deixar de levar em consideração a gravidade do delito (XLV e XLVI);

13. Proibição de penas de morte (salvo em caso de guerra), perpétua, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (XLVII).

b) oriundas do direito de propriedade

1. Indenização prévia, em dinheiro, no caso de desapropriação (CF, arts. 5º, XXIV e 182, § 3º) exceto do imóvel rural improdutivo para fins de reforma agrária (CF, art. 184).

2. Garantia da manutenção de bens e direitos patrimoniais já incorporados na esfera de disponibilidade do indivíduo (direito adquirido);

3. a lei não violará o ato jurídico perfeito (contrato).

c) comum:

1. A sentença transitada em julgado não será rescindida senão pelas causas e no prazo já estipulado em lei; lei nova não poderá modificá-la (XXXVI).

Indissolavelmente vinculado ao devido processo legal, sendo, inclusive, meio próprio para sua verificação, encontra-se a obrigação de toda autoridade (militar, policial, civil: administrativa ou judicial) de fundamentar suas decisões, a fim de se aferir não só sua legalidade estrita, mas também a justiça e moralidade do ato.

A Constituição Federal trata do assunto no art. 93:

“IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;

X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros”.

Não obstante a garantia da motivação dos atos administrativos e pronunciamentos judiciais não constar tecnicamente das cláusulas pétreas, cujo núcleo é imodificável através de emendas à Constituição (CF, art. 60, § 4º), acha-se evidentemente aí incluída, por agregar-se inseparavelmente ao princípio do devido processo, que faz parte das garantias fundamentais.

Embora inscrita no capítulo destinado ao Poder Judiciário, essa garantia, imantada pelo devido processo e pela cláusula da igual proteção, se estende, como obrigação inafastável, a toda autoridade da Administração Pública.

Também, o direito à igualdade não se materializa juridicamente por si só, necessitando do manejo do processo, como instrumental garantidor de sua existência onde, tanto no aspecto processual como na substancial, encontra-se abrangido pela cláusula milenar do devido processo legal (Due process of law).

Significa dizer que todas as garantias fundamentais outorgadas pela Constituição - inclusive a coluna mestra da igualdade, colocada como a maior de todas, tirante o direito à vida - passaram a se vincular direta e objetivamente à cláusula do devido processo e da igualdade, num vínculo de sujeição a essas, que passaram a dominar aquelas. Mesmo a garantia da igualdade, por já estar incorporada no devido processo, sujeitou-se a ele.

IX - DUALIDADE

O princípio do devido processo legal como instituto de defesa da cidadania apresenta duas faces: uma processual e outra substantiva.

Através do devido processo legal procedimental exige-se o tratamento igualitário das partes no processo, o direito ao contraditório e à ampla defesa, encampando, na esfera criminal, o princípio da inocência e a vedação de o acusado de produzir prova contra si, materializado no direito de permanecer calado.

Portanto, privilegia-se a ampla defesa, o contraditório, a motivação das decisões administrativas e judiciárias, o direito ao recurso, ao julgamento justo.

A segunda é forma de contenção do poder dos outros dois ramos governamentais pelo Poder Judiciário, através da inconstitucionalização de leis ou de atos administrativos, em confronto vertical, como normas periféricas, como a regra matriz.

No âmbito substantivo, o devido processo autoriza ao Poder Judiciário, no exercício de seu poder político como ramo do governo, aferir, a um tempo, a razoabilidade da lei, bem como exercer escrutínio estrito relativamente aquelas que violem as liberdades civis individuais e, por outro lado, exercer o controle sobre os outros dois Departamentos do Governo, através da doutrina dos freios e contrapesos (checks and balances).

Sob esse aspecto, outros direitos podem ser

aflorados da zona de penumbra constitucional como emanções de correntes do princípio do devido processo legal.

IX - CONTROLE PELO JUDICIÁRIO

O Judiciário, como poder fracionário político independente, exerce os freios e contrapesos através do controle da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos.

Esse controle se instrumentaliza através da cláusula do devido processo legal, que em sua forma substantiva permite ao Judiciário aferir e valorar politicamente os atos e opções dos outros ramos governamentais.

O Juiz, como agente político, manifesta, ao julgar o caso concreto, seu modo pessoal de visão do mundo, conservador ou progressista.

É tão legítima essa postura do Poder Judiciário, como demonstra a História Constitucional Americana, que o Judiciário, lá, assentou dois modos de se encarar a lei face à constituição:

a) - Leis abordando aspectos econômicos: são considerados em princípio constitucionais, salvo se o demandante demonstrar que a lei não é razoável aos olhos de um cidadão comum (princípio da razoabilidade das leis);

b) - leis que atingem direitos civis: são consideradas “a priori” suspeitas, merecendo do judiciário um exame mais severo e estrito quanto à sua constitucionalidade. Aqui compete ao Estado demonstrar um relevante interesse público de modo a justificar que os direitos individuais sejam afetados ou restringidos.

Vê-se que através da cláusula do devido processo legal pode-se facilmente alcançar, entre outros, os seguintes objetivos:

a) - dar nova dimensão à luta do indivíduo pela sua libertação, fornecendo como ferramenta jurídica o princípio do devido processo legal, cuja origem remonta à Magna Carta Inglesa de 1215, e que representa uma das maiores conquistas do homem no sentido de, de um lado, ter um julgamento justo e imparcial e, de outro, conter a atuação estatal dentro de limites aceitos pela sociedade democrática;

b) - evidenciar que o Poder Estatal deve ser exercido limitadamente dentro do contexto democrático, dando-se relevância às salvaguardas

da separação dos poderes e do controle de um sobre os outros dois ramos, através da doutrina dos freios e contrapesos (Checks and Balances);

c) - trazer a debate algumas estruturas existentes, evidenciando sua situação de incompatibilidade com a Democracia, que se assenta, sobretudo, na igualdade com a liberdade, visando ao aperfeiçoamento das Instituições políticas;

d) - reavaliar, dentro dessa conjuntura, a posição do Poder Judiciário, sugerindo-se uma mudança substancial: o juiz deixará de ser apenas um técnico em Direito passando a atuar como Agente Político, em correta correspondência com sua participação fracionária do Poder Estatal. Adotando essa nova postura, o juiz deixará de ser um mero aplicador da lei, tornando-se, antes de tudo, um defensor das instituições democráticas e realizador da Justiça. Assim, o Poder Judiciário passará a controlar efetivamente a atuação dos dois outros ramos do Governo e, de outro lado, ao confrontar verticalmente a lei (regra periférica) com a Constituição (norma matriz), dará prevalência à realização dos preceitos da Lei Fundamental, realizando, com isso, a vontade do povo, que é a fonte primária de todo poder estatal;

e) - democratizar o próprio poder judiciário, introduzindo nele a participação popular, dando-lhe maior legitimidade, de tal modo que sua atuação também fique sujeita ao debate e controle públicos.

Evidentemente essa abordagem não esgota a profunda e ampla dimensão da cláusula do devido processo, cujo mundo fascinante deverá ser descoberto e palmilhado por todos que amam a liberdade e detestam o arbítrio, que é o inimigo maior da cidadania.

OBS.: Palestra proferida pelo Dr. Paulo Fernando Silveira - Juiz Federal de Uberaba - MG, em 11.04.97, na Universidade de Uberaba, sob os auspícios da Escola de Governo do Triângulo Mineiro. Autor do livro “Devido Processo Legal (Due Process of Law)” e da premiada monografia “Justiça Federal: uma proposta para o futuro”.

A UNIÃO FEDERAL E O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

João Carlos Souto

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

É por demais desconfortante a posição do órgão de defesa da União Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. O desconforto tem origem na atitude do legislador constituinte de 1988 que imprimiu, a essa espécie de ação, uma dinâmica que de tão bizarra merece ser urgentemente supressa do texto constitucional.

Antes, porém, de ingressar nesse ponto nevrálgico, convém proceder a uma rápida análise acerca dos sistemas e tipos de controle de constitucionalidade de leis, o seu surgimento e qual a espécie adotada pelo Brasil.

Para melhor fixar o conceito de controle de constitucionalidade, permitam-me recorrer a um exemplo tomado do cotidiano. Imaginem um filtro que separa os dejetos imprestáveis e transforma o líquido impuro numa fonte de energia. Isso ocorre com o filtro de água, com o de óleo e com os rins sadios de qualquer ser humano. A finalidade perspicua do filtro é extirpar ou impedir que o corpo estranho, indesejável e letal à saúde daquilo que se pretende proteger, permaneça ameaçando ou comprometendo a criatura, a máquina ou o próprio líquido.

No campo da Ciência Jurídica, o controle das impurezas das normas que estejam em desacordo com o texto da Constituição Federal se efetiva através de mecanismos constantes na própria Lei Fundamental, documento que se constitui, consoante definição precisa do jurista Arx Tourinho, no “maior referencial jurídico-político de um povo.”¹ Neste capítulo — como seu próprio título já indica — serão tecidas

considerações sobre o controle da constitucionalidade das leis, naquilo que pertine ao interesse e comportamento da União Federal na denominada jurisdição constitucional.

Convém registrar — com o fito de antecipar ao leitor uma pequena amostra da amplitude e complexidade do tema — que a fiscalização da constitucionalidade no Brasil, ancorada no sistema jurisdicional, compreende o controle abstrato (genérico, concentrado) e o difuso (incidental, concreto). O primeiro se concretiza na ação direta de inconstitucionalidade interventiva; na ação direta de inconstitucionalidade; na ação direta de inconstitucionalidade por omissão e na ação declaratória de constitucionalidade.² Por sua vez, o controle difuso pode ocorrer em qualquer processo, sendo desinfluyente a fase processual e o juiz ou tribunal que o preside. Não é sem razão que o Ministro Sidney Sanches, em palestra sobre o Supremo Tribunal Federal, proferida na Universidade de Uberaba, afirmou que o “Brasil possui o mais completo controle de constitucionalidade das leis do mundo”.³

2. SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1. Na Europa.

No Direito comparado — mesmo nos países ocidentais — o sistema de controle de constitucionalidade de leis varia de forma bastante significativa. Os franceses, por exemplo, alicerçados

na crença de que a lei é a expressão da vontade geral e, por conseqüência, o Parlamento é o único órgão soberano, nunca admitiram que a fiscalização da constitucionalidade das leis fosse outorgada ao Judiciário.⁴ Acreditavam, como ainda hoje acreditam, que admitir o contrário seria legitimar a intromissão do Judiciário aos assuntos legislativos. Daí porque, na França, a responsabilidade pelo controle da constitucionalidade das leis toca a um órgão especial, o Conselho Constitucional, criado pela Constituição de 1958, após experiências parecidas postas em prática pelas Constituições de 1852 e 1946.

A solução espanhola, adotada pela Constituição de 1931, previa que o controle de constitucionalidade — assim como o modelo francês — tocaria a um tribunal especial. O que há de peculiar na experiência posta em prática pela Espanha é a diversidade dos membros dessa corte especial. Dela faziam parte representantes eleitos pelo Poder Legislativo, funcionários graduados do Poder Executivo, membros do Conselho de Advogados, professores de Direito e representantes das regiões territoriais da Espanha. Também na extinta União Soviética a incumbência era de um órgão especial, o Soviete Supremo.

Contudo, a experiência européia, em sede de controle de constitucionalidade das leis, não se circunscreve ao modelo francês, soviético e espanhol. Outros países erigiram sistemática própria, a exemplo do controle político que consistia em outorgar tal atribuição ao próprio Poder Legislativo. Esse modelo, que vicejou no século XIX, não rendeu bons frutos, motivo pelo qual não floresceu até os dias atuais, pelo menos na sua forma primitiva, isto é, o controle exercido isoladamente por órgão legislativo.

A Suíça, por seu turno, preferiu adotar o controle misto, que se baseia numa certa hierarquização das normas. Nesse sistema, a argüição de inconstitucionalidade de leis federais é apreciada pela Assembléia Nacional, vale dizer, pelo Poder Legislativo, exemplo, pois, de controle político. Por outro lado, no caso das leis locais o controle toca aos membros do Poder Judiciário.

2.2. O modelo norte-americano

Por fim, o controle jurisdicional que deita raízes nos Estados Unidos e que consiste no monopólio do Poder Judiciário em declarar se um determinado ato normativo é ou não constitucional, isto é, se está ou não em consonância com os ditames da Lei Fundamental.

De todos esses sistemas o que se revelou mais eficaz foi o norte-americano, que nasceu fruto da coragem⁵ e argúcia do *justice* John Marshall,⁶ ao julgar, no ano de 1803, o célebre caso *Marbury vs. Madison*.⁷ Marshall, então presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, decidindo aparentemente sem nenhuma pretensão doutrinária, porém muito mais voltado para um julgamento de grande interesse e repercussão nacional, assinalou, como quem estivesse escrevendo à posteridade:

“(...) *The constitution is either a superior paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, is alterable when the legislature shall please to alter it.*

If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law: if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power in its own nature illimitable.

Certainly all these who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation and, consequently, the theory of every such government must be, that an act of the legislature, repugnant to the constitution is void. (...)

So if the law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty.

If, then, the courts are to regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.”⁸

Com essa lógica imbatível de quem não precisa usar escafandros para construir um raciocínio profundo, John Marshall inaugurava importante capítulo da história política e constitucional dos Estados Unidos, tornando-os — julgado e julgador — referências obrigatórias de qualquer autor que se debruce sobre o tema controle de constitucionalidade das leis. Não é sem razão a assertiva do *constitucional scholar* Craig R. Ducat, de que “provavelmente não há livro de prática de direito constitucional que não

inicie mencionando *Marbury vs. Madison*”, (“*there is scarcely a casebook on constitutional law that does not begin with Marbury vs. Madison*”).⁹

Portanto, a expressão — e principalmente a técnica — do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis (*judicial review*) é legado do Direito Constitucional norte-americano, nascido no limiar do século XIX. Todavia, há um consenso, na doutrina especializada, — sem, contudo, desmerecer o papel desempenhado pelo *chief justice* Marshall — de que a semente doutrinária já vinha sendo, em termos, semeada algumas décadas antes do famoso julgamento de 1803.

Benjamin F. Wright¹⁰ comentando a evolução do Direito Constitucional norte-americano, assinala que as considerações de *Sir Edward Coke*, jurista inglês da metade dos séculos XVI e XVII, guardavam certa semelhança com relação ao que mais tarde Marshall viria implementar. Em síntese, a opinião de Coke era que o *common law* deveria prevalecer sobre os atos do Parlamento e, se necessário, torná-los ineficazes, sempre que o ato legislativo fosse “contra o Direito e a razão, ou repugnante, ou impossível de ser executado.”.

Note-se que, podemos assim dizer, a “teoria” de Coke não mencionava atos constitucionais, pela simples razão de que “o controle de constitucionalidade das leis” dificilmente encontraria ambiente favorável em um país como a Inglaterra, que não possuía — como ainda hoje não possui — Constituição escrita. Contudo, a grande importância dessa construção doutrinária era de que ela já acenava com a possibilidade de controle sobre os atos do Parlamento, não porque contrários à Constituição, mas quando esses atos, por absurdo ou “repugnância”, atentassem contra o direito costumeiro. Há registros de que algumas cortes inglesas implementaram a teoria construída pelo citado jurista. Todavia, o *Bill of Rights*, fruto da guinada democrática de 1688, robusteceu o Parlamento Inglês e profligou a liberdade do magistrado de julgar os atos do legislativo.

Transportada para a América, a teoria de Edward Coke encontrou condições favoráveis de ser posta em prática, ainda na época das Treze Colônias; despida, contudo, da força dogmática que, mais tarde, a Constituição de 1787 e a doutrina de Marshall viriam implementar.

A semente já havia sido lançada, porém, de nada adiantaria esse grão sem o advento da Carta promulgada pela Convenção de Filadélfia e sem a

histórica decisão de *chief justice* John Marshall. Em suma, o texto constitucional de 1787 fez surgir o ambiente favorável à adoção do *judicial review*, cristalizado pelas mãos de Marshall no polêmico caso *Marbury vs. Madison*.

3.0 SISTEMA ADOTADO NO BRASIL

3.1. Considerações Gerais

O controle da constitucionalidade das leis exercido pelo Judiciário é hoje o mais difundido e, inclusive, adotado por vários países da América Latina, além do Canadá, Austrália e Japão, dentro outros. O Brasil, espelhando-se no exemplo norte-americano, acolheu-o há mais de um século, através do art. 59, § 1º, b, da Constituição de 1891.

Todavia, de pouca utilidade teria sido o mencionado dispositivo constitucional da nossa primeira Carta Republicana, se Ruy Barbosa não houvesse insistido na tese de que o Judiciário possuía efetiva condição de declarar inconstitucionais os atos legislativos. Ocorre que não obstante a clareza do supracitado art. 59, o Judiciário mostrava-se temeroso em incursionar pelo terreno novo e, de certo modo, desconhecido, do controle dos atos do Legislativo e do Executivo.

A tibieza do Judiciário era de certo modo compreensível, visto tratar-se de uma prerrogativa recente, poderosa e nunca antes exercitada em solo pátrio. Não se pode olvidar, também, que o regime constitucional que antecedeu ao de 1891 atribuía ao Legislativo exercer o *mumus* de guardar a Constituição (Constituição de 1824, art. 15, 9º)¹¹ e, ao Imperador, através do “superpoder” Moderador, a incumbência de resolver os conflitos entre os poderes. Num cenário desses e, ainda, levando-se em conta que o modelo francês de controle não estava em mãos de juízes, mas sim de um órgão especial, e o sistema inglês sequer conhecia — como ainda hoje desconhece — o controle de constitucionalidade (dois países que exerceram até então enorme influência sobre o Brasil), não era de se estranhar que o Judiciário brasileiro, pouco depois de promulgada a primeira Constituição Republicana, não se sentisse muito à vontade para declarar inválidos, por vício de inconstitucionalidade, atos emanados do Executivo e Legislativo.¹²

Felizmente, a insistência de Ruy Barbosa, fê-lo mudar de posição e, em fevereiro de 1895, o juiz

Henrique Vaz Pinto Coelho, acolheu a tese expendida pelo grande juriconsulto baiano. A decisão do juiz de primeiro grau fora posteriormente mantida pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento datado de 19 de setembro de 1895. O acórdão¹³ encontra-se assim ementado: “É nulo acto do Poder Executivo que reforma forçadamente um official militar, fora dos casos previstos na lei. A Fazenda Nacional é obrigada a pagar os vencimentos e vantagens pecuniárias que deixou de perceber o official reformado e que serão abonados enquanto perdurarem os effectos desse acto illegal.” (texto original).

3.2 Ruy e a apelação n. 112

As considerações tecidas pelo Supremo Tribunal Federal, ao analisar a apelação n. 112, proposta pela “Fazenda Nacional”, demonstram cabalmente que a doutrina de Marshall encontrara campo fértil na mais importante Corte de Justiça Brasileira. E não poderia ser de outra forma, porque abaixo da linha do Equador a lógica inexorável do mais famoso *chief justice* americano estava impregnada com o brilho e a impressionante capacidade de convencimento de Ruy Barbosa, advogado do marechal José Almeida Barreto, na ação em que, pela primeira vez no Brasil, um tribunal de justiça considerou um ato normativo eivado de inconstitucionalidade.

A decisão do Supremo fora proferida em grau de recurso, posto que antes, como visto, Ruy Barbosa já houvera convencido o juiz Henrique Vaz Pinto Coelho da inconstitucionalidade do decreto que havia aposentado compulsoriamente o mal. Almeida Barreto. De sorte que a apelação da Fazenda Pública Nacional não surtiu efeito algum, a não ser o e possibilitar à Corte Suprema a chance de pôr em prática o poder-dever que a primeira Constituição republicana lhe outorgara.

O *veridictum* a que chegou o Supremo Tribunal Federal não fora proferido à unanimidade dos ministros que participaram do julgamento, mas isso não diminuiu a importância da decisão tomada, até porque não divergiram acerca da possibilidade do exercício do controle da constitucionalidade das leis, mas sim por outros detalhes.

No Brasil, o controle de constitucionalidade das leis sofreu, no decorrer deste século, uma longa e lenta evolução. O marco inicial, como visto, é a primeira Constituição Republicana, publicada em 1891. Quatro anos mais tarde, o Judiciário passou a

exercitar o poder-dever que aquela Carta Política lhe conferira. Desde então o sistema brasileiro, originado do norte-americano, tem se aperfeiçoado a cada passo, ou melhor, (*sic*) a cada nova constituição, até chegar a atual, que inovou mais do que qualquer outro texto constitucional do passado, alargando o campo da legitimidade ativa para propor a ação direta de inconstitucionalidade e criando a figura do “curador do texto constitucional impugnado”, ninguém menos do que o Advogado-Geral da União, ele próprio uma salutar e eficaz inovação¹⁴ do constituinte da imprópriamente denominada “década perdida”.

Advirta-se — talvez já tardiamente — que não se insere entre os objetivos deste trabalho proceder a um levantamento histórico e minucioso sobre as questões referentes ao controle de constitucionalidade das leis e como ele tem sido tratado pelas constituições que sucederam a primeira Lei Fundamental da República Federativa do Brasil.

A análise do tema sob a luz da Constituição de 1988¹⁵ afigura-se suficiente à sua compreensão, sem olvidar que, conforme já assinalado, o desideratum destas linhas não é de dissecar o controvertido tema de controle de constitucionalidade, mas sim o de delinear o perfil da União Federal consoante os ditames estabelecidos pela própria Carta Magna.

4. AÇÃO DECLARATÓRIA INCIDENTAL

4.1. Considerações Gerais

Qualquer juiz ou tribunal pode, no curso de uma ação, proferir decisão declarando inconstitucional lei ou ato normativo. Quando isso ocorre o magistrado — ou o grupo de magistrados, se se tratar de tribunal — estará exercendo o controle difuso de constitucionalidade das leis, também chamado de concreto ou incidental.

A denominada “fiscalização concreta da constitucionalidade” é um procedimento relativamente simples e passível de ser aplicado em qualquer uma das milhões de ações que tramitam perante o Judiciário brasileiro. Para tanto, basta que o autor, o réu, o litisconsorte ou ainda o Ministério Público, conjunta ou isoladamente, argua, numa situação concreta, em defesa do seu direito, (na hipótese do M.P. será o direito da sociedade) a inconstitucionalidade de um determinado dispositivo de lei, e o juiz¹⁶ responsável

pelo caso, na decisão, acolha o pedido, declarando que a norma inquinada de inconstitucional contraria um determinado artigo da Lei Fundamental.

É desinfluyente a origem da norma acoimada de inconstitucionalidade: ela pode ser federal, estadual ou municipal. Da mesma forma, não importa a espécie de Justiça à qual o magistrado esteja vinculado; tanto faz se ele é federal, estadual ou pertença à denominada justiça especializada: militar, do trabalho e eleitoral. Também não importa se se trata de juiz singular ou decisão colegiada, ainda que do Supremo Tribunal Federal. Enfim, qualquer órgão judicial, dentro dos limites da sua competência, pode exercer a fiscalização concreta.

O órgão judicial de primeiro grau, ao declarar por sentença a inconstitucionalidade de ato normativo, não está obrigado a recorrer de ofício, eis que não há *in casu* decisão genérica contra ente público, nos termos do art. 475 do Código de Processo Civil.¹⁷ Nada impede, porém, a interposição de recurso pelo sucumbente, que, na defesa do seu direito, pode, inclusive, submeter a sua tese ao julgamento do Supremo Tribunal Federal, por via do recurso extraordinário. A competência do Supremo em sede de controle difuso de constitucionalidade das leis encontra-se disposta no art. 102, III, b e c, da atual Carta Política: Art. 102. “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (...) b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.”.

Entretanto, o controle incidental exercido pelo Supremo Tribunal Federal não se restringe, como é óbvio, ao recurso extraordinário previsto no art. 102, III, b, da Carta Política de 1988. Desse entendimento, compartilha Clèmerson Merlin Cleve:

“É evidente que o Supremo Tribunal Federal pode, incidentalmente, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (federal, estadual ou municipal) em qualquer feito de sua competência original, recursal, ordinária e recursal extraordinária). Entretanto, o recurso extraordinário (art. 102, III, da Lei Fundamental da República) constitui o principal mecanismo, nos casos concretos, de encaminhamento de questões constitucionais à Suprema Corte.”.¹⁸

A decisão do juiz singular, que declara a inconstitucionalidade de dispositivo de lei ou ato normativo, é proferida *incidenter tantum*, isto é, o objetivo da ação não é a declaração de inconstitucionalidade em si mesma, mas, uma situação de fato, um pedido concreto (e.g. a anulação de um contrato, de uma multa, a repetição de indébito) no qual incidentalmente o autor ou réu, ou os litisconsortes, pedem que seja reconhecida a desconformidade de um determinado texto legal em relação à Constituição. É por isso que se denomina também de controle incidental, porque está sempre jungido a uma situação concreta, constituindo-se a declaração de inconstitucionalidade num incidente do processo.

4.2 Alcance da decisão

No controle incidental, a decisão proferida só faz coisa julgada entre as partes. Não atinge terceiros nem vincula outros juízes a procederem da mesma forma, ainda que o acórdão seja do Supremo Tribunal Federal. Isso porque, no Brasil, não vigora o efeito vinculante das decisões proferidas pelos tribunais superiores. De sorte que, se o Supremo entende que a lei X é inconstitucional, e essa decisão for proferida no exercício da fiscalização concreta, qualquer outro órgão judicial terá toda liberdade de julgar de forma diversa, isto é, pode, em outro processo, declarar constitucional a norma anteriormente defenestrada pela mais alta Corte do país.

O que o juiz singular ou qualquer outro tribunal está impedido de fazer é, no mesmo processo, na execução da decisão transitada em julgado, negar-se a dar andamento ao processo executivo por entender que a norma é inconstitucional. Nesse caso, o magistrado não pode proferir entendimento contrário em razão da autoridade da coisa julgada que torna a decisão imutável, só alterável na hipótese de ação rescisória.

Entretanto, é possível que o Supremo Tribunal Federal, no exercício de jurisdição constitucional difusa, ao julgar um recurso extraordinário em que se discute a constitucionalidade de determinado dispositivo legal, profira decisão que, posteriormente venha a ter eficácia *erga omnes*. Mas para isso é imprescindível a concorrência de uma outra instância de poder, não bastando a decisão isolada da Corte Constitucional. É o que se infere do art. 52, X, da

Carta Política de 1988, que faculta ao Senado Federal a possibilidade de “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Por decisão definitiva entende-se aquela que é precedida de outras decisões, de sorte que o auxílio do Senado só se torna necessário nos casos de controle incidental.

Com essas considerações acerca do tema da fiscalização concreta, é possível concluir que a União Federal não tem interesse direto sobre as ações em que se discute a constitucionalidade das leis de forma incidental, salvo, nos casos em que ela é parte ou litisconsorte. Enfim, a União, não sendo parte ou litisconsorte na causa, não tem interesse genérico sobre essas ações, não exerce a atividade de curador da norma quando se discute casos concretos.

5. AÇÃO DIRETA INTERVENTIVA

A ação direta interventiva, ou, como preferem alguns, “representação interventiva”, encontra-se disposta no art. 36, III, da Carta Política de 1988. Não se trata, porém, de inovação do constituinte de fins da década passada. Desde 1934 que o ordenamento jurídico brasileiro prevê esse tipo de ação. A partir de seu aparecimento, inúmeras mudanças foram adotadas, contudo, a posição da União Federal (talvez fosse melhor dizer o interesse) permanece, desde então, praticamente inalterada. Se o interesse do ente federal não sofreu alterações de relevo, o mesmo não se pode dizer, como se demonstrará a seguir, a respeito do órgão que deveria representá-la nessa espécie de ação constitucional.

Antes, porém, de discorrer sobre essa questão atinente ao órgão de representação da União Federal nas ações interventivas, convém que se fixe, ainda que *en passant*, o seu objeto e características outras.

A finalidade última da intervenção (seja da União Federal nos Estados ou no Distrito Federal e dos Estados no Município) é pôr fim a uma situação anormal que contraria o texto da Constituição ou dar cabo à ameaça a integridade do Estado, como nos casos de invasão estrangeira ou, ainda, impedir o conflito entre Estados Membros da Federação. É, por conseguinte, uma providência excepcional¹⁹ que temo escopo de restabelecer a ordem e o império da lei, afastando, através de uma medida prevista na Lei

Fundamental, uma situação de extrema gravidade.

O instituto, como visto, pode ser usado em diversas situações admitidas pela Constituição Federal, contudo, só nos casos do art. 34, VII, é que se faz necessário o ajuizamento da ação direta interventiva, a ser proposta pelo Procurador-Geral da República, perante o Supremo Tribunal Federal. É essa espécie da intervenção que interessa ao presente estudo.

Ajuizada a ação direta interventiva, cabe ao Supremo Tribunal Federal julgá-la procedente ou improcedente, isto é, acolher ou não o pedido formulado pelo Procurador-Geral da República. Manifestando-se pela procedência, a Corte Suprema comunicará ao Presidente da República o teor da decisão e este suspenderá o ato julgado inconstitucional. Se a medida for suficiente, isto é, se o Estado-membro aceitá-la sem resistência, a normalidade constitucional estará restabelecida, de sorte que não haverá mais motivos para a intervenção. Entretanto, se o Estado, parte ré na ação interventiva, desconsiderar a suspensão determinada pelo chefe do Executivo Federal, a este não restará outra alternativa senão decretar a intervenção com vistas a tornar efetivo o acórdão do Supremo Tribunal Federal.

5.1. Partes

O texto constitucional (arts. 34, VII e 36, III) não deixa dúvidas acerca de quem possui legitimidade para requerer a ação direta interventiva. De sorte que, no plano federal, são partes a União, sempre na qualidade de autora, e o Estado-membro ou o Distrito Federal, como parte ré.

Sendo autora a União Federal, era de se esperar que a sua representação em juízo se desse em consonância com o art. 131 da Constituição da República, que erigiu a Advocacia Geral da União como “instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente. (...) Não foi o que ocorreu. A ‘representação’ do ente federal, exclusivamente nesse tipo de ação, toca à (*sic*) Procuradoria-Geral da República.” Trata-se de enorme contra-senso. Se na ação direta interventiva é autora a União Federal, se o interesse é da pessoa jurídica de Direito Público, e não diretamente da sociedade, a representação judicial daquela só poderia recair sobre a instituição encarregada pela própria Lei Fundamental em defender os seus interesses – dele ente federal – em juízo.

O equívoco do constituinte de 1988 não passou impune à observação precisa de Cléve que, nesse aspecto, considerou a “Constituição contraditória”, porque, “primeiro, veda aos membros do Ministério Público o exercício da representação judicial de entidades públicas (art. 129, IX, da CF) para, depois, dar ao procurador-geral da República a titularidade da ação direta interventiva (art. 36 da CF)”. E o mesmo autor completa:

“(…) a descaracterização da ação direta interventiva não começou com a Constituição de 1988, senão antes, com a Constituição de 1969 quando, prevista a representação interventiva no plano estadual (art. 15, da CF/69), atribuiu-se a titularidade da ação ao Chefe do Ministério Público local. Ou seja, a confusão, quanto à titularidade da ação, iniciou-se em 1969 e completou-se em 1988”.²⁰

Assim, não seria absurdo registrar que a Lei Fundamental de 1988 parece ter acolhido exceções à regra do art. 129, IX e art. 131, ao admitir que o Ministério Público Federal (*sic*) represente a União Federal nas ações diretas interventivas e ao afastar a Advocacia-Geral da União dessa atribuição. Pode-se afirmar, também, que as exceções erigidas ocorreram muito mais por imperícia do que por uma decisão técnica, consciente e amadurecida.

6. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

6.1. Considerações gerais

A ação direta de inconstitucionalidade é um dos mecanismos insertos na Carta Política de 1988, pelo constituinte originário, com o fito de preservar a compatibilidade vertical do ordenamento jurídico brasileiro. Em outras palavras: posto ser inaceitável a existência de lei ou ato normativo contrários ao texto constitucional (princípio da supremacia), criou-se — com o escopo de protegê-lo e de manter a harmonia entre a norma superior e as demais que nela encontram fundamento — uma providência jurisdicional especial e célere, capaz de retirar de circulação lei ou ato normativo dissonante com norma ou princípio da Lei Fundamental.

6.2. Competência

A competência para julgá-la é exclusiva do

Supremo Tribunal Federal nos casos de impugnação de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Lei Fundamental. Por outro lado, a competência toca à Justiça Estadual, pelo órgão de cúpula de cada Estado (Tribunal de Justiça) nas hipóteses de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual — CF/88, art. 102, I, a e 125, § 2º. Trata-se, em ambos os casos, de exercício de jurisdição constitucional concentrada e abstrata, posto que deferida exclusivamente a um órgão de cúpula do Judiciário (federal e estadual) que apreciará o teor da norma, sem se ater a situações concretas, próprias da modalidade jurisdicional difusa.

O direito brasileiro de fins do século passado e início deste desconhecia o controle concentrado de constitucionalidade das leis. Então o Judiciário apreciava as questões constitucionais somente nos casos concretos. Esse panorama só começaria a mudar a partir de 1934²¹ quando surgiu a ação direta de inconstitucionalidade interventiva e, tempos depois a ação direta de inconstitucionalidade através da Emenda Constitucional 16,²² de 1965 - portanto já na vigência do Regime Militar.

6.3. Legitimidade

Aquela época, meados da década de 60, até a promulgação da atual Constituição, a ação direta de inconstitucionalidade só tinha um titular, o procurador-geral da República, “árbitro da conveniência da sua propositura”, consoante definição do Ministro Moreira Alves²³. De fato, o entendimento do chefe do Ministério Público da União no sentido de que inexistia razão para a propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade era óbice intransponível ao ajuizamento da referida ação²⁴. Nessa hipótese a norma só poderia ser impugnada através do controle difuso,²⁵ apreciando, o Judiciário, através de qualquer juiz ou tribunal, a situação concreta e proferindo decisão válida somente para as partes.

O Estatuto Supremo de 1988 deu cabo a essa situação, introduzindo duas²⁶ modificações de relevo na ação direta de inconstitucionalidade. A primeira delas refere-se à ampliação significativa do rol de legitimados a propô-la. Antes, como visto, a atribuição era exclusiva do procurador-geral da República. Cômico de que essa situação de unicidade não trazia benefícios a ninguém, o constituinte, numa atitude

democrática e digna dos maiores elogios, entendeu necessário dilatar o elenco dos legitimados e, como tal, previu, no art. 103, que além do chefe do Ministério Público da União também são aptos o Presidente da República, a Mesa do Senado, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa, o Governador de Estado, o Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.²⁷

6.4. A posição do Advogado-Geral da União

A segunda modificação significativa — ainda que, como adiante se demonstrará, mereça urgente reparo — refere-se à necessidade da defesa prévia do ato impugnado através da citação do advogado-geral da União, que, sob qualquer hipótese, tem obrigação de defendê-lo. Essa imposição ao Advogado-Geral da União decorre de dispositivo constitucional, art. 103, § 3º.

Dessa forma, a atribuição do advogado-geral não se circunscreve a de chefe da instituição que, “diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente (...)” (CF/88, art. 131). Ele também é o “curador da presunção de constitucionalidade da lei”,²⁸ consoante acórdão do Supremo Tribunal Federal, fundamentado no artigo 103 supradito. Com isso, o constituinte introduziu o contaditório em sede de controle abstrato; assim, o julgamento de todo e qualquer ato impugnado deverá ser precedido de defesa apresentada por aquela autoridade.

Nesse mesmo acórdão o Supremo decidiu que o advogado-geral é negada a opção de defender ou não o ato impugnado. Não lhe cabem subjetividades, mas, tão-somente cumprir o comando constitucional.

Com essa decisão, alicerçada no já mencionado § 3º, do art. 103, do Estatuto Político, o Advogado-Geral da União não raro terá diante de si situações de difícil solução, diria mais, verdadeiros dilemas, consequência da inabilidade do constituinte ao instituir o contraditório em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

O texto constitucional — reforçado pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal, seu guardião e principal intérprete — impõe ao advogado-geral um comportamento, em determinados casos, contraditório. Suponha-se que ele sugira, através de parecer, que o Presidente da República vete um determinado projeto de lei, por considerá-lo contrário à Constituição. Considere-se que, mais tarde, o veto seja derrubado pelo

Legislativo e a lei, tão logo promulgada pelo presidente do Congresso, torne-se objeto de uma ação direta de inconstitucionalidade, movida pelo Presidente da República e assinada pelo próprio Advogado-Geral.²⁹ A interpretação literal do § 3º do art. 103, tal como procedida pelo Supremo, impõe ao advogado-geral — ou ao menos a um de seus subordinados — a defesa do ato considerado por ele próprio como inconstitucional.

Haveria maior dilema para uma autoridade da envergadura do Advogado-Geral da União, incumbido pela Lei Suprema, da nobre, árdua e gigante tarefa de chefiar a instituição responsável pela defesa do patrimônio público federal, do que ter que defender ato flagrantemente inconstitucional e por ele próprio previamente considerado como tal?

Esse argumento, em termos, é semelhante ao usado pela Procuradoria da República no julgamento da Adin 97-7/89, oriunda do Estado de Roraima. Ocorre que, em 1989, ano do julgamento da mencionada ação direta de inconstitucionalidade, a Advocacia-Geral da União ainda não se encontrava instalada³⁰ e o papel de Advogado da União continuava sob a responsabilidade da Procuradoria-Geral da República. Nos casos de ação direta de inconstitucionalidade, o chefe do Ministério Público da União designava um dos membros da instituição para fazer as vezes de advogado-geral da União, defendendo o ato impugnado.

Por ocasião do julgamento da Adin supracitada, ajuizada pelo Governador do Estado de Roraima, que se insurgia contra ato normativo da Assembléia Constituinte daquela unidade da Federação, a procuradora da República Odília Ferreira, restituiu os autos ao Supremo Tribunal Federal, argumentando, em síntese, que:

“(...) a ampliação da defesa exercida pelo advogado-geral da União às leis e outros atos normativos federados poderia, em certas e não raras hipóteses, criar um conflito com as atribuições ordinárias do órgão por ele chefiado”.

Ao final, arrematou a ilustre procuradora: “a interpretação ampla da função prevista no art. 103, § 3º, porque estende a defesa exercida pelo advogado-geral da União e, ao mesmo tempo, restringe injustificadamente a competência dos procuradores dos Estados, **fere, sem dúvida, os interesses das unidades federadas.**” (grifou-se).

Ora, essa hipótese é ainda mais relevante do aquela que utilizei linhas acima. Trata-se de restrição à autonomia da unidade federada, princípio intocável da Lei Fundamental, consoante art. 60, § 4º, I. Suponha-se

que o advogado-geral da União, no estrito exercício da sua atribuição legal de “mais elevado órgão de assessoramento jurídico do Poder Executivo”³¹ proponha ao Presidente da República o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade contra lei estadual que, ao seu juízo, invadiu competência legislativa federal (art. 22 da CF/88). Indaga-se: qual a independência que o Advogado-Geral teria para defender o texto por ele mesmo impugnado, como determina o art. 103, § 3º? Mesmo que o autor da ação direta fosse um outro legitimado - por exemplo o Conselho Federal da OAB - a defesa seria do tipo constrangida e não totalmente isenta.

É de se ver que, nesse exemplo, a unidade federada sairia prejudicada porque a defesa dificilmente iria se esforçar para a manutenção daquilo que (*sic*) ela própria já considerara contrário ao interesse da União e, por sua vez, a procuradoria do Estado não poderia sustentar a constitucionalidade do ato perante a Corte Suprema, restando, pois, arranhado o princípio federativo.

Muito embora tenham decidido, à unanimidade, pela necessidade da defesa, em qualquer hipótese, através do advogado-geral, os Ministros que participaram do julgamento da Adin 97-7, de 1989, não esconderam certa perplexidade pela inconsistência e desarmonia do tantas vezes citado § 3º do art. 103. Por relevante, transcrevo trechos dos votos proferidos na referida ação direta.³²

O relator, ministro Moreira Alves, alinhavou inúmeras considerações sustentando a possibilidade de o advogado-geral atuar como chefe da instituição (atividade que chamou de “função normal”) e a de curador da norma (que designou de “competência especial”)³³. Adiante consignou que:

“Poder-se-á criticar a conveniência da norma do § 3º do art. 103 da CF, mas não se poderá deixar de aplicá-lo ou de reduzir-lhe o seu alcance com base nas atribuições constitucionais normais da Advocacia-Geral da União. (...)”.

Para o ministro Celso de Mello, a “Constituição deferiu, ao advogado-geral da União, uma função jurídico-processual indeclinável.” E continua:

“A indeclinabilidade do exercício dessa atividade constitucionalmente deferida ao advogado-geral da União não lhe permite, em conseqüência, exonerar-se desse especial encargo constitucional que lhe foi cometido. Trata-se, aí, de uma função anômala e extraordinária do advogado-geral da União, que não

atua, no processo de ação direta, como representante judicial dessa pessoa estatal, mas como defensor impessoal da validade dos preceitos infra-constitucionais, quer emanados da própria União Federal, quer editados pelos Estados-membros.”

O ministro Sepúlveda Pertence usou de expressões mais fortes, e nem por isso inadequadas, para definir a imposição constitucional do art. 103, § 3º:

“A norma do art. 103, § 3º, é incontornável. Evidente que a considero um desarranjo sistemático da Constituição. Essa função de curadoria da lei atacada, por todas as razões, mais adequada ficaria entre as atribuições do Ministério Público Federal: não do procurador-geral, que tem, o processo, um outro papel; mas, de outro Membro do Ministério Público, até pelas garantias de que está cercado na Constituição, e não tocar à Advocacia-Geral. Por mais que se diga que a União não se faz representar, fazem-se presentes e far-se-ão presentes, constantemente, relevantes interesses do Governo, na qual está vinculada, por um dever estrito de lealdade, a instituição da Advocacia-Geral da União. É cochilo, essa atribuição, a meu ver, mas, enquanto não alterada, ela cabe ao advogado-geral da União. Quero apenas marcar, para reflexões futuras, essa anomalia do texto constitucional, acompanhando, porém, o voto do Relator.”

Após salientar o caráter imperativo da norma o ministro Otávio Galotti registrou que a função por ela outorgada é anômala:

“Penso, Sr. Presidente, que, na norma imperativa do art. 103, § 3º, o legislador constituinte quis dar, à Advocacia-Geral da União, uma função especial, extraordinária ou anômala, como aqui foi dito, diferente daquela função orgânica, estrutural, prevista no art. 131”.

O ministro Sidney Sanches, em que pese ter reconhecido a problemática do mencionado dispositivo, preferiu não enfrentar o problema de logo, deixando-o para mais tarde, como é da tradição sul-americana. Não ocorreu ao ilustre julgador que a recusa em defender o ato era justamente o ponto nevrálgico do relatório do ministro Moreira Alves, ante a negativa da procuradora da República em defender o indefensável. A expressão “é possível que um dia nenhum advogado da União (...)”, quis exprimir um futuro que, na verdade, já era presente e disso o Ministro não se apercebeu:

“Penso que pode acontecer o advogado-geral da

União ou a quem lhe faça às vezes, sentir-se tão constrangido, não se sentir em condições de funcionar e pedir substituição. É possível que um dia nenhum advogado da União se disponha a defender o ato acoimado de inconstitucional. Aí teremos de resolver o problema, que, no caso, ainda não surgiu.

Mas, de qualquer maneira, por ora, acompanho o eminente Relator e os Ministros que me precederam.”

Ao então ministro Francisco Rezek, o incômodo e o defeito da norma pareceram dificuldades superáveis:

“Há uma profunda coerência entre o incômodo causado por esta norma e a gênese da própria norma — que, por acaso, todos conhecemos. Acho, entretanto que, com todos os seus defeitos, ela não chega a sabotar o sistema. Eu me sentiria menos seguro se o Ministério Público fosse forçado, pelo texto constitucional, a exercer esse encargo; se ao fiscal da lei, àquela instituição cujo comprometimento maior é com a ordem jurídica, se houvesse imposto esse ônus. As dificuldades me parecem superáveis no caso da Advocacia-Geral da União.”

Outro que preferiu crer numa solução futura — só não disse qual — foi o Ministro Aldir Passarinho, que salientou o caráter surpreendente do mencionado dispositivo constitucional:

“Sr. Presidente, a norma do art. 131 da Nova Carta Política, de certo modo, chega a surpreender. É que, por ela, a Advocacia-Geral da União — além da função de representar a União e de exercer as atividades de Consultoria e Assessoramento Jurídico do Poder Executivo — fica obrigada, também, a defender uma norma legal, mesmo estadual, que possa entrar em conflito com a Constituição Federal e que até diretamente possa contrariar os interesses da União Federal.

(...) A Advocacia-Geral da União, pelo art. 103 da CF, encontrará ela o caminho prudente para exercer sua funções, sem que ao mesmo tempo se viole, quando achar dificuldade na defesa de norma absolutamente inconstitucional.”

Os votos *supra* reproduzidos dizem bem da complexidade do art. 103, § 3º da Lei Fundamental e, por conseqüência, da extrema dificuldade de interpretá-lo e o “constrangimento” em aplicá-lo. De sorte que, se a norma constitucional é “incômoda”, “anômala”, “surpreendente”, causa “constrangimento” e provoca um “desarranjo sistemático na Constituição”, só resta ao constituinte de segundo grau proceder a alteração

devida — se se quiser mantê-la — ou simplesmente suprimi-la, haja vista não encontrar-se dentro do núcleo imodificável do texto maior.

Em outra ocasião, a impertinência do art. 103, § 3º, do texto constitucional foi objeto também das considerações do então Procurador-Geral da República, Aristides Junqueira, em vitorioso parecer proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 51-9-RJ, proposta contra a Resolução 02/88, do Conselho Universitário da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Buscava a Procuradoria da República, nessa ação, a declaração da inconstitucionalidade da citada resolução, que determinava a escolha do respectivo reitor e vice-reitor, através de processo eleitoral que deveria iniciar-se e findar-se no “âmbito da UFRJ”. A inconstitucionalidade, reconhecida pelo Supremo Tribunal, residia justamente nesse item, posto que a autonomia concedida às universidades não alcança a competência de legislar sobre a matéria (art. 22, XXIV, da CF) e não tem o condão de retirar do Presidente da República o direito de nomear o Reitor escolhido pela instituição.

A invasão de competência restava absolutamente evidente e, mesmo assim, contrariamente aos interesses da União, ao advogado-geral cabia defender o texto impugnado em cumprimento ao art. 103, § 3º da Lei Maior. Sobre a contradição do texto fundamental disse o Procurador-Geral da República:

“6. Manifestou-se, em seguida, a advogada-geral da União, em observância ao disposto no artigo 103, § 3º, da Constituição Federal, pugnando pela improcedência da ação, ‘em defesa do ato impugnado’.

7. Preliminarmente, com a vênua devida, não nos parece pertinente, aqui, a defesa, pela União, do ato impugnado, dada a evidente oposição de interesses entre ela e o seu ente autárquico.”³⁴

Até o presente momento, só três constitucionalistas se ocuparam em alinhar algumas breves considerações em torno desse tema palpitante. Foram eles: Gilmar Ferreira Mendes, Nélson Jobim e Clèmerson M. Clève. Os dois primeiros, mediante artigo elaborado a quatro mãos intitulado “A reforma do Judiciário: a jurisdição constitucional na revisão constitucional de 1994 - parte 1”³⁵. O terceiro, na sua obra *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro*.³⁶ Em comum, críticas ao texto e sugestão no sentido de suprimi-lo.³⁷

Nelson Jobim e Gilmar Ferreira Mendes me

pareceram mais incisivos e usaram de um termo: advocacia da inconstitucionalidade, por eles grifado, que se encaixa perfeitamente na desengrenagem insculpida pelo legislador constituinte originário. Disseram eles:

“Pode-se indagar ainda se o advogado-geral da União deve defender, ato manifestamente inconstitucional. Em princípio, não se pode exigir que órgão instituído pela Constituição veja-se na contingência de propugnar pela legitimidade de atos contrários ao ordenamento básico, em flagrante ofensa ao postulado imanente da fidelidade constitucional. Se a resposta pudesse ser afirmativa, teríamos de reconhecer que a Constituição brasileira acabou por instituir a advocacia da inconstitucionalidade. Em verdade, tais considerações parecem legitimar a idéia de que, a despeito da concepção e formulação gravemente defeituosas, o constituinte somente pode ter assegurado ao advogado-geral da União um direito de manifestação, dentro dos limites impostos pelo próprio ordenamento constitucional.”³⁸

Nessa passagem, atingiram o âmago da questão, entretanto, talvez no afã de contemporizar o erro do constituinte, — o co-autor do parágrafo supra reproduzido foi um deles - equivocaram-se no final do diagnóstico, ao conjecturar que o legislador originário quis assegurar ao “Advogado-Geral da União um direito de manifestação, dentro dos limites impostos pelo próprio ordenamento constitucional.”. Evidente que não. O constituinte, em verdade, quis erigir — e efetivamente erigiu, ainda que por linhas tortas — um curador da norma acoimada de inconstitucionalidade e, ao fazê-lo, não se apercebeu da brutal incoerência a que submeteu aquela autoridade. Ademais, caberiam as seguintes indagações: 1) Qual o escopo de se assegurar um “direito de manifestação” num processo reconhecidamente objetivo como o de controle abstrato das normas? 2) Qual a finalidade da manifestação de um “advogado” de pessoa jurídica quase sempre³⁹ interessada nas ações diretas de inconstitucionalidade dada a incontestável volúpia legislativa da União, que detém o inalcançável título de maior “cliente” do Supremo Tribunal Federal?⁴⁰ 3) Que sentido haveria nessa manifestação, se o Ministério Público Federal já atua nos processos de competência do Supremo, na qualidade de fiscal da lei (CF/88, arts. 103, § 1º. e 129, II)?

Clêve, mesmo advogando a supressão pura e simples, admite numa única hipótese: que o texto seja mantido, todavia, com uma profunda modificação. Na sua proposta o advogado-geral só

defenderia o ato impugnado de inconstitucionalidade quando houvesse identidade entre sujeito ativo e passivo, “ou então seria o caso de se reservar ao advogado-geral da União o papel de curador, apenas, em relação àquelas situações em que se manifesta uma identidade entre os legitimados ativos e os passivos (lei delegada editada pelo Presidente da República e impugnada por seu sucessor). Aqui, como não haveria órgão para produzir a defesa do ato impugnado, emerge, com efeito, a necessidade de um curador da presunção de legitimidade do ato atacado.”⁴¹

O ilustre constitucionalista não atentou para o detalhe de que, quando o Presidente impugnasse uma lei delegado do seu antecessor, fá-lo-ia justamente por sugestão e através⁴² do advogado-geral, órgão máximo da instituição constitucionalmente incumbida de — entre outras relevantes atribuições — assessorar o chefe do Executivo Federal. Destarte, o “incômodo” e a “anomalia” persistiriam, haja vista que haveria identidade entre o advogado do autor da ação e o órgão incumbido de defender o texto impugnado.

É lamentável que diante de tantas evidências e das críticas tecidas ao mencionado parágrafo do artigo 103 do Estatuto Político de 1988, a tese expendida pelo professor da universidade de Tübingen, Otto Bachof,⁴³ sobre a possibilidade de existirem normas constitucionais inconstitucionais dentro da própria Lei Fundamental não encontre guarida na nossa Corte Suprema. Não discuto — nem de longe me arriscaria a fazê-lo — a razão pela qual o Supremo Tribunal Federal inacolhe a doutrina do citado jurista germânico, entretanto, parece-me que em situações tais algo precisaria ser feito com o fito de harmonizar e racionalizar o texto constitucional ante a flagrante e iniludível incoerência por ele acolhida.⁴⁴

Todavia, não se pode olvidar que a crítica maior deve ser dirigida ao legislador. Primeiro, ao constituinte originário, por nos ter legado um texto confuso e indigno da Lei Fundamental. Segundo, ao constituinte derivado, pela inércia demonstrada após decorrido mais de um lustro da promulgação da Constituição Cidadã.

João Carlos Souto é Procurador da Fazenda Nacional e Professor de Direito Constitucional na UNIUBE. É Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional e do Instituto dos Advogados da Bahia. Especialista em Direito norte-americano pela University of Delaware (Newark-DE, EUA).

NOTAS:

¹ A frase acima encontra-se inserida no seguinte e relevante contexto: “Infelizmente, em nosso país, dominado por uma elite cultural, política e econômica insensível, na maioria das vezes, aos problemas do cidadão, que vive o dia-a-dia de amarguras e dificuldades, os avanços se dão de forma lenta em normas constitucionais. Infelizmente, também, essa elite desmoraliza a Constituição, que deve ser o maior referencial jurídico-político de um povo. Fixam normas constitucionais, mas refreiam sua aplicabilidade, tornando-as ineficazes ou simples ornamentos de uma beleza estéril e perdida (...)”. Cf. O cinquentenário da Constituição brasileira de 1946 e as liberdades públicas. Separata. *Revista de Informação Legislativa*, p. 122-3.

² O controle abstrato é função precípua do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, pode o Tribunal de Justiça do Estado julgar ação direta de inconstitucionalidade se o ato impugnado for estadual ou municipal, em face da Constituição Estadual. Assim, ato estadual contrário à Carta Política Federal, a competência será do Supremo. Cf. art. 102, I, a, e art. 125, § 2º, ambos da CF/88.

³ Sidney Sanches. O Supremo Tribunal Federal. Palestra Promoção: “Núcleo de Estudo Jurídico Promotor de Justiça Luciano Justiniano Ribeiro” — MPE-MG, Universidade de Uberaba, 08/11/96.

⁴ Clémerson M. Clève. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1995, p. 48.

⁵ O substantivo não está aqui por acaso. O julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, exigiu de Marshall inteligência, bom senso e coragem, considerando-se que qualquer decisão que tomasse poderia causar conflitos entre os Poderes da então incipiente República estadunidense. Para maiores detalhes sobre esse julgamento consultar: James V. Calvi e Susan Coleman. In: *American law & legal systems*. New Jersey: Prentice Hall/Englewood Cliffs, 1992, p. 120-3.

⁶ Na terminologia jurídica norte-americana o termo *justice* equivale ao de ministro da Suprema Corte e *chief justice*, ao seu presidente. Cf. *Black's Law Dictionary*.

⁷ *Marbury vs. Madison*. O texto completo da decisão de Marshall encontra-se publicado na obra de Walter E. Volkomer. *Introduction to LAW a Casebook*. New Jersey: Prentice Hall/Englewood Cliffs, 1994, p. 116.

⁸ “A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível juntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la.

Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira, então as Constituições escritas são absurdas tentativas do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável. Certamente, todos quantos fabricaram Constituições escritas consideraram tais instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, conseqüentemente, a teoria de todo o governo, organizado por uma Constituição escrita, deve ser que é nula toda a resolução legislativa com ela incompatível. (...)

Assim, se uma lei está em oposição com a Constituição; se aplicadas ambas a um caso particular, o tribunal se vê na contingência de decidir a questão em conformidade da lei, desrespeitando a Constituição, ou consoante a Constituição, desrespeitando a lei; o tribunal deverá determinar qual destas regras em conflito rege o caso. Esta é a verdadeira essência do Poder

Judiciário. Se, pois, os tribunais têm por missão atender à Constituição e observá-la e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam.”.

⁹ *Modes of constitutional interpretation*. St. Paul, Minn.: West Publishing Company, 1978. p.01.

¹⁰ *The growth of American Constitutional Law*. New York: Reynal, 1942. p. 63.

¹¹ Art. 15, 9º: “É da atribuição da Assembléia Geral: (...) 8º - Fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las. 9º - Velar na guarda da Constituição e promover o bem geral da Nação.”

¹² A doutrina nacional costuma criticar o Judiciário do fim do século passado, por não ter assumido de imediato a posição que o texto constitucional lhe outorgara. Entendo que a crítica é improcedente, principalmente por não levar em consideração o ambiente supracitado. Por outro lado, até mesmo nos Estados Unidos a poderosa Suprema Corte sofreu inúmeras pressões que procuravam diminuir o seu poder de declarar inconstitucional toda e qualquer norma contrária à Carta de Filadélfia, a exemplo da insucedida reforma do Judiciário, pregada por Roosevelt, em 1937, logo após ter sido eleito para o segundo mandato consecutivo.

¹³ *Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Acórdãos anexos ao relatório apresentado pelo presidente do Tribunal*. 1985”. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1987. p. 189-90.

¹⁴ Parte da doutrina especializada ainda não atentou para a relevância da posição do advogado-geral da União nas ações diretas de inconstitucionalidade, José A. da Silva é um deles; ao discorrer, de forma breve, sobre as inovações introduzidas pelo constituinte em sede de controle de constitucionalidade de leis, o citado autor menciona, de modo muito tênue, a posição que aquela autoridade assume nas ditas ações. Ao se referir ao controle de constitucionalidade assinala que “a Constituição de 1988 introduziu mais duas novidades: previu a inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 20) e ampliou a legitimação para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, por ação ou omissão (art. 103)”, *op. cit.*, p. 52). Como se vê, um dos mais renomados constitucionalistas da atualidade, não mencionou a atuação do advogado-geral da União como defensor obrigatório do texto constitucional impugnado por ação direta, medida jamais prevista em nenhuma outra constituição brasileira.

¹⁵ Sem deixar de registrar acontecimentos relevantes como a primeira decisão do STF em matéria de inconstitucionalidade de lei, entre outros assuntos assinalados nos parágrafos *supra*.

¹⁶ Juiz em sentido amplo: federal, do trabalho, eleitoral, estadual, desembargador e ministro.

¹⁷ A não ser, é óbvio, que o ente público integre, de alguma forma, a relação processual e sucumba diante dela.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 87.

¹⁹ E de conseqüências políticas imprevisíveis, porque de fato significa a quebra da normalidade democrática, ainda que chancelada pelo texto constitucional. As injunções e os acordos políticos têm conseguido suplantar a necessidade das intervenções. Tome-se, como exemplo recente, a situação dos estados de Alagoas e Mato Grosso do Sul, que, alegando dificuldades financeiras, deixaram de repassar verbas ao Poder Judiciário, motivando uma greve inédita dos integrantes daquele Poder. Em São Paulo, o problema tem sido o cumprimento dos precatórios. O Judiciário, de cada estado, requereu intervenção federal. O STF protelou a decisão e, antes que ela fosse tomada, a situação já havia sido

contornada. De sorte que a intervenção é como arsenal atômico nos tempos da Guerra Fria. Existia — como ainda hoje existe — contudo ninguém quer ou tem coragem de acionar o botão. O poder de ambos — o do arsenal nuclear e a intervenção — é muito mais intimidativo. Enfim, constituem-se numa medida extrema que todos querem evitar ao máximo.

²⁰ *Op. cit.*, p. 103/104.

²¹ Constituição de 1934, art. 7º I, a c b.

²² A EC 16 não se referia a “ação direta de inconstitucionalidade” mas a representação de inconstitucionalidade.

²³ RTJ, 95/999.

²⁴ É o que relata o Ministro Victor Nunes Leal em brilhante estudo publicado na VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Curitiba, maio de 1978, p. 487. *Anais*. O então procurador-geral da República, Xavier de Albuquerque, arquivou representação do partido político do Movimento Democrático Brasileiro que entendia inconstitucional o decreto que instituiu a censura prévia de livros e jornais. Arquivada a representação e frustrada a ação direta de inconstitucionalidade o referido Partido ingressou com reclamação junto ao STF, requerendo providências. A Corte Suprema, em 10/3/71, decidiu que o inacolhimento da representação, por parte do procurador-geral da República, não rendia ensejo a reclamações posteriores. Isto é, só aquela autoridade, e mais ninguém, poderia decidir da conveniência ou não da propositura da ação direta. Nesse julgamento prevaleceu a tese expandida pelo citado Procurador-Geral assim resumida pelo ilustre Victor Nunes: “(...) a Constituição, arts. 11, c, e 119, I, a Lei 4.337, de 1.6.64; o Reg. Do STF, art. 174; e pronunciamentos anteriores de Ministros da Corte, lhe facultavam optar por qualquer destas hipóteses (Rev. OAB 6/292, 300): “ 1) acolher a fundamentação do pedido e propor a representação; 2) não acolher a fundamentação do pedido e arquivá-lo; 3) não acolher a fundamentação do pedido mas, à sua inteira discricão, propor a representação e oferecer parecer contrário.”.

²⁵ Ainda que a norma acolhesse texto flagrantemente contrário a Lei Maior.

²⁶ Poder-se-ia incluir a inconstitucionalidade por omissão como a terceira modificação importante. Porém, esse tipo de ação não passou de uma tentativa, visto que a sua aplicabilidade tem sido praticamente nula. Essa frustração decorre exclusivamente da impossibilidade de, através do Judiciário, suprir a omissão legislativa, posto que impossível àquele Poder determinar que o Congresso legisle sobre determinada matéria. Deixo de mencionar a ação direta de constitucionalidade, por ser obra do constituinte derivado, através da EC 3/93.

²⁷ Essa ampliação constante do art. 103 contribuiu e tem contribuído para o aperfeiçoamento da democracia brasileira. Antes, como visto, só o procurador-geral da República podia ingressar com a ação direta e raramente o fazia para não desagradar o Presidente da República. Ocorre que à época o chefe do Ministério Público da União era demissível *ad mutum* por aquela autoridade executiva, tal qual os ministros de Estado. Dessa forma os atos inconstitucionais do Executivo eram pouco ou quase nada contestados perante o Supremo Tribunal Federal. Ao cidadão comum, aos outros Poderes e demais entidades, só restava a via difusa, lenta e de consequências limitadas, tendo em vista que as ações só aproveitavam às partes.

²⁸ Adin 97-7, j. 22/11/89, DJU 30.3.90., Relator: ministro Moreira Alves.

²⁹ O STF decidiu que os legitimados do art. 103 da CF/88 - excetuando-se o procurador-geral da República — só poderão ajuizar ação direta de inconstitucionalidade através de advogado.

Adin 109-4, DJU 7/12/89., Adin 131-1, DJU 7/12/89. Ademais, ainda que o Presidente da República fosse advogado não poderia atuar como tal em razão da incompatibilidade do cargo com o exercício da advocacia, art. 28, I da Lei 8.906/94.

³⁰ A Lei Complementar 73 (Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União) foi publicada em fevereiro de 1993 e a instituição assumiu as ações de interesse da União a partir de agosto do mesmo ano. Entretanto, desde outubro de 1988, a Procuradoria da Fazenda Nacional (que já existia antes da Advocacia-Geral da União, mas com características de consultoria) passou a defender judicialmente a União nas causas de natureza tributária.

³¹ M.P. 1549-27, de 13.02.97., art. 8º.

³² Os votos, sem exceção, referem-se à Adin 97-7. Os grifos não pertencem ao original. Excetuando-se o voto do relator, todos os demais foram proferidos oralmente.

³³ Talvez fosse melhor designá-la de competência “anormal”.

³⁴ Pareceres do procurador-geral da República (1989/1991). Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República, Brasília, 1991, p. 30. A Adin 51-9-RJ é do ano de 1988 e o citado parecer, de setembro de 1989, sendo anterior, portanto, à Adin 97-7, que é de novembro do mesmo ano.

³⁵ Arquivo do Ministério da Justiça. Brasília. 48 (185, jan./jun. 1995, p. 29-32. Esse artigo, consoante informação que dele se extrai, baseou-se, “na sua quase totalidade”, no parecer apresentado pelo deputado Nelson Jobim como relator da Revisão Constitucional (parecer n. 27, de 17/3/94.).

³⁶ *Op. cit.*, p. 129-32.

³⁷ O então relator da Revisão Constitucional, deputado Nelson Jobim, ao propor a supressão do § 3º do art. 103, fê-lo de forma absolutamente convicta, pois, um pouco antes, em janeiro de 1994, deu a seguinte declaração ao jornal Folha de S. Paulo: “Na revisão, temos que dispensar as originalidades desnecessárias. Não estamos criando uma nova Constituição, mas revendo aquela que existe. É proibido inventar”. (F. de S. Paulo, 10.01.94). Em outras palavras, na Revisão admitir-se-ia somente o indispensável.

³⁸ *Op. cit.*, p. 31.

³⁹ Lembre-mo-nos das palavras da procuradora da República Odília Ferreira: (...) “a ampliação da defesa exercida pelo advogado-geral da União às leis e outros atos normativos federados poderia, em certas e não raras hipóteses, criar um conflito com as atribuições ordinárias do órgão por ele chefiado”.

⁴⁰ Cf. com o quadro comparativo de “clientes” do STF, publicado no “Informativo STF”, Brasília, 04.12.96., p. 04. A União Federal e suas autarquias respondem por mais de 50% de todas as ações em trâmite naquela Corte.

⁴¹ *Op. cit.*, p. 132.

⁴² Cf. nota 30, acima.

⁴³ *Normas constitucionais inconstitucionais (verfassungswidrige verfassungsnormen)*. Trad. de José M. M. C. da Costa. Portugal: Atlântida, 1977. Note-se que, no exemplo da Adin contra ato legislativo estadual, por invasão de competência, o Estado sairia prejudicado, sem poder se defender. De sorte que o princípio maior (intocável, art. 60, § 4º 1), a unidade federativa, sucumbiria ante o princípio menor, a defesa de um ato impugnado por uma autoridade que, em última análise, representa também a pessoa jurídica de interesse oposto. Por outro lado, não se argumente que as informações cumpriram esse papel. Se o constituinte quis erigir um “curador” este jamais poderia ter ligações com nenhum dos interessados.

⁴⁴ Não estou propondo que o Supremo assumia o papel de constituinte derivado. Porém, se esse nada fez para consertar o “cochilo” do constituinte originário (expressão do ministro Sepúlveda Pertence), que ele próprio, na condição de “guardião” da Lei Fundamental, poupe-nos de ter que conviver com esse “desarranjo sistemático da Constituição”, frase também do referido ministro.

Algumas considerações sobre A TEORIA GERAL DO PROCESSO

Ernani Fidélis dos Santos

INTRODUÇÃO

1. O direito processual como ramo autônomo do Direito. A polêmica entre Windscheid e Muther. 2. A relação processual. A ação como direito autônomo. Bulow E Wach. 3. A ação como direito potestativo. Ciovenda. 4. A teoria de Carnelutti: a lide. 5. Liebman. A reformulação do conceito de lide. 6. A teoria da ação como **situação jurídica**. James Goldschmidt. 7. Falazzalari. Processo, procedimento e situação jurídica processual. Novas idéias. 8. Sistema brasileiro. *Constituição* de 1988.

1. O direito processual como ramo autônomo do direito. A polêmica entre Windscheid e Muther

Atribui-se à célebre polêmica travada entre Windscheid e Muther o mérito de haver lançado as primeiras sementes donde floresceria o processo como objeto de ramo autônomo do Direito, se bem que as teses ali defendidas ficaram apenas na incipiência de início promissor.

A “ação” que ultrapassava os tempos com a idéia de imanência ao direito material foi vista por Windscheid sob dois aspectos: de um ângulo teria forma de “actio” romana, posição defensiva do Direito, ele próprio se realizando perante o magistrado; de outro, a visão era a de “klage”

germânica, direito de pedir tutela jurisdicional ao Estado. A “actio”, que seria simples pretensão, dirigida contra o réu, distinguia-se, portanto, da “klage”, direito abstrato de apresentar a queixa perante o magistrado.

Com a posição polêmica de Windscheid, sempre entendi que, ali, foram estabelecidas não apenas bases iniciais para se erigir um Direito Processual autônomo mas, sobretudo, fundamentos da teoria da ação, também autônoma e assentada sobre a doutrina do processo como relação jurídica.

2. A relação processual. A ação como ramo autônomo. Bulow e Wach.

Ainda em meados do século passado, Oscar Von Bulow firmou, de forma definitiva, os fundamentos da relação jurídica processual, a ela atribuindo completa autonomia. Relação que envolve juiz, autor e réu, nada tem a ver com a relação de direito material que se discute no processo, tanto que, conforme lembrou Goldschmidt, no livro de Bulow: *“La teoría de las excepciones dilatorias e los presupuestos procesales”*, as exceções processuais nada tinham a ver com as dilatórias, o que, inclusive levou o jurista a substituir a expressão “exceções dilatórias” por “pressupostos processuais” (Bulow, 1961 vol.1, p. 17).

O abstrativismo de Bulow levou Adolf Wach a concepção inteiramente nova da ação. Fazendo referência à ação declaratória negativa, cuja procedência podia ocorrer independentemente da existência de qualquer direito, chegava a conclusão, todavia, de que a “ação” só existia para dar proteção a quem efetivamente merecesse, isto é, seria ela o socorro a quem estivesse com a razão.

Com fundamento no sentido protetivo, para Wach, a “ação” seria um direito público subjetivo, exercido perante o Estado, para que este desse ao autor proteção jurídica e contra o adversário, que teria de suportar os efeitos de uma sentença favorável.

Goldschmidt traz a lembrança que Bulow e Kohler vieram, mais tarde, contestar a doutrina de Wach, já que nenhum direito poderia ser exercitado contra o adversário, visto que, fora do processo, não há possibilidade de existir sentença favorável. Coerentemente com sua posição, Wach afirmava que “existência” não se confundia com “evidência” de um direito e a existência de proteção jurídica existe antes do processo, sua evidência é que nele se revela (Wach, *op. cit.*, p 27).

3. A ação como direito potestativo. Chiovenda.

Não há dúvida de que, dentro da relação jurídica do processo — estabelecida triangularmente, já que envolve juiz, autor e réu, surgem certos incômodos

indagativos que Chiovenda procurou solucionar, mas, assim o fazendo, elaborou teoria originalíssima que veio a ser uma das mais importantes da história do Direito Processual.

Mantida a concepção do processo como relação jurídica e ainda a autonomia da ação como direito, o autor não enxergava o Estado como sujeito passivo da relação processual, já que nada o informa como submetido a qualquer obrigação. Sua força e seu poder são de autoridade e não de obrigado a atender pretensão do particular. O réu, por sua vez, no direito da ação, não estaria sujeito a nenhum ato efetivo de cumprimento obrigacional, mas, se a outra parte exercita o direito dos respectivos efeitos, não pode se subtrair, embora permaneça inerte. É um caso típico de “direito potestativo”.

Muito embora a ação mantenha, em Chiovenda, a autonomia, não se desvincula instrumentalmente do direito material, ou, pelo menos da posição jurídica que se pretende proteger. Por isso, tendo o réu na posição de sujeito passivo do direito, a ação será sempre daquele que tem razão.

Os direitos são todos previstos abstratamente. Neste caso, para que haja sua concretização, seu exercício, mister se faz ocorrerem condições que, previamente o informem. Partindo de seu concretismo, Chiovenda, tomando a ação condenatória como modelo, estabelecia três condições para seu exercício: se a ação era o direito de quem tivesse razão, a primeira das condições seria a própria existência do direito material; seu exercício só poderia dar-se por aquele que fosse o titular do direito (ou, extraordinariamente, se estivesse alguém autorizado a exercitá-lo por outro); seu exercício só se justificaria se houvesse interesse na intervenção estatal para realização do direito.

Chiovenda reduziu o processo a um binômio de acordo com as duas ordens da matéria estabelecidas: matéria referente a relação processual, a formação e desenvolvimento do próprio processo; e matéria referente ao mérito que se confundia com a própria matéria da ação.

Houve em Chiovenda certa dificuldade prática para se estabelecer os limites da coisa julgada. Como considerava a “coisa julgada” efeito de sentença, ela se operava em graus, de acordo com a decisão. Se

decidisse o direito, a cobertura era máxima; sobre as demais condições da ação, a decisão sobre qualquer delas aceitava novo exame se alterassem os fatos respectivos.

4. A teoria de Carnelutti: a lide

De todos os grandes processualistas, Carnelutti foi, na verdade, o mais sedutor, pela originalidade, simplicidade e lógica de pensamento. Assim como outros que vieram depois dele, como é o caso de Elio Fazzalari, Carnelutti não se limitou à Teoria do Processo, mas ao Direito como um todo, alcançando uma visão ampla, de tal forma que, se sua doutrina não atingiu as raias da definitividade, foi, pelo menos, um marco estrutural para o futuro da Ciência do Processo.

Carnelutti fundamentou sua teoria, sobretudo, no conceito de “lide” que Calamanderi, mais tarde, apurou de excessivamente sociológica, não jurídica.

“Lide”, ou “litígio”, seria o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. As necessidades humanas seriam ilimitadas e os bens limitados. A posição favorável, tomada por uma pessoa perante um bem, caracterizaria um interesse e mais de uma posição faria surgir um conflito. Qualificado pela pretensão de um e a resistência de outro, ter-se-ia a “lide”. Judicialmente exposta, como fenômeno extraprocessual, esta seria a medida exata do processo. Se todos os fundamentos da “lide” fossem deduzidos, ter-se-ia o processo integral; se apenas parcialmente, o processo parcial; e o julgamento alcançaria exatamente os limites traçados, estabelecendo-se a coisa julgada material, que seria uma “lex specialis” do caso concreto.

Carnelutti, ao contrário de Chiovenda que entendia o direito material como preexistente e para quem apenas a sentença judicial o atuava, chegou a ver no juiz o legislador do caso concreto, decidindo, de acordo com o direito, mas disciplinando as relações jurídicas, como julgasse aplicável.

Carnelutti, todavia, não chegou a abandonar a idéia de relação jurídica, mas lhe deu um traço original que, talvez, tenha até despertado em Fazzalari o entendimento da função judicial. Sujeito da relação processual seria o juiz, órgão criado, sobretudo, para se encarregar da obrigação de julgar em

correspondência com o direito de ação.

Aceitando a relação processual, Carnelutti não se distanciou da idéia do procedimento como forma, mas teve o grande mérito em dar novo sentido, ou até inspiração, de solução das divergências e incômodos que surgiam em torno dos sistemas do binômio e do trinômio processuais, iniciado com Degenkolb e Ploz e desenvolvido, depois por Liebman e Calamandrei, entre outros, sempre em contestação às teorias do direito concreto.

Para Carnelutti, as condições da ação, que seriam direito público subjetivo, se confundiam com os próprios pressupostos processuais e os requisitos da legitimidade e interesse se apreciariam no próprio julgamento da “lide”.

5. Liebman. A reformulação do conceito de lide

Para nós, brasileiros, Aroldo Plínio, ressalta, em importância, a teoria da ação, conforme formulada por Liebman, em razão da influência exercida sobre o processualismo brasileiro (Plínio, 1992, p. 137).

Liebman, com fulcro na *Constituição Italiana* (artigo 24), conceituava a ação como poder jurídico porque o referido estatuto, como os anteriores do Brasil e o atual, atribuiu abstratamente a todos a faculdade de recorrer ao Poder Judiciário, mas, na verdade, ao afirmar que a ação era condicionada aos requisitos da possibilidade jurídica, da legitimidade e do interesse processual (a possibilidade jurídica deixou de ser considerada já na terceira edição de seu manual), tem-na como direito, cuja obrigação correspondente é do Estado que presta tutela jurisdicional independentemente da procedência ou improcedência do pretendido.

Liebman adotou o conceito carneluttiano de “lide”, mas o reformulou para considerá-lo como fenômeno essencialmente processual. O autor, ao propor a ação, não apenas denuncia a lide, mas formula “pedido”. Neste, e em sua caracterização pelos fundamentos se encontra limitação objetiva da lide. Julgá-la é julgar o mérito e julgar o mérito é responder ao pedido do autor.

Todo direito é condicionado. Por isso nenhuma obrigação jurisdicional existe se não for

correspondente ao direito, e direito sem as condições que lhe são inerentes, é inexistente.

A possibilidade jurídica, que seria a previsão “in abstracto” da providência jurisdicional solicitada, mais tarde passou a ser tratada como questão mesma da lide ou até do interesse processual.

A legitimação para a causa seria a atribuição pertinente do direito de propor ação a determinada pessoa (legitimação ativa) e em face de outra pessoa (legitimação passiva).

Quer-me parecer que o conceito de legitimação ativa de Liebman e da doutrina do direito abstracto, de modo geral, não tem sido bem entendido pelos doutrinadores ou, pelo menos, não tem sido suficientemente explicado. Fala-se como Buzaid em “pertinência subjetiva”, mas tal pertinência não é bem esclarecida. No meu entender, o que se quer afirmar é que legitimado para preposição da ação seria aquele que a lei autorizasse a fazê-lo e, neste caso, o conceito se tornaria mais simples, abrangeria não somente o que se chama de legitimação ordinária, mas também a tormentosa questão da carência de ação e dos limites da coisa julgada.

A legitimação “*ad causam*”, seja ativa, seja passiva, na forma errônea em que tem sido entendida, não tem merecido atenção suficiente dos processualistas. Para mim, Liebman teria falado, mas se me engano e não falou, deveria ter falado: legitimação para a ação, ativa ou passiva, só se examina do aspecto processual. Se a lei diz que, em princípio, o titular da ação é quem tem pretensão própria e o réu deve ser quem possa sofrer os efeitos da atuação de tal pretensão, a chamada legitimação anômala, ou substituição processual, não poderia ser tratada no âmbito das condições da ação e sim no dos pressupostos processuais, ou seja, da capacidade de ser parte.

O interesse de agir, outra condição estabelecida por Liebman, não difere muito da posição de Chiovenda, com adaptação precisa à teoria do direito abstracto. O interesse se revelaria na utilidade prática do julgamento, como meio necessário de solucionar a lide ou efetivar o direito.

Liebman reduziu a coisa julgada material à simples qualidade que a sentença adquire por razões de ordem pública. Se os limites objetivos se estabelecem pelo próprio pedido, excluem-se,

naturalmente, a matéria de processo, as condições da ação e a motivação da sentença, inclusive as chamadas questões prejudiciais, que são questões de direito.

6. A teoria da ação como situação jurídica. James Goldschmidt.

James Goldschmidt criou teoria própria. Partindo da análise da norma jurídica, nela reconhece dupla natureza: estática e dinâmica. A primeira qualidade se encontra na norma, enquanto serve de imperativo aos cidadãos; já a segunda, serve de medida para o julgamento do juiz (*op. cit.*, p.49).

Goldschmidt não abandonou a idéia de relação jurídica quando afirmou que a finalidade do direito é a constituição de direitos subjetivos e seu meio é estabelecer deveres, emitindo imperativos. Como imperativo, toda norma estabelece dois conceitos básicos: direito e dever, que compõem a relação jurídica.

Há imperativos jurídicos de direito público que impõem obrigações ao Estado e tais obrigações se cumprem através de órgãos estatais, se o direito é a medida para o julgamento do juiz, este não se pode imaginar como súdito e sim como soberano, não estando, em conseqüência, ligado a nenhum vínculo jurídico. A obrigação do juiz é funcional, tem caráter público e sem nenhuma relação com as partes. A atividade judicial seria condição de produção de nexos ou laços jurídicos, de tal forma que passariam a constituir uma relação com a sentença final. A ação e a coisa julgada, neste caso, seriam efeitos da própria função jurisdicional. Pelo que entendi, a “*actio*” nasceria da exigência de provocação da própria atividade jurisdicional e a coisa julgada, da firmeza necessária da atuação das normas legais, quando feita como medida de aplicação do direito através do juiz.

Não teriam os indivíduos direitos processuais em correspondência como dever jurisdicional. Cada parte, com atuação própria, em razão das normas legais a se incidirem mediante determinada atuação jurisdicional, estaria simplesmente a aguardar sentença de determinado conteúdo que, ao mesmo tempo, seria precedida, de acordo com as normas aplicáveis, de promessas de favorabilidade

(expectativas) e ameaças de desfavorabilidade (perspectivas). Para que a sentença tenha determinado resultado, tudo depende do desempenho das partes. Daí as expectativas, em princípio, corresponderem à atividades das partes e as perspectivas, às omissões.

Goldschmidt não nega a existência de direitos processuais, mas, embora reconheça a relação de espera com a sentença judicial, afirma que os direitos não têm vínculo com deveres, não concorrendo para nenhuma obrigação dos outros nem com faculdades próprias. Neste caso, não havendo cumprimento de obrigação correspondente, os direitos processuais não se lesionam, ainda quando o juiz erre no julgamento ou no processamento, já que aí se trata de erro funcional ou descumprimento de obrigação funcional.

Goldschmidt trouxe, como fator de cooperação ao direito processual, idéia de faculdades e possibilidades, bem como a de ônus processuais. As primeiras, geralmente cumpridas através de atos de obtenção, teriam o fim de evidenciar o direito; e os ônus processuais seriam consequência do não cumprimento, pela parte, de atos que evidenciassem seu direito, ou que não evitassem a evidência do direito do outro. Por isso considerava-se direitos processuais, propriamente ditos, a “expectativa” de uma vantagem processual, mormente de uma sentença favorável, a dispensa de um ônus processual e a possibilidade de se chegar a uma situação favorável à realização de um ato processual. Eram, enfim, oportunidades, “chances”, que, no processo, socorrem as partes, descaracterizando-se, na verdade, como direitos propriamente ditos. Sem negar, pois, a natureza abstrata do direito de ação, que seria o meio de provocar a atividade jurisdicional, e sem se preocupar com a idéia formal de procedimento, Goldschmidt criou a primeira teoria da “situação jurídica”. A originalidade da doutrina, está, sobretudo, na relação de nexos, ou mesmo conexão, estabelecida entre o direito material e o direito processual, pois, atuando o processo para evidenciar o direito, as diversas situações que se sequenciaram com vistas a sentença final seriam referentes ao próprio direito e não ao processo: [“(…) *La situación procesal no es una situación de*

la relación pública abstracta, sino del derecho material o, mas precisamente, aquella situación en que las partes se encuentran com respecto a este derecho a consecuencia de que el mismo se ha hecho valer procesalmente.” (op. cit., página 68).

7. Processo, procedimento e situação jurídica processual. novas idéias.

Modernamente, na Itália, Elio Fazzalari volta à tese da “situação jurídica”, mas em polo diametralmente oposto a James Goldschmidt.

O fundamento básico da nova doutrina é a conceituação de “processo”, que não seria mais o conjunto de atos que objetivassem a um fim determinado, nem o procedimento teria a idéia de forma do processo.

Restringindo-se à órbita estatal, diz-se que o Estado realiza sua atividade através de provimentos e, assim, ter-se-iam provimentos administrativos, executivos e jurisdicionais. Para se chegar, no entanto, ao provimento, praticam-se atos preparatórios em seqüência, conectados entre si. Esta idéia de movimento seqüencial é um “proceder” e o conjunto, em conclusão, é um “procedimento”. Este, quando realizado em contraditório, isto é, com a participação de duas ou mais pessoas na constância de seus atos, transforma-se em processo. “Processo”, assim, para Fazzalari, é o procedimento em contraditório.

“Contraditório” não importa em participação efetiva das partes nos atos processuais, mas a efetiva oportunidade de os interessados assim o fazerem.

Indo além de Goldschmidt, Fazzalari não apenas nega a natureza de relação jurídica ao processo, como a própria existência da “relação jurídica”, que seria sempre a sujeição de uma obrigação a um direito, mas tal idéia de sujeição é falsa, pois o que pode ocorrer em determinada norma são situações diversas, de acordo com a posição de cada interessado. Neste caso, se de um lado, vislumbra-se na conduta permitida uma faculdade, do outro, pode se observar um dever; faculdade e dever, pois, expressos pela mesma norma. O “direito subjetivo” não seria o crédito em relação ao débito mas a posição de proeminência que o credor exerce frente a posição

do devedor. Vistas as posições de outro ângulo, arrisco-me a completar: se analisar o direito de crédito sob o aspecto do pagamento, isto é, do direito de pagar, a posição de proeminência será do devedor e, então, ter-se-á um direito subjetivo e não apenas um dever.

A diferença fulcral entre as duas posições doutrinárias, no meu entender e salvo melhor juízo, está propriamente na natureza da situação jurídica que se estabelece no processo. Conforme já se lembrou, Goldschmidt afirma que a situação jurídica processual não é abstrata e sim do direito material, ou mais precisamente é aquela situação em que se encontram com respeito a esse direito com a consequência de que mesmo se faz valer processualmente, o que quer dizer que, na seqüência da participação das partes — e do próprio juiz como sujeito do processo —, os atos, para mais ou para menos, são parcelas autônomas da complementação da evidência ou negação do direito pelo processo. Fazzalari, porém, entendendo que o processo é uma estrutura de normas e, conseqüentemente, valendo por si só e de modo abstrato, afirma que os atos processuais se realizam em conexão um com outro, de modo que “*Ogni atto processuale — escluso il primo della serie — presuppone che, durante il processo, venga a crearsi una certa situazione costituita dal compimento delli atti che, nella sequenza, devono procederlo.*”; e mais, “*Tal Principio Discende dalla struttura stessa del processo, ‘Iter’ di atti fra loro ordinati.*” (Fazzalari, s.d., p. 255).

Fazzalari não despreza o conceito clássico de ação, mas o reformula, focalizando-o por vários ângulos. Estabelecendo diferenças entre atividades dos sujeitos do processo, afirma que os atos das partes, não apenas o do aturo que instaura o processo, constituem ação, pelo interesse comum que os liga ao provimento, mas os atos do juiz constituem “função”.

À previsão abstrata de participar do processo, Fazzalari chama de “situação legitimante”, enquanto estaria em “situação legitimada” todo aquele que pudesse, como parte, inclusive terceiros interessados, participar do processo com faculdades, poderes e deveres. Tal interesse se revelaria pela

própria extensão dos efeitos do “provimento” sobre cada um.

Faculdades e poderes processuais, assim como em Goldschmidt, nunca constituiriam ilícitos. O conceito de ônus processual ainda é o mesmo. A parte é livre para praticar ou não o ato processual, mas se não o faz, ou não se omite quando previsto, a lei pode atribuir-lhe consequências desfavoráveis.

Fazzalari enfrenta a questão da coisa julgada, focalizando antes seu aspecto prático e consequencial. Proferida a sentença, as partes poderão impugná-la, com efeito preclusivo, ou fazendo-o, poderão não lograr bom êxito. Em casos tais o próprio juiz não poderá conhecer mais de qualquer impugnação, ou de pedido contrário aos efeitos produzidos, nem outro qualquer juiz, face à preclusão ocorrida para as partes. Referindo-se, porém, à “*autorità di giudicato*”, entendeu-a como “*...Atributo degli effetti della sentenza ...*”. (*op. cit.*, p.438) e não como efeito da sentença, aproximando-se de Liebman.

Também como Liebman, Fazzalari distingue a eficácia da sentença de mérito da coisa julgada, que considera fenômeno estritamente processual, chamando de “coisa julgada substancial” aquela espécie de decisão que nunca pode ser revista: a de mérito.

No âmbito objetivo da coisa julgada substancial, distingue o “dispositivo” da “motivação”. Ambos se sujeitam à irretratabilidade, mas enquanto a “motivação” se limita ao âmbito interno do julgamento, o “dispositivo”, que decorre do provimento, se revela também externamente pelo efeito preclusivo sofrido pelas partes.

Quanto aos limites subjetivos do julgado, Fazzalari, com fulcro na lei italiana, lembra as hipóteses, também previstas na lei brasileira, de incidência da “res judicata” sobre as partes, herdeiros e sucessores, inclusive adquirente que, ao participar do processo, sem substituição, é tratado como parte (litisconsorte qualificado).

Sobre os terceiros, apenas interessados por relação de dependência, Fazzalari lembra que, participando ou não do processo, podem sofrer a eficácia da decisão, mas sem submissão à coisa julgada, muito embora deva-se reconhecer que, em

determinadas relações por conexão os efeitos são os mesmo da irretroatividade da sentença.

A contribuição de Fazzalari é de suma importância, não só por reafirmar as noções de faculdade, poderes e ônus processuais, mas, sobretudo, por fazer do processo uma estrutura capaz de atingir a aplicação do direito dentro de princípios mais compreensíveis.

Ao tratar o processo como procedimento em contraditório, não fazendo distinção entre o processo jurisdicional, administrativo e legislativo, no que se referem à estrutura comum, penso que Fazzalari abriu campo para estudos altamente técnicos e científicos, principalmente quando se trata não apenas da necessária harmonização das funções, mas também de seu entrelaçamento. Seria, por exemplo, de se perguntar até que ponto, com justiça, a decisão do processo administrativo poderia influenciar no jurisdicional ou, até que, ponto a atividade jurisdicional poderia servir ao processo administrativo ou legislativo, principalmente com o uso das medidas cautelares?

8. Sistema brasileiro e constituição. Constituição de 1988

No sistema brasileiro, ainda está presente a doutrina da relação processual e seus fundamentos se encontram, sobretudo, na doutrina italiana de Liebman, com alguns traços de Carnelutti e Chiovenda, mas, por interpretação de coerência, podem-se usar princípios das doutrinas de Goldschmidt e Fazzalari.

A Constituição Federal de 1988, ao falar em legislação de Direito Processual (art. 22), referiu-se também ao “procedimento em matéria processual” (art. 24, XI). A diferença, contudo, não informa alteração doutrinária do já consagrado, não havendo informação precisa da mudança de princípios básicos.

Ernani Fidélis dos Santos
Juiz do Tribunal de Alçada estado de MG

Bibliografia

Goldschmidt, James . *La teoria de las excepciones dilatorias de los presupuestos procesales.*

Bulow. *Principios generalies del proceso.* ,EJEA, 1961.vol. 1, p. 17

Chiovenda, Giuseppe. *Instituzione di diritto processuale civile.* Napoli: Jovene, 1933.

Carnelutti. *Sistema del diritto civile.* Padova: CEDAM.

Fazzalari, Elio. *Istituzione di diritto processuale.* 5. ed. Padova: CEDAM, p. 255.

Calamandrei. *Istituzione di diritto processuale civile, secondo il nuovo código.* Padova: CEDAN, 1943.

Liebman. *Manual de direito processual civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

Plínio, Aroldo. *Técnica processual e teoria do processo.* Aide, 1992. p. 137.

CIDADANIA E CONSTITUIÇÃO

(As cores da revolução constitucional do cidadão)

Cármem Lúcia Antunes Rocha

**“Meu povo é meu destino meu futuro:
se ele não vira em mim
veneno ou canto- apenas morro”.**

Ferreira Gullar

Sumário:

Introdução. **1** - O homem na Cidade Política **2** - As cores da revolução constitucional do cidadão: A) Azul: A cidadania libertada na busca; B) - Branco: A cidadania construída na igualdade; C) - Vermelho: A cidadania humanizada. **3** - O conceito constitucional contemporâneo de cidadão. **4** - Cidadania e constitucionalismo no Brasil. Conclusão.

Introdução

Porque o direito cuida da vida e ela não é em preto e branco (ou preto no branco) é que se considera a constelação de cores que domina todas as visões jurídicas que se oferecem ao homem, para dessa mescla fazer nascer o caleidoscópio do sistema de normas que se põem ao proveito da coletividade.

A referência às cores tem sido uma constante para definir posições (as cores dos partidos políticos, as cores de correntes de idéias, etc), para expressar noções ou identificar pessoas (as cores das bandeiras

nacionais), enfim, a multiplicidade de cores tem servido para clarear a idéia de pluralidade de tons humanos que se vislumbra em todos os grupos sociais. É, pois, o homem — plural em sua unidade — que tinge com os matizes que mais o tocam cada situação que se lhe apresenta para viver.

O direito construiu idéias de cidadania segundo as cores que prevaleciam e que prevalecem em cada momento e em cada local habitado dos homens. Os homens coloriram as cidades segundo as idéias que habitavam cada tempo e cada lugar no direito.

As idéias do azul, branco e vermelho, que revolucionariamente foram dadas ao mundo ocidental na conformação do Estado Moderno a partir do séc. XVIII, representando os três pilares da construção juspolítica, parece a alguns meras falácias que mais escondem que mostram a liberdade, a igualdade e a fraternidade, base de todo o pensamento jurídico e de toda prática política buscada ainda no Estado Contemporâneo. Todavia, a cidadania matiza-se naquele ideário tricolor, fundando-se nela a alma política do homem de todas as épocas, a traspasar esse final de século em busca da soma de todas as cores para atingir uma plenitude que faça mais universalmente humana a convivência na grande cidade de todos. Liberdade, igualdade e solidariedade são alguns dos nomes que o direito toma como fios para tecer a meada única da Justiça.

O direito constitucional tem como objetivo o homem e como natureza a confiança no ser humano uno e plural, único e coletivo. Pôr isso, ele abriga todas as cores de todos os homens e põe na esperança de um traçado mais vasto, que inclua cada um e todos no grande regaço de suas palavras-normas, a garantia de justeza e justiça na vida havida e vivida na cidade. O grande desafio do direito constitucional é fazer compreender na mescla de todos os tons aqueles que realizem todas as formas de liberdade e até a liberdade sem forma, todas as mãos iguais de tantas cores que as tenham os homens e a igual forma de ser do homem sem cores que os distingam naquilo que é a sua indistinção e a sua identidade única e eterna: a de sua condição de ser humano que tem uma pele sem cor, um espírito sem forma, uma alma sem qualidade diversa da de todos os outros homens.

A idéia do infinito azul é bem, ainda, a que prevalece para a liberdade: o vislumbre mais exato de umaimensidão indefinida previamente, além de onde a vista pode alcançar, mas até onde a imaginação humana possa se aventurar; o branco, sem máculas, nem balizas ou cortes, oferece, ainda e sempre, um conceito político que o direito aproveita: do que não se discrimina porque o homem não se marca nem se assinala como estigma balizador de seres classificados e graduados em valores não humanos; vermelho ainda e sempre é o sangue igual, a tornar irmãos todos os homens: o sangue é o

mesmo, o vermelho é igual, a natureza é uma; estamos todos juntos, solidários e cúmplices, metade vítimas, metade culpados, como diria Sartre: a fraternidade sustenta a construção da idéia de Justiça humana que o direito teima em albergar em suas palavras de normas (ou normas em palavras).

O direito constitucional moderno é, assim, herdeiro da trilogia liberdade-igualdade-fraternidade, que dominou a construção jurídica democrático-liberal a partir do período revolucionário setecentista, divulgando-se e impondo-se por todo o mundo ocidental a partir daquele momento.

O triunfo democrático de teoria do direito constitucional não significou, entretanto, o sucesso da prática constitucional garantidora dos direitos concebidos e expressos nos documentos normativos, que se fizeram apresentar em todos os Estados modernos. Há muito cinza, marrom e negro nas experiências tirânicas que ainda tremulam sob bandeiras costuradas em azul, branco e vermelho. A injustiça não se resolve pela só teoria da constituição. O que essa ajuda é na ciência que se põe a todos de que a cidadania é o único caminho para o enfrentamento dos déspotas e para a conquista da efetiva liberdade, igualada na solidariedade jurídica (e, portanto, racional) de todos com todos. A universalização do conhecimento de direitos é a única via para o vigor da luta que não se empresta a negócios não humanos. Pôr isso, mesmo não sendo suficiente pôr si só¹, a Constituição é imprescindível como ponto de partida e como certeza da chegada de uma cidadania comprometida com a liberdade igualmente fruída pôr todos e construída pela solidariedade jurídica libertadora de cada um.

1 • O homem na cidade política.

1 - O homem e a cidade

Deus criou o homem. O homem criou o direito. O direito criou o cidadão. Segundo uma lenda, Deus criou o homem, desenhou-lhe o corpo, coloriu-lhe a boca e o sexo, cobriu todos com o mesmo tecido para que se identificassem uns com os outros e deu a cada qual um nome diferente, para que se reconhecessem na distinção da unidade. Além da lenda, fico a pensar que, buscando criar à sua

imagem e semelhança, o homem criou a república. Deu-lhe o próprio nome — povo (de publicus) — para que o poder se identificasse com ele e ele próprio se identificasse nesse governo. E nesse governo do povo, o direito criou o cidadão.

Assim, a cidadania é uma qualificação política criada pelo direito para o homem em sua experiência com os outros. A cidadania é uma das faces do homem, é a “persona” política do homem juridicamente definida e assegurada. A cidadania é a alma política do homem concebida no mundo do Direito para o seu exercício na sociedade. Pôr isso mesmo, a cidadania é um conceito jurídico e a sua definição normativa impõe-se ao sistema positivo como fundamento do próprio viver no Estado. A Justiça está acima do Direito. E o Direito é mais que a Lei.

O homem apaixonou-se independente de leis. Ama mesmo contra as leis. O acasalamento de homem e mulher não atenta ao direito civil. O voto, no entanto, depende do direito. O homem não tem de onde extrair a sua forma de participar da aventura política senão do direito. O poder-força pode independe do direito. O poder-democracia é forjado no, pelo e segundo o direito, porque em sua base está a figura insubstituível do cidadão, constituído pelo direito, instrumentalizado pôr ele e garantido em seu desempenho pelo sistema no qual ele se ponha como centro. É certo que a única perspectiva de se pensar esse ordenamento jurídico assim referido é o democrático, cujos valores se lhe antecedem e a ele se impõem: direito como instrumento de realização da Justiça. Lei injusta é tirania formalizada. Celebrada é a frase colocada pôr Platão na fala do sofista: “Vós todos que estais aqui, eu vos considero parentes uns dos outros. A natureza, a despeito da lei, tornou-vos concidadãos. Mas a lei, essa tirana do homem, violenta a natureza em muitas ocasiões”.² Onde o sistema normativo não invoca a Justiça e despreza a cidadania não se tem Direito legítimo, não se tem o jurídico justo, não se tem o homem como centro do sistema de valores e princípios feitos normas.

O homem habitou a cidade. Fez da praça o centro onde se fez povo, qualificando-se cidadão, pólo principal da experiência com o outro. É a praça uma construção do homem à sua feição própria. É ela a res que se faz de todos, espaço público do único exercício legítimo do poder. E todos os homens

conciliam-se no grande abraço da cidade de leis.³

A cidadania é uma projeção da liberdade e, pôr isto, a sua concepção faz-se segundo o Direito legítimo, posto a partir do reconhecimento da liberdade e no qual se tem como ponto nuclear a garantia do exercício desta condição humana na maior largueza a permitir a cada um e a todos a realização de sua vocação.

Nessa natureza de instituto que constitui desdobramento da liberdade do homem - a de ser parte (ser membro e nessa condição participar) da sociedade estatal - a cidadania antecede a positivação do direito, conquanto o seu exercício dependa do sistema jurídico. Mesmo naquilo que corresponda ao exercício livre das manifestações plurais da cidadania, a ausência de limites ou formas para tal participação é uma formulação havida no sistema.

2•Os conceitos históricos de cidadania

2.1 - Cidadania como conceito exclusivamente político(civilização greco-romana)

Cidadão, que o romano traduziu de “pólites” (para cives), era aquele que, no orbe romano, titularizava o *ius civitatis*. A ele se conferia o status da civitas, considerando-se, então, romano para distinguir-se do não romano⁴. Ao romano — e somente a ele — se conferiam direitos e se imputavam obrigações políticas, a dizer, somente a ele se reconhecia o estatuto de titulares de direitos e deveres pela condição de membros da cidade.

Nessa sociedade que produz o Estado solidarista⁵, o cidadão não é distinto do indivíduo. Desconhecidos direitos hoje considerados fundamentais e assegurados juridicamente, o estatuto de direitos políticos, então estabelecido, supria, em parte, a carência daquele reconhecimento, fazendo com que a condição não de homens, mas de membros de determinada comunidade, constituísse fonte de direitos. Não era, pois, a humanidade - a condição humana do ser - que dotava alguém de um direito, mas da sua condição de membro da comunidade, que o fazia “elevar-se” à categoria de titular de uma

determinada faculdade.⁶ O contraponto, entretanto, da liberdade na polis era que a liberdade existia apenas para a polis. Quer-se dizer, a liberdade do indivíduo — liberdade individual — não era celebrada ou assegurada, pois o indivíduo não era relevado, importando apenas o cidadão. Ao invés de se somarem, as liberdades pensadas no plano pessoal (individual) e no plano político-social rivalizavam-se e excluía-se aquela pelo realce dado ao estatuto de cidadão. De Aristóteles a Rousseau, de Platão a Foucault, reconheceu-se, sempre, serem a educação e a jurisdição matérias exclusivas do Estado. No modelo da Antigüidade, o molde do homem, o formato do cidadão e a imagem da pessoa eram gestações políticas, não composições individuais.

Reduzida, basicamente, à votação de leis e à atuação judiciária o desempenho dos cidadãos nos negócios da cidade, no período antigo, a cidadania era um exercício direto, desconhecida como era a representação política. A participação direta do cidadão nos negócios políticos de sua cidade estabeleceu algumas formas de igualdade reconhecida juridicamente (tais como a igualdade de voto, a igualdade da palavra pronunciada na eclesia etc), mas também eliminou — até mesmo pela impossibilidade material do encontro na praça pública em razão do grande número de cidadãos (quarenta mil cidadãos aproximadamente no século V) — extensa camada da população, como, em Atenas, os escravos, as mulheres, os artesãos, dentre outros.

O exercício do poder pelo cidadão estendeu-se à proposta e à votação direta de leis, ao questionamento sobre leis feitas pelo próprio povo e ao desempenho da jurisdição. Careceu tal desempenho da natureza de direitos subjetivos, vez que tal participação ergueu-se como dever.

A cidade antiga podia dizer-se “cidade plena”, totalizando a vida do homem-cidadão, integralmente submetido ao seu destino e à sua vocação. A cidade fazia-se, de resto, a única vocação do cidadão; sua voz era a da cidade; sua cidade, o eco de sua voz. Mas a palavra era política, não individual. A “persona” que dominava era a do ser político, absorvido em sua inteireza pela experiência no Estado, nada restando ao ser individualizado, único e livre na sua particularidade. Não se tinha o homem qualificado pela cidadania, mas o cidadão encarnado num homem.

2.2 - Idade Média: a dominação privada

As características das práticas políticas medievais não permitiam a fixação de um conceito, menos ainda o tirocínio da cidadania. Nesse quadro ela perde status e espaço, pois a relação de vassalagem e o figurino de dominação suserana não permitem a interface da liberdade do homem político que a cidadania encarna e realiza.

Cidadania, lembrei antes, exerce-se no espaço público. As relações que se instalam no período medievo são particularistas e acanhadas, sedimentadas no espaço privado da propriedade do senhor. Cidadania não tem senhorio. Não é fachada de aluguel da liberdade. Não habita casa grande, nem comporta senzala. Logo, num ambiente contrário à nascente da política de liberdades, a cidadania faz-se ausente do cenário. A política passa ao largo do povo e a cidadania põe-se como terceira margem.

Não se há, contudo, de esquecer que as doutrinas cristãs que se semeiam no período contribuem, na seqüência histórica, para o desdobramento da concepção do homem como ser dotado de individualidade (que aquelas teorias traduziram no conceito de alma) e ser completado na transindividualidade (que transborda no sentimento político da relação com o outro). A dicção de que “a Deus o que é de Deus e a César o que é de César” constitui a versão mais acabada de uma compreensão, que então se impõe, segundo a qual uma parte do homem é dada ao mistério que a transcendência guarda e, assim, escapa ao toque do outro e à ação política, enquanto uma segunda parte, aquela que enlaça os homens na versão mais perfeita do encontro (viver com o outro no espaço público), dá-se à comunhão na praça e é esse o lado da liberdade humana que faz de todos um único todo que o poder congrega e a ele compete operar para garantir cada qual. Note-se, assim, que mesmo as Assembléias que tiveram lugar nos Estados Medievais eram essencialmente particulares, pois o poder feudal fazia-se mostrar na força que se convertia em decisão política, baseando-se a potestade nos domínios que os mesmos senhores ostentavam.

3• As cores da revolução constitucional do cidadão

A formação do Estado Moderno definiu a centralização do poder político como modelo de organização institucional político da sociedade. A presença da Igreja, a determinar os paradigmas estatais, fortalecera-se de tal maneira no curso do medievo que o exercício e o próprio exercente do poder dependiam do Papa. A laicidade (de resto, relativa) do Estado Moderno fez-se pôr imposição de um novo figurino que se vinha impor e que determinava o afastamento das forças (e interesses) políticas da Igreja daquelas que formavam uma nova sociedade. O clero, se bem que ainda gravitando no âmbito do poder político do Estado, guardou-se como estamento e atuou com os nobres, mas já não mais como determinante único dos governos. Para rivalizar com a Igreja, o poder temporal fez-se mais e mais centrado em si, pelo que a breve experiência renascentista das cidades italianas, a realçar o homem do burgo na dinâmica política da coisa pública, viu-se sem continuidade: faltou a cidade voltada ao homem, num Estado em que a cidade construía os muros de si mesma contra outros interesses.

O paradoxo então observado é entre as doutrinas cristãs determinantes e as práticas anti-eclesiais prevalentes naqueles primórdios do Estado Moderno: a idéia de indivíduo (a ensejar a formação do individualismo como pólo principal de idéias e práticas) eclode para resgatar o homem em sua dimensão central. O egocentrismo dá o tom. A ciência, como a consciência, que a Europa constrói e divulga para todo o mundo torna o indivíduo o tema principal de todas as experiências. A dimensão do ser humano, tomado como ser único, igual e livre, transforma a história, batiza de novo o Direito, faz-se o ideal de Justiça pensada. A influência da doutrina cristã, incipiente em períodos históricos anteriores, passa a predominar as concepções políticas: a máxima a Deus o que é de Deus abala não apenas o ideário, mas a própria estrutura política que se arrastava desde a Antigüidade, pois somente a persona política do homem - o que é de César - pode ser cuidado pelo Estado. O fracionamento institucional Estado/Igreja não é senão a feição mais acabada da densidade Cidadão/Homem: aquele, na praça; este, em seu próprio altar do qual parte em busca do outro; aquele, plural, este, individual sem perder a noção do outro; aquele, a voz; este, a alma revelada inclusive (mas não só) na palavra.

O Direito tem a sua grande revolução na transformação das relações do homem em seu contato com o outro e em sua dignidade pôr si mesmo. Essa revolução fez-se patentear nos processos revolucionários iniciados — e não acabados, antes prolongados ainda hoje — nos oitocentos. O Direito, então, fez-se de cores, a ver se recobre a sociedade com os tons de todos os homens.

A) Azul: A cidadania buscada na liberdade (o cidadão e o Estado).

Na base da organização estatal moderna se põem os direitos do homem e do cidadão, tal como enunciado no título da Declaração Francesa de 1789.⁷

Idéias somaram-se, formulando-se a partir delas, uma nova concepção de convivência política, de um novo Estado, de um novo Direito. A República, pensada e institucionalizada como alternativa às monarquias despóticas e absolutistas experimentadas, celebraram a igualdade jurídica como pedra de toque de um sistema que substituíra outro, pejado de distinções sem razões e discriminações perversas. A Democracia liberal - que, se conteve pouca prática de democracia real, teve vital importância na cadência da formalização necessária dos direitos fundamentais - pôs-se como objeto à forja de um novo ensaio de vivenciar o poder. Mais que tudo, a liberdade não foi cogitada como concessão do Estado ou ganho do cidadão, mas como dado essencial do ser humano, com a qual não compete e contra a qual não atua, legitimamente, o Estado. Pôr causa dela o poder se limita.

Liberdade e Direito, Liberdade no Direito e Direito pela Liberdade aliam-se como novos horizontes abertos ao sistema político centrado no homem. E é nessa visão assim adotada que a democracia liberal ou o liberalismo cogitado então como democrático-formal oferece idéias de uma liberdade política que se punha como direito de estar a salvo do Estado e de suas ações, ao invés de estar a salvo para ser Estado. Cidadão todos eram, então, porque se igualavam no Estado como membros do corpo político. Mas distinguia-se a cidadania civil da cidadania política, a cada qual correspondendo um estatuto jurídico distinto e bem definido.

A cidadania política foi, então, entendida como o exercício livre de direitos políticos do homem como membro do corpo político do Estado. A liberdade que se reconheceu e se buscou assegurar ao homem ampliou-se ao plano político. Essa forma de liberdade foi reconhecida na relação homem/Estado (e não apenas naquela estabelecida entre os homens) e condensava-se no estatuto de direitos políticos e civis. Esses são conceituados por Pimenta Bueno como “as faculdades, vantagens ou prerrogativas que pertencem aos homens, parte como homens, e parte como membros da respectiva sociedade civil, e que presidem, ou prevalecem em suas mútuas relações privadas”.⁸ Já os primeiros eram concebidos pelo constitucionalista do Império como “as faculdades ou prerrogativas que competem não aos homens e nem mesmo aos simples nacionais ou simples cidadãos, mas sim e somente aos cidadãos ativos, de participar na formação do poder público e intervir no governo do Estado na forma da lei política ou constitucional.”⁹

Invertem-se os termos da equação política do Estado Antigo: nesse à igualdade política - de participar das decisões políticas como membro da sociedade global - correspondia uma total falta de liberdade individual,¹⁰ enquanto no Estado Moderno, informado pela liberdade individual, a liberdade política restringia-se a um conjunto de instrumentos que propiciavam, mas não fomentavam, menos ainda garantia a efetividade permanente da participação política do cidadão no Estado.

Põe-se em debate a questão crucial da existência e coexistência do direito natural e do direito que, posteriormente, a teoria registraria como positivo. No centro de todos os debates dois entendimentos que se diversificam: a primeira, a que se põe a perguntar (e a aceitar) que há um direito que todos os homens igualmente têm e que lhes advém dessa sua mesma condição: são os direitos ditos naturais; e uma segunda, segundo a qual há o direito que o Estado põe (positiva) à observância de todos e que se manifesta, excelentemente, pela lei, fruto da vontade geral (art. 6, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão). Se e quando prevalece a primeira, tem-se uma continuidade do “estado da natureza” de que o “estado civil” (que, posteriormente, seria grandemente aproveitado no conceito de “sociedade civil”) seria uma seqüência

necessária e a cuja fonte se encontraria o paradigma social jungido. Direitos existem - como o de participar da vida na coletividade e de resistir à lei injusta, mesmo sendo esta uma manifestação voluntária do grupo social - que o homem tem, fundamental e essencialmente, e existem (segundo os adeptos desta teoria) independentemente de qual o povo e qual o modelo sistêmico adotado. Para os teóricos da segunda corrente, direitos são os que a própria sociedade põe, reconhece e assegura pela Lei, manifestação solene e formal da vontade geral, pelo que direitos do “estado da natureza” não prevalecem.

Na esteira deste debate outro se lhe seguiu, referente aos direitos da própria cidadania (direitos políticos e não individuais) e à sua essência de direitos naturais (decorrentes da própria condição natural - do “estado da natureza” - do homem). Se os direitos fundamentais do indivíduo (ditos também direitos humanos) são considerados iguais em todos os espaços, independentemente do modelo de Estado adotado e do regime nele acatado (porque o critério para tal reconhecimento seria a igual condição humana de todos), seria de se considerar se também iguais, em todos os espaços, deveriam ser reconhecidos os direitos políticos e civis ou se estes seriam apenas aqueles albergados em cada ordenamento jurídico. Ocorre que alguns direitos políticos, como aquele referente à resistência à opressão (art. 2, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789¹¹), foram erigidos em normas jurídicas em alguns sistemas, mas na maioria dos documentos constitucionais vigentes ainda hoje não é incluído. Se são considerados direitos fundamentais e exprime a cidadania uma face do homem, tomado em sua essência, os direitos políticos têm que ser considerados como aceitos como uma dimensão da liberdade humana - a liberdade política de estar e participar com o outro do Estado e não de apenas fazê-la valer no plano individual contra o Estado - e, nessa acolhida, são indisponíveis e o seu exercício é concernente ao homem, independente do figurino jurídico positivado.

A liberdade deixa, pois, de ser um anteparo de negação à ação do Estado e passa a ser uma formulação jurídica de atuação positiva do homem no Estado.

Na infinitude da liberdade individual, concebida e aceita como esteio a que se acha acorrentada a alma humana, a cidadania rasgou o horizonte político moderno, singrando o espaço como um arco revertendo pela sua passagem o velho veleiro de direitos velhos e despedidos de humanidade livre e inteira. Liberdade, em si, não é senão um sentimento a que se acha condenado o ser humano, como a paixão e a fé. Aliás, a liberdade é uma forma de paixão: a paixão sem forma na grande magia da aventura do viver. Escravo do ideal de liberdade, o homem tem nela, como no amor, a dupla face da sua permanente busca e padecimento: sofre-se para tê-los, pois sem isso o sentido da vida fica menor. É no espaço da emoção de liberdade que transborda o sentido de Justiça, a guiar o homem rumo ao outro no encontro de si mesmo. É a liberdade que apresenta ao ser humano a sua superação no processo contínuo de libertação de si mesmo rumo ao outro, a um outro, ao próprio encontro no outro. Nos primórdios do Estado Moderno, com a aceitação apenas da liberdade individual, a cidadania política fez-se mais contra o Estado, do que a favor da sociedade. O silêncio social fez-se a palavra individual e embora a praça tenha-se tornado de todos, a voz política de cada um fez-se apenas eco em nome da soberania da coletividade exercida pela representação. A liberdade individual calou-se na cidadania política, entendida esta na relação homem/Estado (talvez fosse melhor considerar homem x Estado). O estatuto individualista sobrepôs-se ao estatuto social do homem; o homem contrapôs a sua liberdade não apenas ao Estado, mas ao outro. Daí a cidadania ter sido concebida apenas em sua conotação política, deixando de estender-se à sua natureza também social.

B) Branco: A cidadania construída na igualdade (o cidadão e o outro).

A cidadania não se conteve na busca da liberdade, porque a vivência do homem com o outro (convivência) é que configura o marco da humanidade. Não é no não-encontro ou no desencontro que se faz o Direito, mas no inestimável conforto de união de mãos, na conjunção do abraço. Um homem só não faz Direito. Sequer interessa ao Direito o eremita. Põe-se e dispõe-se no Direito para o enlace de homens. A multidão - não a solidão - tem a cor do

Direito. Como o direito se busca, a cidadania se constrói. A liberdade individual é imprescindível. Mas a terra é que é azul, não apenas um de seus habitantes. A liberdade é de todos. A cidadania, sua guardiã realizadora.

A cidadania, cujo conceito jurídico se formulou e se enfatizou nos primeiros momentos do Estado Moderno, é a que exalta a liberdade do homem em sua relação com o Estado. Pôr isto, ela qualificou-se apenas politicamente, a dizer, em relação ao Poder Político do Estado, sem deixar espaço à ênfase na relação dos indivíduos entre si. Tanto se explica pelas forças que se buscavam contestar então: o despotismo fizera dos indivíduos coisas do Estado; dos cidadãos, servos; dos servos, escravos. Mas a prática mostrou que a liberdade vem ao direito pelo transbordamento da alma política de um povo. A convivência no espaço comum é que dá a dimensão do exercício da liberdade que ao direito importa, pois a ele não interessa apenas¹² a liberdade de um, mas a igual liberdade de todos.

O cidadão supera uma etapa e passa a ser construída uma nova cidadania na soma do princípio jurídico da igualdade à liberdade. Ao azul da dimensão livre do homem adita-se o branco da ausência de cortes e recortes, que conceitos e preconceitos põem, a estancar em quadros odiosamente separados homens que se igualam na condição de sua mesma natureza.

O princípio da igualdade, esboçado na legenda revolucionária, não se efetivou no primeiro período de formalização constitucional dos direitos fundamentais. E assim não se deu porque a ênfase no individualismo acanhou, se não os próprios ideais, as práticas políticas e econômicas seguidas na ocasião. No entanto, desde a sua introdução no sistema de normas jurídicas no art. 1º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (“les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l’utilité commune”) esse princípio nunca cessou de ser objeto de debates políticos e de reivindicações sociais. Ele expressa, em essência, uma concepção política de Justiça social acolhida em determinado sistema de vida aceito pôr um grupo, pelo que a sua vertente antecede e ultrapassa o próprio Direito.¹³ Tido como um princípio tão natural em sua aspiração quanto utópico em sua

realização¹⁴, a igualdade representa uma etapa na conquista dos direitos que se somam na construção da liberdade para cada um e para todos. Onde um homem dispensa caviar enquanto outro homem faz do lixo a sua marmita não há liberdade nem de um nem de outro, porque a desigualdade impossibilita a humanidade harmoniosa da convivência. Daí porque se fala em valor supraconstitucional da igualdade, pois ela se impõe ao próprio ordenamento, mesmo quando não se ache nele expresso. As Cortes Constitucionais do Estado Contemporâneo têm extraído do contexto constitucional, quando não do próprio texto (em sua principiologia implícita), esse princípio jurídico que obriga o constituinte e o legislador infraconstitucional, o governante e o juiz, o administrador e o administrado a seu integral acatamento. Nessa condição de valor supraconstitucional e pré-constitucional (antecedente do processo de formalização das normas jurídicas e de sua aderência imperativa), o princípio da igualdade jurídica impõe-se em todos os planos do Direito (interno e internacional). Daí o Direito Comunitário europeu ter disposto, expressamente, serem os quatro “objetivos da Comunidade Européia” a liberdade, a igualdade, a solidariedade e a unidade, os dois últimos subseqüentes necessários e inarredáveis daqueles primeiros.¹⁵ Duzentos anos após a trilogia revolucionária adiciona o ideal de unidade, sem perda dos motes que reconstituíram a sociedade na construção de um novo modelo de Estado, cujos ideais estão não apenas vivos, mais sensíveis como justos e como obra humana em construção.

A igualdade não nasce com o homem. Constrói-se. E essa construção dá-se por uma luta permanente dos cidadãos, pois contra ela há o fator desigualador que é o interesse pessoal, especialmente o de natureza econômica.

Cientes e conscientes de que nascemos e permanecemos desiguais no aspecto físico, intelectual, e, ainda, que a igualdade sócio-econômico não brota do solo seco e sem o fermento da obrigação coativa posta pela norma, o direito cuidou de recriar a pessoa, ou de cogitar de uma pessoa no Direito concebido sob o auspício da igualdade. Essa pessoa que se formulou numa nova visão democrática, recobriu-a o Direito com a pele jurídica que o homem pode para si mesmo criar na relação

com o outro: aquela que se impõe a todos pela melanina externa produzida pelo sistema normativo. Esse fator de igualação da conformação jurídica de cada qual é ponderado e temperado segundo a condição em que se acha cada um de tal modo que o direito cuida de produzir a igualdade jurídica tratando igualmente os iguais e desiguando os desiguais na medida de sua desigualdade. Isto significa que não se discrimina, não se prejudica e nem beneficia validamente alguém pela sua condição de pele física, mas pela sua situação no ambiente social que ao direito importa prover. Mais que a não aceitação do preconceito como fator de desigualação, o princípio jurídico da igualdade constrói uma nova liberdade política, mas especialmente possibilita a composição de uma liberdade social, onde se criam novos espaços sociais, políticos e econômicos que possibilitem a igualdade e onde os direitos fundamentais denominados de terceira geração (à condição econômica garantidora do mínimo para a titulação do direito à dignidade humana, à informação que lhe permita exercer a sua liberdade intelectual e, assim, política, crítica e afeita aos interesses apurados como próprios, à democracia e aos bens comuns da humanidade) são igualmente assegurados a todos.¹⁶ A igualdade jurídica amplia os horizontes azuis que a liberdade projetara, conduzindo à construção de um direito onde os homens façam-se mais próximos. Não mais apenas se cingiu o espaço do indivíduo inexpugnável à ação do Estado, mas nesse espaço livre aproximou os homens relevando-os numa condição em que se contam e se recontam, se apontam e aprontam as igualdades e não as diferenças. Note-se, pôr necessidade do momento histórico que vivemos, que não de anulam as diferenças havidas na individualidade pela concepção e aplicação do princípio da igualdade jurídica, mas se amplia a definição e interpretação das igualdades havidas na humanidade. Tem-se o direito de ser igual sempre que algum fator (físico, social, econômico ou político) nos exclua, mas se resguarda o direito de ser diferente, para que a individualidade se respeite. Nestes tempos que correm, em que se intenta reimplantar o liberalismo individualista, mas com um individualismo sem individualidade (que é o que se vislumbra na denominada “mundialização”), há de se ter em conta que os homens têm todas as

cores e que é neste caleidoscópio que se tem o pluralismo libertador.

C) Vermelho: A cidadania redimida na solidariedade (o cidadão com o outro).

Ilusão não produz Direito. Mas faz o Direito viver. Faz o próprio ser humano viver, como se fora uma alavanca a sustentar a esperança numa espiral de confiança que o faz lutar a cada dia. Todas as ilusões que o homem acalenta traduzem-se em esperança e Justiça, a projetar o ideal que nutre o Direito.

Experimentada a desilusão a que o fetichismo da lei conduziu no primeiro momento do Estado Moderno, a confiança numa ordem jurídica dotada de efetividade jurídica e produtora de uma alteração – não apenas de um reconhecimento – das condições sociais propiciadoras de eficácia social passou a gerar um novo modelo jurídico ou pelo menos um novo ideal de Direito.

O Direito deixou de ser contemplativo para ser operativo. Ao invés de apenas reconhecer direitos fundamentais passou a ser instrumento de produção das condições para a sua efetividade. Nem poderia ser diferente, pois o cidadão deixou de ser passivo para ser ativo, no sentido não apenas de se fazer representar, mas, especialmente, de fazer-se apresentar no exercício do poder.

Os acertos da liberdade buscada e da igualdade que se põe em permanente construção se adicionam na produção de um novo pensamento jurídico sobre cidadania que deságua no desvendar de uma nova concepção: a da solidariedade que produz a liberdade intersocial e a igualdade afirmada no e pelo Direito.

A liberdade pode ser azul. Mas ninguém tem essa ou qualquer outra cor. Pessoa alguém tem sangue azul. A liberdade que irmana os homens traduz-se na mesma viscosidade que corre no coração de cada um: o sangue é vermelho igual e transmite-se entre os homens como a própria humanidade libertada das veias de cada um. A cidadania humaniza-se na redenção de uma fraternidade apenas relanceada na pureza ideal dos revolucionários de ontem.

Esta cidadania assim humanizada é que expressa uma nova face da convivência no Direito: a da fraternidade jurídica ou da solidariedade social posta como princípio jurídico articulado como fundamento da ordem normativa.

A cidadania social toma assento no Direito. A solidariedade desabotoa-se e abre-se à conformação jurídica na condição de princípio fundamental que possibilita a racionalidade da liberdade buscada e à possibilidade da igualdade em construção. Mas a solidariedade que se impõe formula-se como direito e não mais como uma esperança espriada na sociedade.

Não é recente a idéia de que na base de um sistema jurídico, a solidificar a construção do direito, está a solidariedade social. Coube ao brilho genial de Duguit afirmar, ainda no início do século que se põe ao fim, que “le fondement du droit est la solidarité ou interdépendance social, que tous les membres de la société sont obligé par la règle de droit de ne rien faire qui soit contraire à la solidarité sociale et de faire tout ce qui est en leur pouvoir pour en assurer la réalisation, que s’il y a de droits, ils dérivent de cette obligation, que tout homme a le pouvoir d’accomplir son devoir social et de s’opposer à ce qui quiconque l’empêche de l’accomplir. ... le droit étant ainsi fondé sur la solidarité sociale s’impose aux détenteurs de la puissance politique, à l’Etat, qu’il en résulte pour lui l’obligation de ne faire aucune loi susceptible de porter atteinte au libre développement de l’activité individuelle, parce que ce libre développement est nécessaire pour que la solidarité sociale puisse se réaliser et se développer. ... La conception de la solidarité conduit encore à cette conséquence que l’Etat est obligé de faire certaines lois. Il est obligé de mettre la puissance dont il dispose au service de la solidarité sociale: par conséquent, il est obligé par le droit lui-même de faire toutes les lois qui assureront à chacun la possibilité matérielle et morale de collaborer à la solidarité sociale...”.¹⁷ Segundo este eminente constitucionalista, a organização mesma dos indivíduos explica-se pela confiança havida na solidariedade social como base de todo o congraçamento político na praça.¹⁸

A fraternidade referida no ideário revolucionário - hoje traduzido constitucionalmente pelo princípio da solidariedade social entronizado nos sistemas positivos - expressa o terceiro elemento caracterizador da cidadania concebida e ensaiada no Estado Contemporâneo. É esse princípio que redimensiona a cidadania, agora havida em seu princípio ativo, não mais no sentido liberal, mas no

sentido social, literal, a dizer, a negação da passividade na e em face da coletividade. A solidariedade social como princípio jurídico fundamental faz aflorar a impositividade da ação concreta do cidadão em sua obrigação política com o outro para o benefício de todos. E, mais ainda, determina a ação positiva do próprio Estado. Essa solidariedade social juridicamente concebida e albergada nos sistemas sociais revitaliza os princípios anteriormente referidos. Assim, a liberdade pessoal soma-se na convicção e experiência da liberdade social, da liberdade do grupo na concepção, formulação, participação concreta e controle efetivo das políticas que, então, se fazem efetivamente públicas (do povo, para o povo e tomadas pelo Poder Público mediante o seu clareamento pelo público), enquanto a igualdade jurídica cunha a sua extensão na teoria e prática da ação afirmativa.

A cidadania se humaniza e se redime, em sua reconciliação do homem com o homem.

Para Paulo Mendes Campos, em verso que já lembrei antes,

“o homem é um gesto que se faz ou não se faz.

Seu absurdo - se podemos admiti-lo - não se redime em injustiça.

Doou-nos a terra um fruto. Força é reparti-lo

Entre os filhos da terra. Força - aos que o herdaram - É fazer esse gesto, disputar esse fruto.”

A solidariedade é o princípio jurídico que determina o gesto. A justiça que se faz para que a convivência — ou a mera vivência — não se redima em absurdo. Afinal, como para o poeta, o direito determina que se organize o sofrimento da trágica aventura mágica do homem ao sofrimento de todos: “se multipliquei a minha dor, também multipliquei a minha esperança”. Como disse antes, o direito vive da esperança do homem no próprio homem: a solidariedade jurídica faz com que ela se multiplique e se torne não apenas crível, mas, especialmente, factível pela ação-dever social de uns com os outros.

A cidadania social, que se põe ao homem como dever moral e jurídico coativamente posto pelo Estado e ao Estado delimita-se segundo as condições do ambiente político, fazendo com que — como tem que ser sempre — os sistemas constitucionais atentem sobremaneira ao contexto político para a

produção e aplicação dos textos jurídicos.

Não obstante todas as dificuldades encontradas no momento histórico atual — principalmente em razão dos sistemas econômicos que massificam e tornam a liberdade individual e política dos diferentes Estados tanto menos facilmente respeitados quanto mais agressivos em sua necessidade de mercado e de consumidores-objetos acrílicos e não de homencidadãos livres —, a democracia ainda constitui o modelo de convivência que permite o florescimento incessante do sentimento de Justiça do homem, que não se massifica, porque depende do atendimento das peculiaridades sociais e das diferenças individuais que constituem a igualdade dos homens. Pelo que se pode mutilar as mãos, mas não se eliminar o abraço; pode-se calar a voz, mas não a alma; pode-se vendar os olhos, mas não as idéias.

Um dia, no interior do Pará, pedi a amigos que me levassem a conhecer o que não se põe à amostragem de turistas rápidos de ocasião: o lugar habitado pôr quem ali luta para viver na labuta do dia a dia.

Como quem mostra ao visitante de improvisado e de inopino um cômodo da casa não arrumado para o hóspede intempestivo, levaram-me, meio a contragosto, a uma favela chamada “Nova República Tancredo Neves”. E explicaram-me: “ela era chamada de Tiradentes. Mas os novos tempos impõem novos nomes, coerentes com o que se aspira.” Este é o meu tempo, pensei. O tempo da certeza de que é a fome que move as asas no vôo. Sem pão a liberdade é sonho difícil de ser sonhado. E a ceia - que na solidariedade social devida inclusive pela ação do Estado não tem sido santa, quando tem sido... - há que ser composta para a festa de todos. Ou não será de ninguém, se não se souber repartir o alimento.

Em dois séculos de predomínio dos ideais, depois princípios jurídicos, da liberdade, da igualdade e da solidariedade social, o homem se encontrou e se perdeu, nasceu e se matou, amou e guerreou. Este século, que agora se vai extinguindo como se fosse mais um retorno que um avanço, viu Hiroshima e Apolo 1, a Revolução Russa e Auschwitz; século de João XXIII e do Ayatolá Khomeini, de Gandhi e de Hitler. Do tilburí ao Challenge e ao Mir, do carro de boi e da Internet, modas vieram e se foram, idéias vieram e se foram e ainda voltaram, coisas se criaram

e homens se destruíram e ainda as destruíram: só o homem permaneceu com os seus mesmos anseios (e até angústias) de liberdade igual e solidária para todos e para cada um. O homem - acentua Bobbio¹⁹ - é imprevisível. O homem, em sua essência, não (conquanto em seus atos, sim): ele nasce, cresce, envelhece e morre. E quer o livre querer que o faz sentir-se bem consigo e unido ao outro, senhor de si e do seu destino. Mesmo que também isso não passe de mais uma ilusão, pelo menos no plano pessoal (porque no plano político, continuo a acreditar ser o povo autor de sua história e senhor do seu destino).

A cidadania é uma milícia. A milícia da liberdade a serviço de cada e de todos os homens. Afirmava Pasolini que

“a sabedoria nunca terá força suficiente no juízo desta opinião pública, cuja leve sabedoria lhe basta para viver e nunca a libertou.

A covardia nos acostuma a ver atrocidades com a mais estranha indiferença.

Toda idéia é irreal.

Toda paixão é irreal”.

Toda luta é irreal, eu acrescento.

E, no entanto, toda luta é necessária para transformar a realidade. E apenas pela paixão e pela idéia essa luta pode ser legítima e eficiente. A luta com o outro. Principalmente, a luta pelo outro.

A paixão é do homem. A compaixão, também. Afinal, ela não é mais que a paixão com o outro, mais que pelo outro. A cidadania é o mais fervoroso exercício da paixão solidária. Enquanto a paixão homem/mulher é egoísta, a paixão política é altruísta. E uma como outra são próprias do homem e são manifestações da solidariedade do homem com o outro.

Já se perguntou “qual a liberdade?”, “qual a igualdade?”, e o turbilhão em que vivem as sociedades estatais talvez esteja a levar à indagação, mais ampla e própria, “qual a cidadania?”. Hoje, a resposta a essa questão pode ser encontrada na concepção que a põe como um compromisso com a democracia substancial, em permanente estado de construção para a concretização dos ideais de Justiça social dotados de efetividade social e jurídica.

Os movimentos revolucionários setecentista, dos

quais o francês foi o mais cosmopolita e o que divulgou a tríade ideal, antecipando o direito cosmopolita, preconizado pôr Kant, vieram tingir os valores, hoje mais que nunca, predominantes, conquanto longe de serem universalmente realizados. Nem pôr isso se pode afirmar que esses valores ideais, postos na base do Estado Moderno e torneados e recoloridos no curso destes dois últimos séculos, possam ser considerados ultrapassados ou desconsiderados em sua condição fundamentalíssima. A mundialização joga com o fantasma da fome e da miséria numa época, mais que nunca, em que se pode produzir alimentos para todos. Joga também com a massificação como antônimo necessário da liberdade crítica, igual para respeitar as individualidades e solidária para propiciar a união, para garantir uma falsa paz. Nunca, porém, a divulgação de idéias e ideais pode ser tão amplamente feita como hoje. Nunca, como agora, se pode ter o fortalecimento dos ideais pela difusão dos valores e pela exigência da ética da Justiça como princípio e garantia da vida digna de cada um e de todos.

4• O conceito constitucional contemporâneo de cidadão.

1 - A cidadania apresenta-se, atualmente, numa dupla dimensão, a saber, a nacional e a universal (ou talvez fosse melhor denominá-la apenas de transnacional). Essa segunda desconhece fronteiras. Não se pretende admitir como direito atual o apátrida (aquele despojado de alguma nacionalidade. Assim dispõe o art. 15, da Declaração dos Direitos do Homem de 1948). Nem o carente de alguma cidadania. Faltaria a quem nessa situação se achasse um aspecto de sua liberdade não assegurada pelo Direito: o de ser parte e de participar ativamente de um grupo social constituído e organizado em Estado.

Numa época em que os Estados se reúnem para fortalecer-se e promover ações comuns para a realização de seus interesses, porque os indivíduos haveriam de se ater às fronteiras territoriais e jurídicas de um único Estado para serem cidadãos?

O direito se torna comunitário e caminha-se para um direito cosmopolita (assim no que concerne aos direitos humanos). Logo, haverá que se reconhecer alguns direitos inerentes à cidadania que tendem a

serem considerados universalmente, qualquer que seja a pátria, a nacionalidade e a condição do seu titular.

A mundialização de ações estatais e particulares (com a denominada “economia globalizada) produz o cidadão do mundo.

A face da cidadania, aqueles direitos que a formam e a conformam juridicamente, referente à participação - à ação como parte da espécie humana - política em qualquer quadrante da terra haverá que ser considerada como legítima e garantida seja qual for o Estado no qual ele se encontre e onde os faça exercer. Afinal, mais que nunca, “não pergunte pôr quem os sinos dobram... eles dobram pôr ti”. A vida de cada um é a mesma vida de todos. Se os sinos dobram pôr todos, a banda também.

2 - Posta como princípio jurídico, a solidariedade impõe que cada um atue na distribuição de bens como compromisso-dever social juridicamente posto à observância de todos para a concretização de uma nova cidadania: aquela que cuida de assegurar a dignidade da pessoa humana, da qual, de vez, ela é uma mera expressão. A cidadania, que é uma das formas de manifestação da liberdade sócio-política, elabora-se para pôr à mostra a dignidade do homem em sua experiência com o outro. Sem a aliança, o homem perde-se em sua dimensão social justa, conquanto possa contracenar com todos sem se dar a alguns. Solidão não produz dignidade: produz desintegridade. O homem é inteiro com o outro; a solidariedade proporciona condições à vinculação do homem ao homem, a sua composição integral e, na extensão de sua liberdade, a sua inteireza conforme os dons que conformam a individualidade.

Do Estado liberal, no qual a doutrina liberal-individualista privilegiou a cidadania civil e a cidadania política, sem respeito à ação participativa no plano coletivo, ao Estado Social, no qual a cidadania social promoveu o retorno da igualdade e da fraternidade como valores convertidos em princípios constitucionais a serem aplicados para configurar o conteúdo da cidadania contemporaneamente desenhada nos sistemas jurídicos, o mundo mudou, o Estado mudou, o Direito transformou-se ao sabor dos acontecimentos e vê a volta e a reviravolta de

muitos desses princípios, compostos e recompostos segundo os interesses que prevalecem nos diferentes momentos em que os grupos predominantes no poder dos diferentes Estados exercem sua influência.

Como princípio jurídico-constitucional, todavia, não se há negar que a dignidade da pessoa humana põe-se, neste final de século, como fundamental e dimensionador da cidadania e dos demais direitos tidos como essenciais à pessoa humana.

Quanto mais se fazem acintosas as diferenças dentro de um mesmo Estado - no qual ricos e pobres chafurdam na luta entre os excessos entediados dos primeiros e a carência desesperadora dos segundos - ou entre os Estados - nos quais uns dilapidam reservas para a aquisição de armas enquanto outros não dispõem de recursos para adquirir comida - mais se afirma o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio-limite definidor da pobreza aceitável (?) e da riqueza legítima.

Considerado um fim em si mesmo e nunca mais, em qualquer caso (como, antes, o dos escravos), como coisa tendente à realização de um fim, a dizer, como meio para, o ser humano é considerado em sua dignidade pelos sistemas democráticos contemporâneos e é dessa condição (tornada, constitucionalmente, princípio fundamental) que fluem os direitos à liberdade e à igualdade.

Tomado como princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição da República do Brasil de 1988) — conquanto o conceito anteceda o ordenamento jurídico e mesmo o submeta como valor superior do ser humano, que independe de sistema —, contém ele dois elementos essenciais em sua essência, a saber, o homem e a dignidade.

A dignidade é uma qualidade do que, em razão de uma superioridade absoluta decorrente de uma condição própria, entranha-se na essência do próprio sujeito, não sendo, então, passível de mensuração ou substituição sem perda do próprio ser. Na lição de José Afonso da Silva (embasando-se em Kant), “no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Aquilo que tem um preço pode muito bem ser substituído pôr qualquer outra coisa equivalente. Daí a idéia de valor relativo, de valor condicionado, porque existe simplesmente como um meio, o que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem e tem um preço de mercado, enquanto

aquilo que não é um valor relativo, e é superior a qualquer preço é um valor interno e não admite substituto equivalente, é uma dignidade, é o que tem uma dignidade. Correlacionados assim os conceitos, vê-se que a dignidade é atributo intrínseco, da essência da pessoa humano, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente.”²⁰

Não é o homem em qualquer momento ou situação que se pretende centro da ordem jurídica, mas o homem tomado em sua condição essencial, dotado da dignidade que o torna princípio e fim do Direito e do Estado.

É o reconhecimento e garantia da dignidade humana que se projeta na ordem jurídica a legitimá-la e orientá-la no atendimento dos objetivos fundamentais da sociedade. Quanto mais atuantes e eficientes os sistemas jurídico e político no sentido de possibilitar a todos as condições materiais, espirituais, psicológicas, para o desenvolvimento de suas aptidões e vocações mais legítimo será ele e mais justa será a sociedade.²¹ Tanto se dá porque a dignidade da pessoa humana — valor que, entronizado no sistema jurídico, transforma-se em princípio constitucional fundamental informador do ordenamento veiculado pôr meio de norma jurídica — impõe que a sociedade e o Estado prodigalizem-se, obrigatoriamente, no sentido de criar as condições para que o pleno desenvolvimento do ser humano integral se possa realizar.

Sem que a dignidade de cada um e de todos se faça respeitar na sociedade a cidadania capenga, porque carente do elemento próprio ao ser em sua própria condição humana. Sem a cidadania exercida ativa e solidariamente a dignidade se acanha, porque ausente do seu desdobramento político inerente à liberdade para a qual flui e na qual se aperfeiçoa.

Pôr isso, o fenômeno denominado de “exclusão social” transgride a ordem jurídica, agride o Direito e fere o sentimento de Justiça e o sentido que ele adota na base do ordenamento jurídico posto pelo Estado à universalidade dos homens. Pôr exclusão social entende-se a situação que deixa à margem do processo político, social participativo, econômico e, portanto, das garantias jurídicas fundamentais uma pessoa ou grupo social. Os “excluídos” têm desrespeitados até mesmo os seus direitos

fundamentais, despojados que são do núcleo mínimo de seu patrimônio jurídico que lhe garantiria a dignidade humana. A sociedade integra o indivíduo ao todo social. O perverso fenômeno da exclusão desintegra-o, retira-o do contexto sócio-político e econômico integrado segundo um modelo estatal eleito como próprio e adequado à universalidade de seus membros.

A exclusão social é o não direito, é a negativa de direitos, é a injustiça contornando uma sociedade que se pretende organizada, conquanto essa organização segregue uma parte do todo que forma o grupo humano contido no processo organizatório e dinâmico da política. Nega-se pôr esse processo de acantonamento de alguns não apenas o direito de um homem, mas o próprio homem como sujeito de direitos: renega-se a dignidade da pessoa humana como condição a ele inerente. Toda fome é indigna; todo gueto é indigno. A esmola é a resposta indigna a um homem que reclama a dignidade que o esmoler teima em lhe negar. O direito constitucional — máxime os que constituem o conjunto de direitos fundamentais do homem — não se concilia com a exclusão social. Não há uma vida de excluído: o direito à vida é negado àquele que nessa condição se encontra.

Se nem homem dotado de direitos humanos básicos dispõe o homem que exista em tal conjuntura, que dirá cidadania...

3 - Uma nova sensibilidade jurídica põe-se, pois, a despeito de todas as dificuldades que o chamado “neoliberalismo globalizante e globalizado” parece querer impor, quanto à cidadania.

Pensada com base na trilogia principiológica que a informa e sustenta — a liberdade individual política e social, a igualdade jurídica e a solidariedade social — a cidadania repensa-se, contemporaneamente, concebendo os sistemas jurídicas novas expressões e novas formas de seu exercício.

Tal como acima figurado, a cidadania fez-se mais ativa no sentido de uma participação efetiva e permanente na gestão dos negócios públicos e nos interesses plurais da sociedade.

Direitos ora designados como difusos, que não podem ser individualizados em sua titularidade jurídica menos ainda particularizados em seu exercício (tais como o meio ambiente, o patrimônio

histórico e cultural da humanidade, o direito à informação e à comunicação, dentre outros), passam a compor o núcleo básico de interesses e direitos a serem objeto de cuidados de todos os cidadãos.

Esses direitos transindividuais demonstram que a cidadania é embasada pelo princípio da solidariedade social, pois a preocupação com o que se difunde como bem de uso direto ou indireto de todos é uma forma de cuidado com o outro além de ser com o próprio e único cidadão que atua para o seu resguardo. A transindividualização dos direitos difusos determina uma transnacionalização da cidadania. Afinal, a preservação da Amazônia não interessa nem atina apenas o patrimônio de um cidadão brasileiro. Antes, como outros bens da humanidade, a pureza e a impureza do ar e a saúde de todos os recantos do planeta tangenciam a questão do meio ambiente, que nela tem um de seus principais bolsões de resguardo.

A moralidade pública já não atinge apenas um cidadão de um determinado Estado: a apropriação de bens que podem fragilizar as finanças de um povo podem, imediata e paralelamente, detonar as bolsas de valores em outro ponto do planeta. A ética pública a determinar a lisura no cuidado de dinheiros públicos não respeita, assim, apenas o cidadão de um local.

A proteção dos direitos difusos e, principalmente, dos direitos humanos, inclusive os de terceira geração, como são os que se referem aos bens culturais e democráticos da humanidade, à paz, ao desenvolvimento ao meio ambiente e à comunicação, fundamentalmente, passaram a ser o espaço de ação livre, igual e comprometida do cidadão.

Mais ainda, o controle das políticas públicas e do poder público em todos os momentos de sua atuação e em todas as instâncias de sua ação passaram a ser objeto de cuidados cidadãos. Assim, entre nós, alarga-se o objeto da ação popular, que é garantia constitucional entregue ao cidadão (art. 5º, inciso LXXIII — “qualquer cidadão é parte legítima...”) e sugerem-se novas alternativas para que outros institutos venham a facilitar o seu desempenho como agente social extra-governamental, mas parte do povo do Estado.

A Constituição — disse-o em outra ocasião — passou de Carta de Liberdades à Carta de Libertação do homem. O cidadão houve pôr bem transformar-se no fluxo desta revitalização constitucional e converteu-se de agente passivo em sujeito ativo do e no Estado em benefício de sua liberdade e da liberdade do outro, do tratamento igual que o beneficiava e garantia também o outro, da solidariedade que o faz visceralmente ligado a todos com o compromisso da globalidade agora e a que lhe herdará o que fizer.

Esse cidadão assim refeito no conceito legítimo de um Direito justo e democrático é o que se encontra no outro e assim se realiza em si mesmo: o que tem fé que é possível reinventar a humanidade e praticar a justiça.

4 - No Brasil, o constitucionalismo - tão pródigo em textos e doutrina de muito boa qualidade, quanto avaro em práticas legítimas e democráticas - ainda não conta com uma cidadania operante e vigilante: ela resseente-se, ainda, de uma organização social igualitária, pluralista e justa.

Conquanto o texto constitucional vigente disponha serem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a erradicação das desigualdades sociais e regionais, da pobreza e da miséria e a constituição de uma sociedade livre, justa, solidária e pluralista (art. 3º), a democracia social nem de longe foi ainda atingida.

Num Estado em que a educação é um privilégio, a saúde uma prerrogativa especial, a jurisdição uma concessão, o cidadão pensa direitos humanos com o próprio corpo: a cidadania passa pela cesta básica. Pôr isso, fatores como a falta de segurança, o desemprego, a agressão que é o menor abandonado são lembrados antes mesmo da liberdade de expressão e da liberdade de pensamento. Com 32 milhões de crianças pobres (aquelas que vivem em lares cujos chefes ganham no máximo até dois salários mínimos), apurou-se, em 1994, que 3% das crianças brasileiras vivem “fora da situação de pobreza”. (Censo 91); no Rio de Janeiro, 6.033 menores foram “exterminados” em dez anos: Herodes não morreu. O cidadão brasileiro já nasceu?

Há, é certo, crianças que brincam e aprendem a

ler com computadores. Cria-se uma nova cultura política para uma cidadão da ação? Ou será que a Internet apenas noticia e acomoda o cidadão a uma operação?

Meio milhão de crianças (522.185 menores entre 5 e 9 anos) são consideradas pelo IBGE como escravizadas em trabalhos inadequados e nocivos à sua condição. Da colônia ao Brasil do Real o cidadão esteve onde?

A Constituição Brasileira de 1988 tem como seu centro — e diversamente do que houvera antes no constitucionalismo brasileiro — o homem. Segundo Ulysses Guimarães, “graficamente (ela) testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é seu fim e sua esperança. É a Constituição Cidadã.”

Com uma Constituição que propicia e instrumentaliza o homem a cumprir o seu dever jurídico de solidariedade para a garantia não apenas do outro, mas para si mesmo, como se entender possível não ter “vontade de beijar os olhos de minha pátria... vontade de mudar as cores do vestido (auriverde!) tão feitas de minha pátria, de minha pátria sem sapatos e sem meias, pátria minha, tão pobrinha!”? Como se entender cidadão longe dos versos de Vinicius de Moraes, a lembrar a “vontade de adormecer-me entre teus doces montes, pátria minha, atento à fome em tuas entranhas e ao batuque em teu coração”? Como se entender longe da esperança em uma pátria de todos para ser de verdade de cada um? Como ser cada um se não há como chegar-se a isso senão com todos os outros, reflexos e esperanças de Justiça igual?

Belo Horizonte, 18.08.97.

Cármem Lúcia Antunes Rocha
Advogada em Belo Horizonte

NOTAS:

¹ A adoção formal de uma Constituição não realiza o milagre de sua adoção, a certeza de seu acatamento e respeito. O Brasil teve Constituição, no sentido jurídico, em 1937, em 1967 e em 1969; nem pôr isso alguém afirmaria tê-lo tido no sentido político-democrático ou jurídico-democrático. Teve-se, então, Constituição formal, mas não teve Constituição substancial, como é de sua essência legítima. Cidadãos morriam em estádios transformados nos novos campos de concentração e a legitimidade murchava em becos escuros, escondida dos urutus e dos cassetetes destemidos. A Constituição, minguada pelo silêncio dos ditadores de plantão, fazia-se palavra sem vida nessa vida sem compromisso com o outro, com todos os outros que formavam e formam o Brasil de ontem e de amanhã. Mas a formalização da Constituição, ainda que não bastante pôr si só, é imperativo que se põe para que se chegue ao constitucionalismo praticado com respeito e seriedade, a fim de que se possa chegar e preservar a democracia efetiva e eficaz.

² Apud COULANGES, Fustel - A cidade antiga. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1971, p. 433.

³ A praça é um símbolo do direito, da cidade construída segundo normas que se põem para uma convivência em paz. Tanto é assim, que a minha geração, cinéfila pôr excelência, assistiu quilômetros de filmes em que a “cidade sem lei” era (e continua sendo) sempre representada pôr uma rua sem espaço para os cidadãos; a “cidade sem lei” não tem praça, não tem povo, porque o cidadão é uma manifestação da lei criada para o aperfeiçoamento do homem.

⁴ Somente no ano 212 d.C., o imperador Caracala promulgou o Edito Antoniniana, pelo qual a todos os habitantes do Império romano foi estendido o status civitatis, excluindo-se da cidadania assim reconhecida apenas os peregrinos deditícios (moradores de cidades que tinha resistido aos romanos quando do cerco).

⁵ Ou monista, na palavra de Jellineck, ao ensinar que “El reino germano nace, pues, como un poder limitado; pôr consiguiente, desde su comienzo lleva en sí un dualismo: el derecho del rey y el derecho del pueblo, dualismo que jamás há llegado a superarlo la Edad Media. Este Estado era dualista, en tanto que el Estado antiguo fué, y permaneció siempre, esencialmente monista”. Teoria General del Estado. Buenos Aires: Editorial Albatros, s/d, p. 239.

⁶ É certo haver sobrelevado a questão do direito natural mesmo na Antigüidade, memória remetida a Antígona, que teimava em tripudiar das leis de Creonte, ao argumento de que “essas não foi Zeus que as promulgou, nem a Justiça, que coabita com os deuses infernais, estabeleceu tais leis para os homens. E eu entendi que os teus éditos não tinham tal poder, que um mortal pudesse sobrelevar os preceitos, não escritos, mas imutáveis dos deuses. Porque esses não são de agora, nem de ontem, mas vigoram sempre, e ninguém sabe quando surgiram. Pôr causa das tuas leis, não queria eu ser castigada perante os deus, pôr ter temido a decisão de um homem.” (Antígona)

⁷ A expressa referência ao homem e ao cidadão, na celebrada declaração francesa, de 1789, lembra (e resguarda)

a condição política do ser humano como membro de uma sociedade estatal, ou, na dicção da norma, da nação. A sua condição de membro formador da vontade geral - art. 6º - dota-o de co-partícipe da associação política e é dele que se retira a legitimidade, encarecida no processo revolucionário e no direito que a partir dele se formou.

O projeto de declaração apresentado pôr Marat distinguia, em seus consideranda, os direitos do homem dos direitos do cidadão, explicando ele que “les droits civils de chaque individu ne sont, au vrai, que ses droits naturels, contrebalancés par ceux des autres individus et limités au point où ils commenceraient à les blesser. ... Les hommes ayant reçu les mêmes droits de la nature, doivent conserver des droits égaux dans l'état social. Les droits civils comprennent la sûreté personnelle, qui emporte un sentiment de sécurité contre toute oppression, la liberté individuelle qui renferme le juste exercice de toutes les facultés physiques et morales, la propriété des biens qui comprend la paisible jouissance de ce qu'on possède.”

⁸ BUENO, J.J. Pimenta - Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império. Rio: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958, p. 434.

⁹ Idem, ibidem.

A Constituição do Império fazia expressa referência aos cidadãos ativos em seu art. 90, conferindo a esses, reunidos “em assembléias paroquiais os eleitores de província, e estes os representantes da nação e províncias”.

Este conceito de cidadania ativa corresponde ao que se estabeleceu na Constituição Francesa, de 1791, arts. 1 e 2, do cap. I, sec. 2º). Ali se distinguia os cidadãos ativos dos cidadãos passivos e, na seqüência de tal concepção se confundia, então, inclusive na doutrina, os conceitos de cidadão simplesmente com nacionalidade, enquanto o cidadão ativo era o nacional dotado das condições para o exercício dos seus direitos políticos.

Contrariamente ao que então se entendia, prevalece, hoje, com nitidez, a distinção entre nacionalidade e cidadania, de tal modo que se tem pôr superada a distinção de cidadania e cidadania ativa, de que o douto constitucionalista imperial se valia, correspondência guardada entre o que ele pôe sobre esses dois conceitos e aqueles primeiros.

Nesse sentido, pôr exemplo Rafael Bielsa, segundo o qual “la ciudadanía es un atributo político referido también al Estado, pero que denota la capacidad política de un derecho a formar el gobierno con el voto. Nacionalidad no es, pues, sinónimo de ciudadanía.” (Derecho Constitucional, Buenos Aires: Depalma, 1959, p. 261)

Note-se que o conceito de cidadania não se restringe, hoje, apenas à participação política do membro de determinado Estado no sentido de votar, tendo se ampliado sensível e nitidamente nas últimas décadas.

¹⁰ Até mesmo porque, como antes relevado, o “indivíduo” não existia, mas tão somente o cidadão. Não era a qualidade humana que dotava o ser de subjetividade jurídica e titularidade de direitos, mas especialmente a condição de membro da coletividade, sendo que essa o absorvia e adjetivava.

¹¹ “Art. 2. Le but de toute association politique est la conservation de droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression”.

¹² Digo apenas porque a liberdade de cada um é a matéria prima do direito. Onde houver um homem tocado em sua liberdade, haverá que haver uma luta em sua defesa. Como em John Donne, “não pergunte pôr quem os sinos dobram: eles dobram pôr ti”. Todas as vezes e em qualquer lugar em que houver um único homem algemado em sua liberdade legítimo, há um direito comprometendo todos os homens do planeta. Não pergunte... Mas a luta pelo outro se dá porque a liberdade de cada um é a mesma de todos; logo, é a solidariedade que estende a mão e garante, na liberdade assegurada a cada um, a liberdade efetiva de todos.

¹³ Ensina Gilles Pellissier que “de tous les principes du droit positif, l'égalité est sans doute le plus ambigu. Il exprime à la fois un désir individuel d'être au moins aussi bien traité que le mieux traité et une conception politique de la justice social”. (Le principe d'égalité en droit public. Paris: LGDJ, 1996, p. 1.

¹⁴ Pôr exemplo com Voltaire apud PELLISIER, Gilles - Op. cit., n. 2.

¹⁵ Idem, ibidem.

¹⁶ É ainda Gilles Pellissier que, fazendo coro a uma doutrina jusconstitucional evidentemente majoritária, enfatiza que “l'égalité accompagne ainsi le double mouvement dans lequel se développe le droit européen, à savoir, la construction d'un espace de liberté et celle d'un espace social, où respect des principes fondamentaux et développement des libertés économiques vont de pair”. (Idem, ibidem)

¹⁷ DUGUIT, Léon - Traité de droit constitutionnel”, Paris: Ancienne Librairie Fontemoing et Cie. Éditeurs, 1930, t. III, ps. 640/1.

¹⁸ É daquele grande publicista a lição segundo a qual “c'est au moment où la masse des esprits a le sentiment que le respect de cette règle est si essentiel au maintien de la solidarité sociale qu'elle en réclame la sanction organisée. Je ne dis pas que cette règle serça alors nécessairement bonne et conforme à un idéal de droit supérieur; je dis seulement qu'elle est alors une règle de droit du groupe social considéré.” (Op. cit., t. II, p. 119)

¹⁹ BOBBIO, Norberto - O tempo da memória. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p. 160.

²⁰ SILVA, José Afonso - A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. Tese apresentada na XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil.

²¹ Segundo Francisco Fernandez Segado, “el derecho, el ordenamiento jurídico en su conjunto, no quedará iluminado, en términos de Lucas Verdú, legitimado, sino mediante el reconocimiento de la dignidad de la persona humana y de los derechos que le son inherentes. Pues bien, en cuanto la Constitución parte de este principio, al fundamentar la totalidad del orden político en él, bien puede sostenerse que en nuestra Norma suprema late un sustrato filosófico iuspersonalista”.

Consequência do abandono familiar

Roberta Matos Pinheiro de Andrade

Nas visitas realizadas às instituições destinadas a abrigar crianças afastadas de suas famílias, intrigava-me algo diferente que nelas percebia. Porém, não sabia identificar, com clareza, o que seria.

Com o tempo, e posteriormente ao contato com pessoas sofrendo de depressão, notei algo em comum entre elas: ausência de brilho nos olhos, traduzida em falta de energia vital, magia e esperança.

Muitas teorias foram escritas, para explicar os efeitos de se afastar uma criança de sua família original, colocando-a em lar substituto ou numa instituição destinada a este fim.

Tais teorias, na grande maioria, enormemente pessimistas, infelizmente, são muito bem embasadas cientificamente e realistas, graças a longos anos de dedicação, pesquisas e experimentos, por parte de seus idealizadores.

Enfatizarei estudos de René Spitz, que clarificou o porquê da morte “inexplicável” de bebês institucionalizados, que recebiam todos os cuidados físicos e materiais destinados a sua sobrevivência; da psicóloga infantil Isabel Adrados, de Erving Goffman — estudioso de “instituições totais” e de John Bowlby, que se dedicou à análise de crianças que vivenciaram a perda dos pais.

De modo geral, o lar, apesar de todos os seus defeitos, é o melhor lugar para a criança desenvolver-se.

Porém, existem situações excepcionais que

exigem o afastamento da criança de sua própria família, por ser esta amplamente inadequada, podendo colocar seriamente em risco o desenvolvimento e a segurança desta.

Carl Rogers, existencialista, que estudou, profundamente, os internatos, considera que só se deve pensar em tal alternativa quando todas as demais tiverem sido descartadas.

É essencial à saúde mental futura que a criança vivencie uma relação íntima, afetiva e contínua com a mãe — ou pessoa que desempenhe tal papel.

Durante os primeiros meses de vida, o bebê aprende a discriminar uma certa figura — geralmente a mãe —, desenvolvendo um grande prazer em estar em sua companhia. À medida em que cresce, a ligação com esta vai tornando-se cada vez maior. Neste período, que se estende até o terceiro aniversário, mesmo separações momentâneas levam a criança a protestar e sofrer.

As separações prolongadas provocam nesta uma seqüência imprevisível de comportamentos, que pode ser descrita em três fases: protesto, desespero e desligamento.

Inicialmente, a criança chora e demonstra raiva. Com o passar do tempo, suas esperanças de que a mãe retorne vão dissipando-se e ela entra na fase de desespero. Finalmente, parece esquecer sua genitora (desligamento). Esse processo é muito semelhante

ao luto, vivenciado pelo adulto.

Experiências de abandono pelas figuras parentais, especialmente se repetidas, levam a sentimentos de desamor, abandono e rejeição; tendo larga repercussão negativa em seu desenvolvimento emocional posterior.

O fracasso no desenvolvimento dessas crianças é melhor compreendido quando se considera que é a mãe quem, nos primeiros anos de vida, funciona como sua personalidade e consciência.

Logo, quando esta relação fracassa, o desenvolvimento infantil é quase sempre retardado, física, intelectual e socialmente; sendo que todas as crianças com menos de sete anos parecem estar sujeitas a este risco.

É comum, também, sentimentos crônicos de insegurança, desvalia, depressão e dificuldade para expressar sentimentos. A capacidade de estabelecer vínculos fica seriamente comprometida, pelo temor da traição e de novo abandono. E a crença nas pessoas e no mundo, amplamente abalada.

Há, nas crianças que são internadas em idade um pouco superior — acima dos quatro ou cinco anos — uma profunda vivência de culpa, por acreditarem, firmemente, que foram mandadas para longe de casa como castigo, por serem más e, assim, não merecedoras de amor.

Os menores que reagem à internação com apatia, ou por meio de uma atitude sempre amigável, merecem atenção especial: com frequência, quietos e obedientes, além de fisicamente saudáveis, muitos até parecem felizes.

Enquanto permanecem na instituição, não existe motivo aparente para preocupação.

Contudo, quando vão embora, estão “despedaçados” e torna-se evidente que seu ajustamento tinha uma característica superficial, não se baseando em desenvolvimento real da personalidade.

A criança que foi levada para o orfanato em tenra idade, nunca, ou muito pouco vivenciou das trocas existentes na relação mãe/filho, tendo sido privada de uma figura materna claramente definida.

Tudo que teve foi uma sucessão de agentes paliativos, cada um auxiliando-a de uma forma limitada, mas nenhum deles proporcionando-lhe a continuidade no tempo, que faz parte da essência da personalidade.

É bem provável que, nunca tendo sido objeto de

cuidados contínuos por parte de um mesmo ser humano, sofra graves deformações psíquicas, que afetarão, sobretudo, os processos de abstração e de organização do comportamento.

Os orfanatos, como todas as instituições totais (prisões, quartéis, conventos...) caracterizam-se por abrigarem um grande número de pessoas em situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levando uma vida fechada e formalmente administrada.

Ao chegar, é comum que a pessoa seja despojada de seus bens próprios, que serão guardados ou distribuídos. Se o ser humano não pode guardar nada para si e se tudo que usa pode ser também desfrutado por outros, ele se sente desprotegido e desindividualizado.

Em orfanatos, tudo costuma ser coletivo.

Os bens pessoais limitam-se à escova de dentes, local para dormir, metade do espaço em uma mesa pequena. Logo, qualquer coisa, um lápis de cor, uma barra de chocolate, é excessivamente valorizado, possessivamente escondido ou orgulhosamente exibido. Deste modo, tenta-se preservar a individualidade.

Na sociedade moderna, a criança é relativamente livre para brincar e estudar em espaços físicos diferentes, com pessoas diversas e sem um plano racional geral.

Nas instituições, a maior parte dos afazeres é realizada no mesmo local e sob supervisão de uma única autoridade. Cada fase da atividade diária é realizada coletivamente e são “obrigadas” a fazer as mesmas coisas. Há regras e horários rigidamente estabelecidos e toda a rotina a ser obedecida é imposta “de cima”. Não há respeito às diferenças e desejos individuais e sim uma “massificação” destes.

Os participantes da equipe dirigente tendem a sentir-se superiores e corretos; os internos, pelo menos sob alguns aspectos, a sentir-se inferiores, fracos e censuráveis.

O novato chega ao estabelecimento com uma percepção de si mesmo que se tornou possível por algumas disposições sociais estáveis no seu mundo doméstico. Porém, o seu Eu vai sendo mortificado. Começa a passar por algumas mudanças radicais em sua “carreira moral”, uma carreira composta pelas progressivas mudanças que ocorrem nas crenças que tem a seu respeito e a respeito dos outros que lhe são significativos.

A barreira que a instituição coloca entre o indivíduo

interno e o mundo exterior assinala a primeira mutilação do Eu. A pessoa, mesmo enquanto criança, geralmente espera ter certo controle da maneira de apresentar-se diante dos outros. Na instituição, sua vestimenta, seu corte de cabelo, seu gosto pessoal, raramente é considerado; o que provoca “desfiguração pessoal” e perda progressiva da auto imagem.

Às vezes, quando submetida a maus tratos físicos e psicológicos, sente estar num ambiente que sequer garante sua integridade física e emocional.

Outra forma de mortificação é a ausência total de privacidade. A criança é obrigada a expor o corpo e as emoções, raramente conseguindo ficar sozinha, pois, quase sempre está em posição em que pode ser vista e ouvida por alguém, ainda que apenas pelos coleguinhas.

O contato interpessoal imposto, associado às visitas realizadas publicamente, também são formas de mortificação da identidade.

Com o tempo, a criança esquece de suas escolhas pessoais, renuncia a sua vontade. Desenvolve um sentimento de injustiça comum e um sentido de amargura contra o mundo externo. Entra, assim, num processo de “colonização”: O pouco do mundo externo oferecido pelo estabelecimento passa a ser considerado como o todo.

A perda da confiança no mundo lá fora é internalizada para demonstrar como a vida dentro do orfanato é desejável. Tenta, então, representar o papel do “internado perfeito”.

É este, um dos motivos principais pelo qual muitos jovens entram em profunda depressão ou cometem suicídio, no período que antecede sua saída do orfanato, quando, por exemplo, completam a idade exigida para tal.

Já não possuem mais uma identidade, seus vínculos foram todos estabelecidos apenas com o local onde viveram. Incorporaram a instituição. Assim, muitos retornam à vida institucionalizada, quase sempre através de delitos ou patologias que os levarão a outros tipos de instituição total, tais como manicômios e prisões.

Por outro lado, quando uma criança ou adolescente é levado para um abrigo ou lar substituto após ter vivenciado relações com a família original, não é fácil, para ele, mudar suas “lealdades”.

Muitos dos problemas que surgem com a transferência de crianças mais velhas para uma família

substituta são causados pelo desconhecimento da ligação profunda que uma criança tem por seus pais - mesmo que eles sejam terrivelmente maus e tenham-lhe dado pouquíssimo afeto.

A menos que sua perplexidade seja esclarecida e suas lealdades respeitadas, a criança se manterá agarrada a um passado insatisfatório, tentando, incessantemente, encontrar sua mãe e recusando-se a adaptar-se à nova situação e tirar proveito dela.

Isso resulta numa personalidade inquieta, insatisfeita.

Incapaz de ser feliz e de fazer alguém feliz.

Não se deve esquecer que mesmo os maus pais, que negligenciam seus filhos, estarão proporcionando-lhes a continuidade nos cuidados humanos, indispensável para que uma pessoa sinta-se segura.

Mesmo que a criança seja pessimamente alimentada e abrigada, mesmo que viva suja e doente, mesmo que seja maltratada, ela se sentirá segura, por saber que tem algum valor para alguém que se empenhará em cuidar dela - ainda que inadequadamente -, até que ela consiga “arranjar-se” por si mesma.

A partir daí, pode-se compreender porque as crianças desenvolvem-se melhor em péssimos lares do que em ótimas instituições e estabelecem de forma, aparentemente, inexplicável, uma forte ligação afetiva com maus pais.

Roberta Matos Pinheiro de Andrade
Psicóloga Judicial

Bibliografia

ADRADOS, Isabel. Orientação Infantil. Vozes. Rio de Janeiro, 1971.

BOWLBY, John. Cuidados Maternos e Saúde Mental. Martins Fontes. São Paulo, 1976.

_____. Formação e Rompimento dos Laços Afetivos. Martins Fontes. São Paulo, 1976.

GOFFMAN, Erving. Manicômios, Prisões e Conventos. Perspectiva. São Paulo, 1987.

SPITZ, René. O Primeiro Ano de Vida. Vozes. Rio de Janeiro, 1979.

Considerações sobre a EXECUÇÃO ACIDENTÁRIA

César Antônio Cossi

SUMÁRIO:

1. Proposição. 2. Equacionamento. 3. As várias tendências. 3.1. Considerações gerais. 3.2. Exclusão do precatório e reflexos procedimentais. 3.2.1. Posição doutrinária. 3.2.2. Posição Jurisprudencial. 3.3. Imprescindibilidade do precatório: rito. 3.3.1. Base doutrinária oposta. 3.3.2. Jurisprudência contrária à primeira corrente. Posições do STF e do STJ. 3.3.3. Legislação. 4. Crítica à prescindibilidade do precatório. 5. Projeção da tese da dispensa de precatório sobre o procedimento. 5.1. Aspectos gerais. 5.2. Críticas às tendências fragmentárias. 5.2.1. Introdução. 5.2.2. procedimento misto. 5.2.3. Requisição direta. Ausência de prazo para embargar. 5.2.4. Rito de execução alimentar. 6. Conclusão.

1• PROPOSIÇÃO

Pretende-se com este trabalho solucionar o problema do rito processual aplicável às execuções de sentenças proferidas em ações de acidente de trabalho.

A tese consiste em negar parcialmente incidência a dispositivo contido da lei acidentária, no que é pertinente ao afastamento do procedimento previsto nos arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil, por vício de parcial inconstitucionalidade.

2• EQUACIONAMENTO

Dispõe o art. 128 da Lei no. 8.213/91, com a nova redação dada pela Lei nº. 9.032/95, que quando o valor da execução não for superior a R\$ 4.988,57 (quatro mil novecentos e oitenta e oito reais e

cinquenta e sete centavos), deixa-se de seguir o procedimento da execução contra a Fazenda Pública, contido na codificação processual civil.

A primeira pergunta que salta aos olhos do intérprete ao ler o art. 128, da Lei de Plano de Benefícios da Previdência Social (LPBPS) é a seguinte: se não há como aplicar a Seção III, do Capítulo IV, do Título II, do Livro II, da Lei Processual, o que se aplica então?

3. AS VÁRIAS TENDÊNCIAS

3.1. Considerações Gerais

A fim de responder ao questionamento supra, múltiplas soluções foram apresentadas. Algumas, embora não tenham como escopo o exame da

execução acidentária individualmente considerada, visualizam o problema da satisfação do crédito alimentar quando devedora a Fazenda Pública, questão mais ampla em que a ação de acidente de trabalho se insere pelo caráter alimentar da dívida, conjugado com a posição da autarquia federal no pólo passivo. Sob esse primeiro prisma, de mais largo espectro, duas ordens de pensamento se colocam:

1) conclui pela dispensa de precatório através da exegese do art. 100 da Constituição;

2) reputa a existência de duas classes distintas de precatórios, uma para créditos de natureza alimentar, outra para créditos de natureza diversa da alimentar.

Como se verá, a fixação do ponto pertinente à utilização ou não do precatório terá reflexos na proposta que os diversos intérpretes apresentam para a execução de débito alimentar oposto à Fazenda.

3.2. Exclusão do Precatório e Reflexos Procedimentais.

3.2.1. Posição doutrinária

Dentro da primeira corrente estão inseridas lições merecedoras de exame. Partem elas da premissa de que o crédito alimentar recebeu nova disciplina a partir da nova ordem constitucional (art. 100 e parágrafos). José Augusto Delgado sintetiza a tendência:

“Quanto mais me inclino sobre o texto constitucional mais convicto fico de que essa é a vontade expressa na Carta Maior.

Não me filio aos que pensam que, na atualidade, o precatório judiciário é a única forma de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública. Entendo que o legislador constituinte excepcionou de tal forma de pagamento os créditos de natureza alimentícia, sem, porém, deixá-los a mercê da boa-vontade do Executivo e do Legislativo. Não visualizo, também, na expressão constitucional — à exceção dos créditos de natureza alimentícia (...), colocada logo no inciso do art. 100 da Carta Magna, a possibilidade de se interpretar que o ‘objetivo foi o de se estabelecer duas classes de precatórios, cada qual com sua dotação orçamentária própria: a dos vinculados a obrigações de natureza alimentícia e a dos vinculados a obrigações de outra natureza. Na medida em que forem sendo liberadas as quantias correspondentes, o credor receberá consoante a ordem de precedência

na sua respectiva classe’ (Milton Flacks. *Precatório Judiciário na Constituição de 1988. In: Revista de Processo*. SP, n. 58, p. 85 e segs.). Não posso alargar o texto constitucional para nele colocar expressões não utilizadas pelo legislador constituinte, especialmente, quando não se trata de direitos implícitos. Estes mesmos são assegurados porque se encontram implantados no sistema democrático vivido pela nação e acobertados pela Declaração de Direitos do Homem. Não é o caso, nem de longe, da duplicidade de precatórios como defende determinada corrente da doutrina. O sentido do legislador constituinte foi, como afirma, o de excepcionar do sistema de precatório o crédito de natureza alimentar, isto é, de determinar que ele seja pago imediatamente em razão de sua própria função de propiciar melhores condições de vida para o titular do direito. O sistema, que ao meu ver, decorre da Carta Magna, não leva a gerar qualquer privilégio, nem a provocar a prática de atos que atentem contra o funcionamento da administração pública. Acodese, simplesmente, com a sua instituição, ao direito maior da cidadania que é o de receber do Estado o seu crédito de natureza alimentícia que foi reconhecida pelo Poder Judiciário.”¹

Como consequência lógica dessa postura, o articulista aconselha um procedimento executivo misto, utilizando-se parcialmente da linha traçada nos arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil, substituindo o precatório por requisição direta, após decurso de prazo a ser fixado pelo juiz como se procedesse à execução de obrigação de fazer. Acresce, ainda, a possibilidade de seqüestro, incriminação do administrador por desobediência e até intervenção federal:

“O crédito de natureza alimentícia, após devidamente apurado, isto é, liquidado por artigos, por cálculos ou por arbitramento com sentença trânsito em julgado, passa a se constituir de quantia certa e com condições de ser exibido do devedor **solvente**. Daí a aplicação ao mesmo art. 646, do CPC: ‘A execução por quantia certa tem por objetivo expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor (art. 591).’ Por expropriação, entende-se a alienação de bens do devedor para o patrimônio do credor (art. 647, I, do CPC). Tratando-se da Fazenda Pública, esta será citada para opor embargos no prazo de (10) dez dias (art.

730, CPC). Se tais embargos forem apresentados, passa-se aos demais atos necessários ao seu julgamento (arts. 736, e seguintes, do CPC) até alcançar a fase final. Considerados improcedentes ou procedentes em parte, por decisão definitiva, o juiz requisitará o pagamento ao ordenador de despesa competente da repartição junto à qual está subordinado o servidor. Em caso de pensão paga diretamente pelo Tesouro Nacional, a requisição deve ser dirigida ao Delegado da Fazenda Nacional no Estado, em se tratando de servidor do Executivo, ou ao Poder Judiciário ou Legislativo, conforme o caso. Do mesmo modo proceder-se-á, após dez dias, a contar da citação acima referida, se os embargos não forem interpostos.

Em que prazo deverá o ordenador de despesa cumprir a decisão? Não há, em nosso sistema processual civil, regras específicas para tal tipo de execução. Tal decorre da nova fisionomia instalada pela CF, o que exigirá, com certeza, legislação apropriada. Deve o juiz, então, atuar como se legislador fosse, não só porque o art. 100 da CF é de aplicabilidade imediata, mas também, por lhe permitir, quando essa situação lacunosa ocorre, o art. 126 do CPC, em combinação com o art. 4º, da LICC. O referido dispositivo processual determina que ‘o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito’. Na espécie enfocada, deve o juiz, por interpretação analógica, adotar as regras dispostas no CPC que conduzam à satisfação do julgado. Assim, o cumprimento da decisão pelo ordenador da despesa deve se concretizar em prazo razoável, assinalado pela autoridade judiciária, da mesma forma que o faz quando da execução da obrigação de fazer (art. 632, CPC). O ordenador da despesa, no prazo fixado, que deve ser suficiente para o atendimento da medida, adotará providências cabíveis para atender à execução, utilizando-se, para tanto, da dotação orçamentária destinada ao pagamento do pessoal, no exercício em que a obrigação tornou-se exigível. Salienta-se que não há de ser adotado procedimento semelhante ao precatório requisitório, como, por exemplo, o da requisição do pagamento ser feito por intermédio do Presidente do Tribunal. A dotação orçamentária

a ser utilizada é a destinada para a rubrica do Pessoal ou de Benefícios para o exercício em curso, efetuando-se o pagamento como se vencimentos normais fossem, porque, na realidade, o são, sem, também, ser necessário pedido de crédito especial para tal fim. Esta última medida só será tomada, com se faz todos os anos quando finda a dotação orçamentária para atender à determinada rubrica, se os recursos orçamentários se tornarem insuficientes como um todo.

Há de se fazer cumprir, na espécie, o dispositivo constitucional que não estabeleceu qualquer restrição ao pagamento dos créditos de natureza alimentícia por parte da Fazenda Pública. Em conseqüência, ilegal será a resistência oferecida pela autoridade competente (o ordenador da despesa) que não liberar os valores devidos, após empenhá-los, no prazo exigido pelo juiz. Caso ocorra a preterição do direito do exequente, deve o juiz, depois de ouvido o MP, ordenar o seqüestro da quantia necessária para satisfazer o débito, bloqueando a conta bancária do órgão respectivo e expedindo o competente alvará no limite do crédito. O seqüestro deverá recair em dotação financeira destinada de modo global sobre a rubrica de pagamento do pessoal, isto é, vencimentos. Em nenhuma hipótese a execução do crédito de natureza alimentícia depende da dotação orçamentária que é colocada à disposição do Presidente do Tribunal para o pagamento dos demais créditos de natureza não alimentícia.

O não cumprimento da ordem emanada pelo juiz da execução, no prazo determinado, além de permitir o seqüestro de quantia necessária à satisfação do julgado, pode conduzir a se apurar a responsabilidade penal do agente administrativo responsável para ordenar a despesa, em caso de atuação dolosa, ou até mesmo a prática do crime de responsabilidade, dependendo da autoridade que praticar o impedimento ou frustração do pagamento determinado pela sentença judiciária, a teor do que especifica a Lei no. 1.079, de 10.4.50, artigo 12. Em casos mais graves, há condições de haver até intervenção nos Estados, no Distrito Federal ou nos Municípios desde que se configurem as hipóteses previstas nos arts. 34, VI, e 35, IV, da CF, respectivamente.”²

Com algumas oscilações Edilson Pereira Nobre Júnior,³ Paulo Afonso Brun Vaz⁴ e Francisco Dias Teixeira,⁵ adotam a mesma tese.

Interessante solução é dada por Osvaldo Flávio Degrazia, para quem a execução dos títulos de natureza alimentar (excepcionados do regime de precatório pelo art. 100 da CF) segue o rito dos arts. 732 a 735 do Código de Processo Civil.⁶

Por fim, Jorge Luiz Souto Maior⁷ e José de Oliveira⁸, fundamentam a requisição direta seguida de prisão no caráter contratual da atividade desenvolvida pela Previdência Social:

“Ocorre que o sistema previdenciário foi instituído com base no sistema de seguro, onde as fontes de custeio destinado ao pagamento dos benefícios, são previamente estabelecidas.

Há, portanto, mediante cálculos atuariais, uma pré-fixação dos valores dos benefícios, em correspondência às quantias arrecadadas e que constituem a receita do Instituto.

O orçamento do INSS, para cumprir o compromisso do pagamento dos benefícios que assegura, antecede à constituição do crédito previdenciário, que se dá pelo preenchimento dos requisitos exigidos em lei para a aquisição do benefício”.⁹

3.2.2. Posição jurisprudencial

Sob o prisma pretoriano, em que pese se encontrarem na primeira faixa supracitada, vislumbram-se variações próprias de um tema rico. O pilar fundamental, contudo, permanece o mesmo: inaplicabilidade do regime de precatório à dívida alimentar, por força do art. 100 da Constituição Federal, afastando também os arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil. Nesse sentido: *RJ* 175/85, *RT* 679/151, 690/133, 698/130 e 70/114. Ressalva-se apenas que o acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região¹⁰ parece restringir a dispensa aos créditos abaixo do teto do art. 128 da Lei no. 8.213/91, o que também ocorre com parte da doutrina.

Quanto à aplicabilidade do art. 4º da Lei n. 8.197/91, negam-na taxativamente. *RJ* 175/85: *RT* 679/151 e 690/133. O Tribunal de Alçada Cível de São Paulo ainda vai mais longe: inquina de inconstitucional o dispositivo.¹¹ Também por aqui transparece a teoria da atividade eminentemente privada da autarquia, dando ensejo à satisfação do crédito mediante arrecadação de valores que, em

verdade, pertencem ao segurado, porém, sob gestão autárquica;

“A ação acidentária visa a indenização decorrente de seguro, ou seja, de contrato, no caso, estabelecido por lei, pelo qual uma das partes, a seguradora, se obriga, mediante cobrança de prêmio, a indenizar a outra dos prejuízos decorrentes de infortúnio, sem delongas capazes de frustrar os efeitos desejados.”¹²

“Ademais, o montante arrecadado pelo INSS não lhe pertence, nem ao Estado. O Instituto é mero gestor dos fundos depositados em suas mãos, para garantia dos interesses dos trabalhadores. A circunstância de que lhe cumpre a arrecadação, incluindo as medidas coercitivas que visem à sua materialização, não modifica o quadro, porque sempre o fará como gestor, na forma da lei.”¹³

“Recaindo a execução sobre obrigação decorrente de fonte de custeio formada por contribuição cuja natureza tem destinação específica é, inquestionável a legalidade do seqüestro imposta sobre patrimônio não institucional da autarquia decretado como medida cautelar atípica, visando a assegurar efetividade ao julgado exequendo.”¹⁴

Os ritos executivos sugeridos pela corrente ora analisada guardam razoável concordância com os pareceres já dissecados no sub item 3.2.1.

Há quem não indique nenhum caminho a seguir, limitando-se a rejeitar o procedimento específico do Código de Processo Civil, relativo à Fazenda Pública.¹⁵

Já outros, misturam preceitos processuais e constitucionais. A 7ª Câmara do 2º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo aconselha seqüestro sobre o “patrimônio não institucional da autarquia”¹⁶; a 4ª Câmara aponta para a requisição direta do juiz da execução (diversa do precatório), acrescida dos meios necessários, em especial o seqüestro¹⁷, no que é seguida pela 3ª Câmara,¹⁸ também do mesmo Tribunal de Alçada. Outro acórdão, no entanto, aponta para incidência do art. 730, excluído o precatório, incriminando o não cumprimento à requisição, sem embargo de intervenção na autarquia nos termos do art. 34, VI, da Carta Política.¹⁹

Encerra aqui a análise objetiva da primeira corrente que, em suma, traduz duas características essenciais:

1) desnecessidade de precatório para satisfação de créditos alimentícios devidos pelo Poder Público;

2) decorrente da primeira, consistente no amálgama de princípios de origens diversas (processuais, substanciais de ordem privada e constitucionais), ensejadoras de um rito peculiar, alheio ao previsto no Código de Processo Civil, para satisfação daquela espécie de dívida.

3.3. Imprescindibilidade do Precatório, Rito

3.3.1. Base doutrinária oposta

A segunda corrente em estudo parte do pressuposto da impenhorabilidade dos bens públicos, imprimindo exegese diferente ao art. 100 da Constituição.

Milton Flaks²⁰ analisa de modo minudente o instituto. Segundo ele, a impenhorabilidade estende-se às rendas administradas pela Fazenda, sendo, a necessidade de expedição de precatório, inclusive para pagamento do *quantum* alimentício, corolário da separação de poderes. Extrai do art. 100 da Constituição Federal a ilação de que o precatório continua imprescindível, observada categoria especial para o crédito alimentar. Faz, ainda, considerações a respeito do seqüestro de assento constitucional.

Celso Agrícola Barbi²¹ atesta a dificuldade, mencionando o conflito que se instaurou ante a falta de regulamentação satisfatória. Após apontar os riscos da ausência de precatório, sugere a manutenção do sistema com inserção no orçamento de verba para pagamento dos requisitórios apresentados durante o ano de vigência e, se esgotada esta, abertura de crédito suplementar. Tece comentários sobre a possibilidade de seqüestro.

Sérgio Roberto Leal dos Santos²² bate-se pela existência de ordens paralelas de precatórios à vista do caráter público de que se reveste a Previdência Social. Nega que o constituinte tenha excepcionado os princípios orçamentários gerais em favor do crédito alimentar. Partindo de uma interpretação publicista e da impenhorabilidade de bens de que goza a autarquia, afasta a incidência de execução por quantia certa contra devedor solvente, para aplicar o rito dos arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil.

No que tange ao seqüestro, argumenta ser de competência do Presidente do Tribunal,

exclusivamente para casos de preterição do direito de precedência, incluindo a medida sobre o patrimônio do credor beneficiado.

Por último, Hugo Nigro Mazzilli²³ assevera que a Nova Constituição da República criou tratamento diferenciado, mais benéfico, para os créditos de origem alimentar sem, porém, isentá-los da exigência de precatório, tornando necessário o estabelecimento de duas ordens cronológicas distintas de pagamentos. Para este escritor, o seqüestro, de natureza político-administrativa, obedece a dadas condições legais: a possibilidade de o pagamento ser atendido pelo valor do depósito e a inversão da ordem de preferência, não perdendo de vista a competência do Presidente do Tribunal.

3.3.2. Jurisprudência contrária à primeira corrente. Posições do STF e do STJ.

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em variados precedentes, demonstra a necessidade do precatório. Julgado constante da RT 693/210, da 3ª Câmara, atesta tal imprescindibilidade sem considerar, entretanto, a natureza autenticamente alimentar do crédito apurado em liquidação de acidente de trabalho. Leia-se a ementa:

“Acidente de trabalho — Liquidação de sentença — Precatório Judicial — Indispensabilidade — Crédito de natureza não alimentícia, embora possa servir para tal — Aplicação do art. 100 da CF.

Ementa oficial: Acidente do trabalho. Liquidação de sentença. Pagamento do débito. Necessidade de precatório. Art. 100 da CF. O crédito apurado em liquidação de ação de acidente do trabalho não tem natureza alimentícia, embora possa servir para tal, devendo, na forma do art. 100 da CF, expedir-se o competente precatório, para liquidação do débito”.²⁴

Em outro acórdão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, agora através da 5ª Câmara, não titubearam os juízes em afirmar o caráter alimentar do débito previdenciário e, depois de apontar os riscos de se comprometer o funcionamento da autarquia pela falta de recursos, bem como citar doutrina e jurisprudência dos TRF (1ª. e 5ª. regiões), STJ e STF, optam pela manutenção do instituto, dispensada tão-somente a ordem cronológica.²⁵

Indo um pouco além, a 3ª Câmara do Tribunal de Alçada mineiro, assim se manifestou:

“Execução — previdência social — penhora.

A execução contra o INSS rege-se pelas normas processuais relativas ao processo de Execução contra a Fazenda Pública (art. 730 do CPC comb. C/art. 8º da Lei 8.620/93), não estando, portanto, sujeitos os bens do executado a qualquer constrição judicial. O pagamento de crédito previdenciário sujeita-se à apresentação de precatórios na forma de art. 100 da *Constituição Federal*”.²⁶

Há aqui uma indicação de que o procedimento executivo deve-se seguir.

Interessante notar que, apesar da aparente unanimidade de votos, o 1º vogal, Ximenes Carneiro, pugna pela prescindibilidade do precatório, substituindo-o pela requisição direta, pena de caracterizar-se desobediência, caindo o julgador na tese contrária.

No mesmo sentido, reconhecendo a duplicidade de espécies de precatórios, existem precedentes dos Tribunais de São Paulo.²⁷

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim já se manifestou:

“9840 — **Liquidação de sentença** — Cálculo do contador, Lei n. 8.898/94. Execução contra a Fazenda Pública. Obrigatoriedade da expedição de precatório. Com as alterações introduzidas pela Lei n. 8.898/94, que deu nova redação ao art. 604 do CPC, aboliu-se a modalidade de liquidação da sentença por cálculo do contador. A exceção estabelecida na primeira parte do art. 100 da CF, não derogou os princípios orçamentários inerentes à Fazenda Pública, limitando-se a isentar os créditos de natureza alimentar, como aqueles de ora se trata, da observância da ordem cronológica em relação aos da natureza geral. Precedente do STF na ADIn. 47. Agravo parcialmente provido para determinar-se que a execução em causa se faça nos modelos do art. 730 e seguintes. Do CPC, com a regular expedição do precatório. (TRF 3ª. R - AI95.03.027478-8 - SP - 1ª.T - Rel. Juiz Theotônio Costa - DJU 11.07.95).”²⁸

No STJ, o problema foi objeto da Súmula n. 144, *verbis*:

“Os créditos de natureza alimentícia gozam de preferência, desvinculados os precatórios da ordem cronológica dos créditos de natureza diversa”.

Insera-se ainda na tendência ora exposta a Jurisprudência do STF, cuja ementa é a seguinte:

“**Precatório judicial** — Crédito de natureza

alimentar — Indispensabilidade — Isenção, porém, da observância da ordem cronológica em relação às dívidas de outra natureza, porventura mais antigas — Inteligência do art. 100, *caput*, da CF.

Ementa oficial: Precatório. Prestações de natureza alimentícia. Art. 100, *caput* da CF. O Plenário desta Corte, ao julgar a ADIn const. 47, decidiu, por maioria de votos, que a exceção estabelecida, no art. 100, *caput*, da CF, em favor dos denominados créditos de natureza alimentícia, não dispensa o precatório, mas se limita a isentá-los da observância da ordem cronológica em relação às dívidas de outra natureza, porventura mais antigas. Recurso extraordinário conhecido e provido.”²⁹

Outro acórdão da Suprema Corte, em linha idêntica, foi proferido no RE no. 184.280-6-SP, relator Ministro Celso de Mello.³⁰

3.3.3. Legislação

Encerrando a parte expositiva deste Trabalho, não é demais transcrever o art. 4º. da Lei no. 8.197/91 que, dentre outras providências, regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública:

“Art. 4º Os pagamentos devidos pela Fazenda Pública federal, estadual ou municipal e pelas autarquias e fundações públicas far-se-ão, exclusivamente, na ordem cronológica da apresentação dos precatórios judiciais e à conta do respectivo crédito.

Parágrafo único. É assegurado o direito de preferência aos credores de obrigação de natureza alimentícia, obedecida, entre eles, a ordem cronológica de apresentação dos respectivos precatórios judiciais.”

Como visto linhas atrás, alguns inquinam o dispositivo de inconstitucional, sendo razoável destacar que a *ratio legis* da norma encaixa-se com a base teórica da segunda tendência, favorável ao precatório, inclusive para satisfação de crédito alimentar.

4• CRÍTICA À RESPONSABILIDADE DO PRECATÓRIO

O primeiro óbice intransponível à dispensa de precatório reside na separação das funções, princípio inserto na Constituição Federal (art. 2º), protegido

por cláusula de pedra (art. 60, § 4º, III, da CF). O princípio, óbvio, não é absoluto, mas indica de modo claro a necessidade de disciplinar as intervenções recíprocas entre poderes.

Exemplo típico dessas interpretações encontra-se na atividade executiva, a cargo do Judiciário, quando ré a Fazenda Pública. A satisfação do julgado requer procedimento especial, sob pena de gerar superposição incompatível com tal estrutura e, por extensão, arbítrio.

Deduz-se, assim, que toda exegese a ser feita neste particular não pode perder de vista a noção fundamental de equilíbrio entre poderes. Leia-se a advertência de Milton Flaks.

“Não obstante tais progressos, continua a desafiar a criatividade de juristas e legisladores o modo de tornar efetivas as sentenças judiciais que imponham uma obrigação de pagamento ao Estado, isto é, de executá-las coletivamente sem quebra do princípio da independência e harmonia entre os Poderes.”

O texto Maior, tencionando garantir aquele princípio básico, concede à Fazenda Pública a garantia de inalienabilidade, que envolve a impenhorabilidade, colocando seus bens a salvo de usucapião e de execução forçada (arts. 100, 183, § 3º e 191, parágrafo único, todos da CF). Tal se reflete na legislação infraconstitucional (art. 67 do Código Civil).

Oportuno o comentário de Seabra Fagundes:

“Tendo tal circunstância em vista, cabe indagar: é possível conceber a execução forçada contra a Administração Pública? Como regra se impõe a resposta negativa, isto é, que não tem lugar execução forçada contra a Administração Pública. Esta norma assenta na inalienabilidade dos bens públicos, inalienabilidade ‘que lhes é peculiar’, segundo o Código Civil, só admitindo as exceções prescritas pela lei. Da inalienabilidade decorre a impenhorabilidade, e, como conseqüência, a impossibilidade de execução forçada exercida por tais bens. Se esta se consuma, enfim, pela conversão, em dinheiro, da coisa penhorada ao obrigado faltoso, pela venda judicial, ou, excepcionalmente, pela entrega da própria coisa em adjudicação, e se o bem é intransferível, não pode ter lugar no momento culminante da execução forçada, que é a ‘providência translativa’.

(...)

A regra da impenhorabilidade dos bens público, se, por um lado, exprime a sobrevivência dos arraigados privilégios fiscais do Estado absolutista, por outro lado, é explicável por relevantes razões de ordem política. Com efeito. Deixar o patrimônio público à mercê de execuções ilimitadas seria abstrair, no seu emprego, do critério de oportunidade e conveniência, a cargo do Poder Legislativo e da Administração, para aceitar o critério puramente jurídico, do Poder Judiciário. Chegar-se-ia ao absurdo de tolher e até paralisar as atividades administrativas pela falta de meios pecuniários.”³¹

Fixados esses pontos, dá-se o passo seguinte, no sentido de procurar a correta interpretação a ser dada ao art. 100 da Carta Política. No acórdão publicado *in RT* 693/271, que posicionou o STF em favor da necessidade de precatório até para dívidas de natureza alimentar, a Procuradoria da República, através de parecer da lavra de Anadyr de Mendonça Rodrigues, faz a exegese do dispositivo:

“Ora, a forma de se legitimar a interpretação encontrada pelo v. acórdão recorrido, para o *caput* do art. 100 da Carta de 1988, estaria no reconhecimento de que o *caput* do art. 117 da Emenda no. 1/69, disposição constitucional que lhe é precedente, constituía preceito *instituidor* da exigência de utilização de *precatórios* para o pagamento das dívidas da Fazenda Pública: assim, seria possível entender que a inserção da ressalva ‘a exceção dos créditos de natureza alimentícia’, pôs tais créditos de natureza alimentícia a salvo da exigência de serem pagos mediante precatório judiciário.

Não tem sentido jurídico tal exegese, todavia, porque, manifestamente, o referido art. 117 não teve por escopo a instituição da exigência de processamento dos pagamentos pela Fazenda Pública mediante precatórios e, sim propôs-se a fixar as condições do processamento de tais precatórios, pelo que essa disposição poderia, perfeitamente — sem comprometimento de seu efetivo sentido —, ser lida da seguinte forma:

“Os pagamentos devidos pela Fazenda federal, estadual ou municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão: *a*) na ordem de apresentação dos precatórios; *b*) à conta dos créditos respectivos; *c*) proibida a designação de casos ou de pessoas nas

dotações orçamentárias e nos créditos extraorçamentários abertos para esse fim’.

Por isso, a inserção da ressalva ‘à exceção dos créditos de natureza alimentícia’, no texto de 1988 — que praticamente reproduz o texto de 1969 —, só pode ser entendida como referindo-se à cláusula pertinente à *ordem* (que a atualmente vigente Carta Magna explicitou ser cronológica) de *apresentação dos precatórios*.

Não bastassem os argumentos até aqui expendidos, para sustentar que os créditos de natureza alimentícia só estão forrados da sujeição à ordem cronológica — *submetendo-se, sempre ao pagamento mediante expedição de precatórios* — dever-se-ia, ainda, considerar que a melhor demonstração de não ser a mais correta, a interpretação adotada pelo v. acórdão impugnado, está na distinção que um dos doutos votos vencedores se viu forçado a fazer, para poder chegar à conclusão que esposou:

(...)

Bem por isso é que não se revela razoável a interpretação adotada pelo v. acórdão recorrido, pois não se faz crível que o constituinte de 1988 pretendesse retirar, aos credores de prestações de natureza alimentícia — exatamente os presumivelmente mais necessitados —, a proteção maior que o art. 100 da Constituição Federal lhes outorga, que é a pertinente à **efetiva possibilidade do pagamento, pela Fazenda Pública, para deixá-los tão-só, frente aos demais credores, com a vazia vantagem de não ver submetido ao processamento de precatório o pagamento do que lhes for devido.**” (grifamos).

Ainda em matéria de hermenêutica, vale citar princípio interpretativo mencionado por J.J. Gomes Canotilho:

“4. O Princípio da “justeza” ou da conformidade funcional.

O princípio da conformidade constitucional temem vista impedir, em sede de concretização da constituição, a alteração da repartição de funções constitucionalmente estabelecida. O seu alcance primeiro é este: o órgão (ou órgãos) encarregado da interpretação da lei constitucional não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido (EHMKE). É um princípio importante

a observar pelo Tribunal Constitucional (c. *infra*. Parte IV, Cap. 30), nas suas relações com o legislador e governo, e pelos órgãos constitucionais nas relações verticais do poder (Estado/regiões, Estado/autarquias locais). Este princípio tende, porém, hoje, a ser considerado mais como um princípio autônomo de competência do que como um princípio de interpretação da Constituição.”³²

A ilação que se tira é de que a supressão do instituto agride a Constituição, seja através da norma legal como o do art. 128, da Lei no. 8.213/91, ou mesmo por via de decisões judiciais.

5. PROTEÇÃO DA TESE DA DISPENSA DE PRECATÓRIO SOBRE O PROCEDIMENTO

5.1. Aspectos Gerais

Até aqui ficou bastante claro que o requisito está umbilicalmente unido ao modo de satisfazer o valor devido pela Fazenda. Seu afastamento, como querem alguns, causa dificuldades na concretização de um rito ao mesmo tempo justo e eficaz. Mesmo sem esposar a interpretação exposta linhas atrás, muitos não conseguem conceber a dispensa à vista das dificuldades práticas e riscos de fazê-lo.³³ Chegaram esses a idêntico resultado por via transversal, o que não deixa de ser um dado de relevo. Os procedimentos judiciais criados em lei levam em conta as condições especiais de seu objeto. Não podem consistir em maquinações abstratas e arbitrárias, sob pena de se tornarem inúteis ao fim a que se destinam. É como utilizar um garfo para tomar sopa.

Leciona Humberto Theodoro Júnior:

“Em razão de vários fatores, como o valor da causa, a natureza do direito material controvertido, a pretensão da parte etc., a forma com que o processo se desenvolve assume feições diferentes.

Enquanto o processo é uma unidade, como relação processual em busca da prestação jurisdicional, o procedimento é a exteriorização dessa relação e, pois, pode assumir feições ou modos de ser.

A essas várias formas exteriores de se movimentar o processo aplica-se a denominação de procedimentos.

Procedimento é, destarte, sinônimo de rito do processo, ou seja, ‘o modo e a forma porque se movem os atos no processo’.³⁴

E prossigue o autor no tocante à indisponibilidade do rito:

“Não pode o autor, nem mesmo com o assentimento do réu, substituir o procedimento sumaríssimo pelo ordinário naqueles casos em que a lei manda observar o primeiro.

‘A forma de procedimento não é posta no interesse das partes, mas da Justiça.’ A não ser nas hipóteses de pedidos cumulados (art. 292, § 2º), ‘a parte não tem a disponibilidade de escolha do rito da causa’.³⁵

A bem da verdade, nem sempre se decreta a nulidade por falta de prejuízo, existindo casos em que a adaptação é necessária por falta de maiores elementos que deveriam ter fonte legal. Tais hipóteses, no entanto, são excepcionais e não a regra geral. Impõe-se, antes de tudo, visualizar se os microsistemas já existentes na estrutura processual vigente podem acolher dada situação de fato, evitando a utilização de pedaços de procedimentos diversos, porque cada um é regido por vetor próprio, guardando maior consistência lógico-jurídica. O somatório pode ter resultante equivalente a de um *Frankenstein*.

5.2. Crítica às Tendências Fragmentárias

5.2.1. Introdução

A primeira oposição que se faz ao que se pode chamar de tendências fragmentárias, expostas no subitem 3.2, já foi feita quando da crítica à teoria da dispensabilidade do requisitório (item 4). Demonstrou-se que a Carta Política exige expedição de precatório também para os créditos alimentares devidos pela Fazenda.

Seguir-se-á, então, um exame analítico dos ritos propostos por quem supõe ter o art. 100 da Constituição Federal suprimido o instituto do precatório para débitos alimentares.

5.2.2. Procedimento Misto

O mais comum é aplicar o art. 730 do Código de processo Civil parcialmente, ou seja, citar a devedora

para opor embargos em 10 dias; decididos estes ou decorrido o prazo, requisita-se diretamente ao ordenador da despesa. O não cumprimento acarretará seqüestro dos valores até, para alguns, prisão do administrador por desobediência.

O posicionamento, ressalvadas sempre algumas peculiaridades, é bem visto nas seguintes publicações: *RJ* 197/17, *RPS* 177/542, *RT* 693/179 e 707/17. Diga-se em favor desta tendência existir a preocupação em possibilitar a oportunidade de oposição de embargos ou, como quer o articulista da *RT* 707/17, oferta de prazo para contestar o *quantum*, apresentado *ab initio* pelo exequente, cabendo, da decisão, recurso de apelação.

Ocorre que, mesmo dando azo à manifestação de insurgência por parte do devedor, a seqüência dos atos executivos merece reparos.

Primeiro, por ordenar o seqüestro fora da hipótese prevista no § 2º do art. 100 da Constituição Federal, medida de caráter administrativo e da competência do Presidente do Tribunal, não do juiz da execução.³⁶ Ademais, a medida pressupõe a existência de precatório e deve recair sobre o patrimônio do credor indevidamente beneficiado.

Segundo, por praticamente aparelhar tal espécie de execução com tipo penal de razoável amplitude, como o de desobediência, sem levar em conta a provável inexistência de dolo na conduta do ordenador, à vista da complexibilidade organizacional da administração pública, e o fato de ele pertencer a outro Poder. Sob esse ângulo, aproxima-se da Lei das XII Tábuas.

Tampouco se diga que, no tocante à execução, em face da Previdência Social, agride-se o patrimônio não institucional da autarquia que não passa de mera companhia seguradora, revestida da roupagem de entidade pública.³⁷

A Lei n. 8.620/93, em seu art. 8º., refletindo melhores interpretações, é clara: outorga ao INSS condição idêntica à da administração direta.

Quanto às acarretadas, é elucidativo o seguinte ponto de vista de Milton Flacks, citando Seabra Fagundes:

“Esclarecendo porque a impenhorabilidade se estende às rendas do erário, sublinha: ‘A sua finalidade genérica é a satisfação dos diversos compromissos do Estado, mas o seu destino, como *resultado da arrecadação*, vem especializado nas

verbas orçamentárias. Por isso, as rendas, uma vez postas em mãos da autoridade administrativa pela arrecadação, participam da categoria de bens de uso especial” (grifamos).³⁸

Vê-se assim, que os valores arrecadados assumem feição pública e não podem ser tratados de modo destacado do ente que os gere. A visão privatista é inconcebível. Ademais, olvida-se da neblina política que envolve a instituição e, por extensão, seus recursos.

Portanto, o procedimento sugerido por esta fração da doutrina e jurisprudência baseia-se em autêntica constrição de bens públicos, impenhoráveis por força da Constituição e de lei ordinária, acrescido ainda de medidas drásticas e inaplicáveis.

5.2.3. Requisição direta. Ausência de prazo para embargar

De outras manifestações sequer se entrevê a possibilidade de ataque por meio de embargos.³⁹ Tal trilha, não se configura tecnicamente como defesa, mas como ação incidental que, em sentido *lato*, guarda concordância com o caráter defensivo (leia-se contraditório).

Segundo José Carlos Barbosa Moreira:

“De um lado, porém, não deve a execução ter curso, se o crédito atribuído ao exequente no título porventura não subsiste; e, de outro, fica a sua realização, em qualquer caso, sujeita a minuciosa disciplina, da qual não se há de afastar. Cuida o ordenamento de dispensar ao executado a proteção imprescindível, resguardando o seu legítimo interesse de não se submeter à atividade executiva, quando tenha deixado de haver razão para que ela desenvolva, ou quando o seu desenvolvimento, porventura transborde os estritos limites em que deve conter-se. É natural que se abra ao executado, em semelhantes hipóteses, o ensejo de *impugnar a execução; não propriamente defendendo-se mas contra atacando*, com o fito de tirar eficácia ao título, e, portanto, deter a atividade executiva, desfazendo a que já se houver realizado, ou, pelo menos, reduzi-las às justas proporções. A via própria ao exercício dessa pretensão é, na linguagem do Código, a dos ‘embargos do devedor’.

2. Não constituem tais embargos, conforme se

vê, um meio de defesa, assimilável à resposta (ou, em termos específicos, a *contestação*) do réu no processo de conhecimento. Neste, o contraditório é instaurado por iniciativa de quem vai a juízo; no de execução, verifica-se o contrário: ao sujeito passivo é que toca o ônus de tomar, eventualmente, aquela iniciativa. Têm os embargos, pois, a natureza de *ação*, distinta da que se está exercitando no processo executivo, embora intuitivamente conexa (em sentido lato) com ela, e tendente a destruir o aludido processo, ou a cortar-lhe os excessos. Como se verá oportunamente (*infra*, § 19, n. II, 1), num caso excepcional, podem visar os embargos à invalidação do próprio processo de conhecimento onde se proferiu a sentença que serve de título à execução.”⁴⁰

A oportunidade para o devedor embargar, regulada em todas as espécies de execução previstas no Código de Processo Civil, consiste em exigência do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, da CF). O dispositivo constitucional em foco deve ser interpretado com o auxílio do princípio da *máxima efetividade*, assim definido por J. J. Gomes Canotilho:

“Este princípio, também designado por *princípio da eficiência* ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, embora a sua origem esteja ligada à tese das atualidades 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).”⁴¹

Destarte, a linha sugerida por aqueles estudiosos, ou pelo menos a linha que foi factível de visualização, não pode ser seguida. A exigência de pagamento imediato decorrente do art. 128, da Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social, e o afastamento dos arts. 730 e 731, retiram a faculdade de propor a oposição, o que se torna mais grave com a nova redação dada aos arts. 60 e seguinte da Codificação Instrumental, pela Lei n. 8.898/94. Agora os cálculos são ofertados pelo exequente, de maneira unilateral e sequer cancelados judicialmente, será que a discussão quanto à sua correção ou não só pode

ocorrer por via da ação incidental. Destaque-se, ainda, que se reputar insito esta espécie de dívida alimentar o caráter de irrepetibilidade, em que pese não derivar de laços familiares, a corrente sob crítica tende a causar dano irreparável.

5.2.4. Rito da execução alimentar

Por fim, analisa-se a potencial incidência dos arts. 732 a 735 do Código de processo Civil. Os citados dispositivos relacionam-se com a dívida alimentar, nascida das obrigações de família, daí a previsão de prisão do devedor (art. 733, § 1º, do CPC).

O próprio articulista que propõe esta modalidade executiva (RT 666/242) é obrigado a condicioná-la, suprimindo do mandado a comunicação de prisão ao agente público.

Também por aqui é fácil observar descompasso entre o instrumento que o aplicador pretende adaptar e o objeto a que ele se direciona.

6. CONCLUSÃO

De todo o exposto, retira-se que

1) O precatório é exigível para toda e qualquer execução em face da Fazenda Pública, incluídas também as autarquias.

2) O art. 100, da Constituição Federal, não excepciona o crédito de origem alimentar, senão para autorizar ordem especial e inversa da dos precatórios de origem não alimentar.

3) É inconstitucional o art. 128, da Lei no. 8.213/91, no tocante à seguinte expressão: “(...)e quitadas imediatamente, não se lhes aplicando o disposto nos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil.”

4) A inconstitucionalidade do dispositivo (art. 128, da Lei previdenciária) se manifesta também pela circunstância de afastar os embargos do devedor como forma de impugnação, contrastando com o contraditório (devido processo legal).

5) O art. 4º e parágrafo único da Lei no. 8.197/91 está de acordo com o Texto Político.

6) Às execuções propostas em face da Previdência Social incidem os arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil.

César Antônio Cossi
Promotor de Justiça de Minas Gerais

NOTAS:

- ¹ José Augusto Delgado, RJ, 197/16.
- ² José Augusto Delgado, op. cit.
- ³ Edilson Pereira Nobre Júnior, RT 707/14.
- ⁴ Paulo Afonso Brun Vaz, RPS 177/539.
- ⁵ Francisco Dias Teixeira, RPS 178/643.
- ⁶ Osvaldo Flávio Degrazia, RT 666/242.
- ⁷ Jorge Luiz Souto Maior, RT 696/278.
- ⁸ José de Oliveira. *Acidentes do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 215-6.
- ⁹ RT 696/279.
- ¹⁰ RJ 175/85.
- ¹¹ RT 693/177.
- ¹² RT 698/131.
- ¹³ RT 701/114.
- ¹⁴ RT 690/135.
- ¹⁵ RJ 175/85 e RT 679/151.
- ¹⁶ RT 690, Loc. Cit.
- ¹⁷ RT 698/131.
- ¹⁸ RT 701/114.
- ¹⁹ RT 693/179.
- ²⁰ “Precatório Judiciário na Constituição de 1988”, RF 306/107.
- ²¹ RT 701/17.
- ²² RPS (Revista de Previdência Social), 174/306.
- ²³ “Notas sobre o pedido de seqüestro contra a Fazenda Pública”, RT 673/237.
- ²⁴ MS n. 120.415-9, 3ª. C., j. 22.10.91, rel. Juiz Abreu Leite.
- ²⁵ Decisão colegiada unânime de 5.10.95, proferida no AI n. 191.535-1, relator Brandão Teixeira, publicada na íntegra, no Diário Oficial de Minas Gerais, em 16.12.95, Seção do Judiciário, p. 8.
- ²⁶ MS n. 184.129-2, acórdão de 15.3.95, rel. Abreu Leite.
- ²⁷ RT 665/83, 674/92, 675/138 e 662/81.
- ²⁸ RT 216/78.
- ²⁹ RT 693/271.
- ³⁰ Diário Oficial de Minas Gerais, Seção do Judiciário de 22.3.96, p. 2.
- ³¹ Seabra Fagundes. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 164-6.
- ³² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 227-8.
- ³³ RT 701/17.
- ³⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. vol. I, p. 358.
- ³⁵ op. cit., p. 369.
- ³⁶ No mesmo sentido: RT 673/237 e 70/17; RF 306/107; RPS 174/306.
- ³⁷ José de Oliveira, ob. Cit. P. 216 e RT 698/131; 690/133; 70/116; 696/278.
- ³⁸ RF 306/108.
- ³⁹ RT 698/130; 690/132; 67 9/151 e 696/278.
- ⁴⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 352.
- ⁴¹ CANOTILHO, op. cit., p. 227.

Da teoria à prática no direito

Gladston Mamede

1• Primeiras Linhas (ou “No reino do entretenimento”)

Somos muitos os que estudam o Direito, assim como os que trabalham com ele, mas pouquíssimos os que se esforçam por compreender por qual razão o fazemos. Mais: somos pouquíssimos os que se perguntam, honestamente, como trabalhamos ou estudamos o Direito e para que serve esse estudo e trabalho. Na grande maioria, estamos simplesmente estudando o Direito, simplismente sem nos ocuparmos de um exame crítico de nossas atividades. Trata-se de uma simples adesão: fazer “o que deve ser feito”, “cumprir com o que deve ser cumprido” (repetindo o comportamento infantil de afirmar que algo “é porque é” ou que “não é porque não é”).

Temo que uma tendência de nosso tempo seja a de abdicar do poder/dever de reflexão (em meu ponto de vista, um dos principais atributos da existência humana consciente). Temo que estejamos excessivamente dispostos a entregar o poder de decidir nossos caminhos aos outros; que estejamos alienando a razão de viver ao sistema, à sociedade, a um outro qualquer (como os tantos “ídolos” e modismos cunhados pela mídia), a “n” padrões de normalidade que nos são entregues e aos quais aderimos, como fizeram os alemães, na década de

30, envoltos que estavam no delírio (publicitário, frise-se) nazista.¹

Acredito que o profissional do Direito que simplesmente se entrega à sua prática, que não a reflete e questiona, não se distingue muito do médico que não se dedica ao paciente como este precisa e deseja, do administrador público que não se dedica à concretização do bem público, do “religioso” (de qualquer tipo de culto) que não se dedica a Deus e aos que lhe seguem, entre tantos outros vilões centrados nos próprios interesses. Com efeito, preocupar-se consigo, entregar-se ao culto de si mesmo (a vaidade e a busca de autobeneficiamento) pode ser uma outra tendência de nosso tempo: suportamos nossas **obrigações**, nossos afazeres, e esperamos, ansiosos, pelo “sagrado direito” do entretenimento (curiosamente, a indústria que mais cresce em nossos dias).

A busca desenfreada por entretenimento, aliás, é coerente com outra característica marcante de nosso tempo: a crise da responsabilidade. Não é usual, por exemplo, assumir-mos a responsabilidade pela realidade social: estamos, constantemente, atribuindo-a a outros (ao Presidente, ao Ministro, ao Governador, ao parlamentar, ao padre, ao bispo, ao pastor, à namorada, aos pais, ao regime etc)

2•Segundas Linhas (ou “A revolta dos rábulas”)

Nem tanto a propósito, recordo-me que o termo “rábula”, hoje usado como pejorativo, rotulou durante anos uma classe de “práticos do Direito”, também denominados “provisionados” (face à “carta de provisão”, com a qual se lhes provia a condição de representante para atuar em uma causa). Em inúmeras comarcas, na falta de profissionais formados em faculdades de Direito, esses práticos encarregavam-se das lides, sabendo peticionar e conhecendo razoavelmente normas procedimentais. Davam o fato e o juiz encarregava-se da lei².

A marca caracterizadora dos rábulas é o mero **conhecimento prático** do Direito, opondo-se-lhes aos bacharéis, ou seja, àqueles que possuem **conhecimento teórico** da disciplina jurídica. Enquanto prático, o rábula não precisa questionar-se sobre o seu trabalho no Direito: entregava-se apenas ao ofício de representar judicialmente, de tocar feitos à frente, postulando em nome de quem não sabia fazê-lo e podia pagar-lhe pelo serviço.

Tendo por referência este paralelo entre provisionados e bacharéis, percebe-se o equívoco dos que se batem pelo ensino prático (meramente técnico) do Direito. Tal proposta, que ganha corpo em alguns círculos — materializando-se em aulas do tipo “leitura e interpretação de artigos normativos —, pode ser vista como uma quase institucionalização do provisionalismo. Em contraste, faculdades foram, durante séculos, centros de excelência do pensamento e não escolas técnicas. A proposta, creio, é excessivamente empobrecedora e esquiva-se do esforço de preparar seres humanos (pois os alunos o são) para a **responsabilidade** de trabalhar com direitos e deveres (via de regra, de terceiros e, em última instância, de grupos sociais). Seres humanos que, enfim, irão lidar com o exercício do poder e da coação que a norma consubstancia (a serviço deste ou daquele interesse).

“Encarar o Direito como mera técnica traz algumas vantagens, já que nos poupa de estudá-lo sob prismas complexos que, sob a ótica de um pragmatismo deturpado, são prismas desnecessários, inúteis”, denuncia Encarnação³. Afinal, prossegue, “o que visa um ensino jurídico

empobrecido pelo pragmatismo distorcido pelo sistema educacional é cumprir um currículo mínimo que o ‘legítima’, ou melhor, o ‘legaliza’⁴. (...)Uma ‘prática forense’ sem consistência filosófica” força o ensino para baixo; “daí a frustração de grande parte dos estudantes que não são coniventes com a prática, até por não conhecê-la, quando podem constatar o contraste entre o papel do Direito na Sociedade e o ‘irrealismo’ do que se apresenta nas faculdades de Direito.”⁵

Parece-me certo que se pode compreender “prática” como exercício, realização (tornar real, assim, fazer), estando, desta forma, ligada ao comportamento. Pode concretizar-se tanto “às cegas” (agir por erro/acerto, em meio a “n” tentativas, como fazem os animais), quanto referenciada em um conhecimento anterior. Assim, para além da faculdade animal de tentar e errar até acertar, toda prática exige um conhecimento anterior (o que não impede que este seja obtido pela prática, pela experiência).

Mas, antes que surjam defensores de um “conhecimento prático”, pode ser interessante verificar que a teoria é simplesmente a descrição abstrata de um objeto, de uma situação etc. É o afastamento do caso individual e a possibilidade de se generalizar: trata-se da regra e da explicação generalizadoras (exaustivas, em maior ou menor grau) que possuem a pretensão de se aplicar a todos os casos (até prova em contrário), permitindo que o sujeito, na posse de tais informações, esteja habilitado a agir em todos os casos que se lhe apresentem. O “conhecimento prático”, por seu turno, está limitado à vivência e, assim possui uma abrangência reduzida: não permite que o sujeito “se afaste” muito do que “conhece” do que experienciou.

No âmbito do Direito, a matéria ganha contornos ainda mais interessantes pois, examinando detalhadamente, ver-se-á que o denominado estudo prático do Direito coloca-nos excessivamente próximos aos rábulas (senão, na própria condição de rábulas): aprende-se a fazer petições, a conhecer as regras procedimentais básicas. Certo que o processo, como um todo, é uma disciplina vasta e minuciosa, merecedora de um estudo teórico exaustivo, como se pode verificar na leitura dos trabalhos de Chiovenda, Carnelutti e, entre nós,

autores como Grinover e Dinamarco. O “estudo prático” é, em regra, a simples “visita” aos artigos das normas, com exemplificações em “casos” (acontecidos ou exemplificados), e, ao fim de cinco anos, entrega-se ao aluno o diploma que, como acima afirmou Encarnação, legitima e legaliza a sua atuação profissional, confundida com o trabalho que, por décadas fizeram os rábula: tocar feitos. Quando as questões exigem uma carga maior de aprofundamento, o profissional percebe-se em “xeque”.

Não sem motivos, vê-se, Ferraz Junior afirma que o primeiro e mais importante ponto crítico responsável pela vigente crise no ensino do Direito “está na própria concepção do ensino que coloca mal o problema do saber especializado, vendo-o como um tecnicismo neutro, uma arte de saber fazer sem se preocupar em saber por quê.”⁶ Eis porque, após criticar a mera leitura dos códigos em sala de aula, Leite destaca que “a responsabilidade do professor na apresentação de um determinado tema é absoluta pois, dependendo dos elementos levantados pelo docente, ele estará proporcionando aos alunos a possibilidade de novas incursões no conhecimento jurídico, ou, ao contrário, limitando a criatividade e o exercício da imaginação. (...) O Direito — e esta é uma das razões que explica o desinteresse dos alunos pela ciência jurídica — é apresentado como algo definitivo, acabado, pronto, como ciência estática quando, na realidade, é essencialmente dinâmica.”⁷

O ser humano, contudo, não é tão simples — felizmente. Aliás, simples ele o é; complexo é compreendê-lo racionalmente, teorizar sobre si, certo que o humano não é passível de tradução matemática, de conversão em fórmulas precisas (como receitas de comportamento): a grande dificuldade em compreender o fator humano é a flexibilidade e a variabilidade das circunstâncias, tornando imperativo que nossas ações sejam constantemente repensadas (o que valoriza o bom senso, a razoabilidade).

Em função disto, e já no âmago da presente discussão, faz-se necessário não fugir de um extremo e ir cair em outro. O exame meramente teórico do Direito é tão passível de críticas quanto o meramente prático. Portanto, esclareço que não

pretendo subestimar, nem descartar, o valor dos exercícios e do exame prático do Direito. A prática é um elo dinamizador do conhecimento teórico, na medida em que permite experienciá-lo e exercitá-lo, verificando sua compatibilização, ou não, com a realidade. A prática tende, no mínimo, a aquecer o frio conhecimento teórico, dando condições ao aluno de perceber, nos casos concretos ou exemplificados, meandros que a teoria pode não revelar. Ademais, não se pode olvidar, jamais, que mais do que uma disciplina de estudo, o Direito constitui uma atividade profissional.

Não se está, destarte, escondendo a abordagem prática do Direito, mesmo nas Faculdades, mas, isto sim, denunciando que se levou tal abordagem a extremos assustadoramente empobrecedores: nosso ensino jurídico tornou-se mero construtor de técnicos do exercício forense, com um conhecimento superficial dos procedimentos que deverão utilizar e nenhum conhecimento das razões de seu papel: um profissional do Direito pode passar toda uma vida sem perguntar-se por que e para que trabalha (para além da razão óbvia de sustentar-se, o que não o diferencia muito do animal que mata para comer e nada se questiona a propósito).

Eis porque Bastos assevera que “não se admite que a futuros bacharéis seja negada a oportunidade de raciocinar, ver e enxergar”⁸, denunciando a existência de um “palco iluminado das encenações dogmáticas, (...) do ilusionismo retórico”⁹. Contra esta superficialidade vivida em nossos dias, acena Bastos com os méritos do trabalho dos artífices de uma visão crítico-ideológica do Direito, que “empreendem verdadeira cruzada cívica, quase revolucionária, porque pretendem o comprometimento prévio do jurista com os reais interesses da classe social majoritária e flagrantemente desprotegida.”¹⁰

Não se pode esquecer que as matérias básicas do Direito são o poder (a força, a agressão) e a palavra, que mascara este poder em forma de norma, mas implica a possibilidade de agressão, que pode ser manipulada a favor de quem se beneficia de todo o sistema jurídico, matérias que estão organizadas em práticas rituais: os procedimentos.

A prática do Direito será tanto melhor quanto maior for o conhecimento de sua teoria, mas

também, e principalmente, o conhecimento da realidade em que este se insere. Aquele que melhor conhece a estrutura de um instituto jurídico possui, ao menos em tese (é sempre bom frisar-se e relativizar-se), maiores condições de traduzir a sua significação, de argumentar a sua aplicação etc. Aquele que melhor conhece a estrutura da sociedade em que se encontra inserido, e onde seu trabalho é uma “engrenagem” que pode ser — voluntária ou involuntariamente — colocada à favor da conservação de sistema justo ou produtor de grandes contrastes, como a miséria, possui maiores condições de ser um cidadão, de ser íntegro, de não ser elemento de manobra.

Em se tratando de profissionais e estudantes do Direito, o desconhecimento da realidade social, quer por ingenuidade, quer, simplesmente, por não se querer comprometer (leia-se “lavar as mãos”, ato que, já em Pilatos, revela uma omissão cruel) com a realidade alheia, engendra profissionais que, quer saibam, quer não tenham se dado conta disto, trabalham pela perpetração e elevação das diferenças sociais e de injustiças como a miséria. São profissionais que não percebem, como lembra Bastos, que “leis são rasgadas, num momento político de imposição da força pela força; ou são contornadas, elegantemente contornadas na conduta administrativa ou nas sentenças e acórdãos”¹¹.

Observe-se, como exemplo, o Direito Penal, disciplina que trata da liberdade individual: Bastos refere-se a um “jogo retórico entre ‘tipicidade’ e ‘ilicitude’: “crime e pena dependem um pouco menos da *inteligência* do intérprete do que de sua *vontade* e *liberdade* para identificá-los no caso concreto. (...) O intérprete, mesmo que não o saiba, tende a selecionar na lei os artigos, parágrafos, incisos e alíneas compatíveis com suas expectativas. Por sua vontade, em clima de liberdade política, chega ao ponto de revogar a própria lei, ora escondendo o jogo (ficção jurídica) ora agindo abertamente, a título de ‘política criminal.’”¹²

3• Terceiras Linhas (ou “O mundo em que vivemos”)

É curioso notar, como fazem Warat e Cunha, que “a crise do ensino não está desvinculada das crises dos conteúdos”¹³, conteúdos estes que não

são mais do que os reflexos dos “interesses do sistema político-jurídico em vigor”¹⁴. Consciente ou inconscientemente, estudar e/ou trabalhar com o Direito é viver esta crise de conteúdos (que, por vezes, é erroneamente compreendida como crise de formas). Pensar tal crise é chamar para si uma parcela de responsabilidade que todos possuem, não só aqueles que se beneficiam do sistema e que não encontram resistência. Esta responsabilidade, aliás, é atributo de cidadania, conceito que não possui grande importância quando desvinculado do trabalho participativo (aquele que não visa a simples acumulação, mas que orienta-se para a coletividade)¹⁵.

Observe-se, por exemplo, que a passagem entre os séculos XX e XXI está marcada pelo fenômeno da globalização, ou seja, pelo estreitamento dos lastros entre as diversas sociedades ao redor do planeta, a partir dos avanços dos meios de comunicação e transporte, diminuindo, por assim dizer, as distâncias a serem percorridas. O papel da nação reduz-se visivelmente, não obstante diversos movimentos, muitos dos quais armados procurem ressaltá-lo. Como as empresas transnacionais bem o sabem, não se trava mais uma luta por territórios ou entre povos (ou “raças”), mas entre grupos e interesses econômicos. Eis porque, para além das situações de Estado, vê-se crescer a importância das empresas, ou, para sermos mais exatos, das organizações econômicas, cuja existência desborda os limites de Estado. São fenômenos que estão se concretizando e aos quais estamos apenas aderindo.

Em meio a isso, uma onda neoliberal começou a assolar humanidade e ganhou força com a derrocada dos sistemas ditos “socialistas”, cujo marco historiográfico mais notório foi a derrubada do “muro de Berlim”, fato que foi transformado em bandeira ostentada por hordas capitalistas liberalizantes; tornou-se um argumento com pretensões de incontestabilidade, ou, até mesmo, um “amuleto” com o qual se pretende “exorcizar” tudo aquilo a que se atribua o valor de socializante ou comunizante (logo compreendido como “comunista”).

Desta forma, foram criadas condições para que muitos se voltassem contra as conquistas que os trabalhadores (imensa maioria da população, considerando-se não apenas os braços, mas também

os trabalhadores intelectuais: médicos, professores e advogados) acumularam no último século e meio. Tais conquistas limitaram a exploração do trabalho pelas classes dominantes, antes nobres, depois burgueses, industriais e hoje capitalistas, seja de produção, seja de especulação financeira, pois chamou-se para o aparelho de Estado a responsabilidade e a função de intervir em tais relações, limitando, inclusive, o poder dos empregados, em função da necessidade de sobreviver, de abrir mãos de direitos elementares. Reconheceu-se a condição de parte mais frágil para o trabalhador e procurou-se garantir que o aparelho de Estado, mais do que garantir o interesse dos detentores do poder econômico, existisse para o “bem comum” (desiderato que cumpre com desídia e desinteresse), evitando - ou pelo menos minimizando - situações desumanas.

Neste contexto, é cruel ler Roberto Campos, um dos mais ardorosos representantes deste enfoque neoliberal, defender que “a inexorabilidade da lei da oferta e da procura se aplica também ao mercado de trabalho”, pregando uma “flexibilização das relações capital trabalho para diminuir o custo da contratação” e criticando, até mesmo, “a definição por lei de um salário mínimo obrigatório, independentemente da conjuntura específica das empresas e das regiões”, e argumentando que esta remuneração pode se constituir em “um passaporte para o desemprego”¹⁶. O argumento não é novo e, como já dissemos, reflete uma tendência global de acirramento da exploração humana em nome da competição econômica. Em contraste vêem-se grandes milionários, capazes de, como é de conhecimento público, pagar enormes quantias por obras de arte, e por outros produtos da já antiga indústria do luxo, sob o argumento de um necessário “desenvolvimento econômico”, mito sem limites que esforça-se por justificar a continuidade da exploração humana.

Também Leme bate-se pelos ideários liberais. O exame de seu pensamento, contudo, deixa patente a falácia retórica que envolve o discurso e as propostas neoliberais. Defende-se uma sociedade “livre e democrática”¹⁷ e a necessidade de uma defesa da busca humana pela identidade¹⁸. Afirma que “evitar que as diferenças e a tendência natural de cada um

resulte na acumulação dessas diferenças e, portanto, na concentração de poder”; justifica a existência da estrutura de Estado, e, com razão, lembra que tal estrutura, para crescer, alimenta-se da “liberdade dos cidadãos”, o que caracteriza uma “antinomia entre o Estado (concentração do poder) e a liberdade”¹⁹. Mas, então, engendra-se o engano, a partir da conclusão que se extrai de argumentos razoáveis, como “é indispensável a existência de ordem; o problema está em saber que tipo de ordem e que quantidade de ordem”²⁰ e que “constitui agressão à condição humana a submissão individual dos cidadãos aos propósitos do Estado, pois são os cidadãos enquanto seres humanos individualizados que têm propósitos, e não o Estado, que é uma abstração; os indivíduos é que são os fins e o Estado é nada mais do que um meio para a consecução desses fins.”²¹.

Sobre esta base razoável, pretende-se capturar a anuência do leitor. Então, o engodo mostra a sua face: principia por afirmar que ou uma sociedade é liberal ou é totalitária, desconsiderando formas intermediárias de organização política (como a social-democracia). Em seguida, passa-se à defesa de um comportamento humano altruísta (principalmente nos “empresários”) o que justificaria uma concepção minimizadora da estrutura de Estado. Por fim, retoma-se o mito do desenvolvimento econômico, da necessidade de progresso nas condições materiais de vida²² e, por conseguinte, de um aumento de produção e consumo, como motivo para a existência humana. Some-se uma crença de que o mercado, por si só, é uma lei capaz de regular as ações humanas e a vida da sociedade, ou seja, crêem que as intervenções de Estado são despiciendas²³. Tudo coerentemente retórico, mas assustadoramente incapaz de explicar porque, já no final do segundo milênio da era cristã, comunidades inteiras vivem em miséria, sofrendo de doenças como desinteria, cólera etc, com altas taxas de mortalidade infantil, entre outros problemas.

Em oposição a tais discursos, Kurz lista as conseqüências do “triunfo do neoliberalismo econômico” neste fim de século demonstrando que altas doses de remédio neoliberal, “mais economia de mercado”, tiveram por efeito um agravamento das crises sócio-econômicas: “o déficit no orçamento anual dos EUA, que em 1980 era de US\$ 60 bilhões, subiu na época da política econômica neoliberal para

um média de US\$ 200 bilhões em 1994: US\$ 203,4 bilhões). Também na Europa, a nova doutrina falhou neste ponto: apesar da redução das despesas para fins sociais, o déficit público na Alemanha quadruplicou-se desde 1980.”²⁴ .

Piores, afirmam, são as conseqüências sociais: de 1980 para cá, tornou-se extremo o abismo entre as altas e as baixas rendas. (...) Na Europa, duplicou-se, neste mesmo período, a taxa de desemprego: na primavera de 1995 era de 11% e, em alguns países, como a Espanha: 23% bem mais alta. Desde 1980 surgiram favelas em todos os centros ocidentais, como no Terceiro Mundo. (...) Apesar do governo japonês lançar um programa de emergência e de estímulo após o outro, os setores centrais da economia estão numa calmaria e vão diminuindo as exportações e a produção industrial. No começo de 1995, o desemprego alcançou o nível mais alto dos últimos 42 anos, somente a metade dos acadêmicos recém-formados encontra um emprego. Hoje em dia, existem favelas em todas as cidades maiores, e vai crescendo sem cessar o número dos sem-teto (no Japão chamaods de ‘homens-caixa’, porque moram em caixas de papelão.”²⁵ Informa-nos que o crescimento dos chamados “tigres asiáticos” baseia-se “sobretudo em uma destruição desconsiderada do meio ambiente e na sobrecarga da infra-estrutura esgotada. (...) Em Taiwan, já secaram 70% das reservas de água, e a ‘água potável’ está começando a arruinar até as máquinas; mas um saneamento dos danos causados ao meio ambiente custaria o quántuplo das reservas em divisas de Taiwan.”²⁶ .

Em matérias publicadas em 13/ago/95, a *Folha de São Paulo* afirma que na França aumentou o número de mendigos; “a polícia de Paris diz que existem cerca de 9 mil ‘mendigos tradicionais’ na cidade e 15 mil pessoas sem casa ou empregos regulares”. O deslocamento em massa de jovens sem escola e sem emprego para mendigarem nas cidades turísticas do sul francês, levou muitos municípios a instituírem leis proibindo a mendicância (p. 20). Nos EUA, “pesquisa do *Community Service Society* de Nova York, divulgada em julho de 1995, indica que um em cada três novaiorquinos são pobres e têm renda anual abaixo do que o governo considera mínimo para viver bem”. Segundo o artigo, “basta andar 500 metros para achar alguém pedindo dinheiro

ou recolhendo sobras nas latas de lixo. (...) O que assusta os norte-americanos é o fato de a pobreza estar atingindo gente que, até cinco anos atrás, vivia muito bem”²⁷ (p. 22). Há, inclusive, referência a uma favela em *Manhattan*, sob a *Manhattan Bridge* (p. 21). A grande ironia, então, será ler Roberto Campos — justamente ele — reconhecer que “a vitória do livre mercado sobre o socialismo, assim como a globalização dos mercados, não trouxeram alívio para a grande praga do desemprego” e que “o paradoxo do desemprego em meio a um capitalismo próspero não encontra fácil explicação”²⁸ . A explicação talvez esteja na “falência do sistema”, onde a produção não se faz a bem da sociedade mas como forma de acumulação de poder e vaidades sob a forma de “grandes fortunas”.

Eis porque Kurz acredita que é necessário pensar formas alternativas entre o liberalismo (certo de que “um crescimento ilimitado, tal como reclama a lei do capitalismo, é praticamente impossível”) e a antiga economia estatal, para a qual acredita-se não haver volta. O problema está colocado e pode passar despercebido por muitos (entre os quais, lamentavelmente, os que estudam e/ou trabalham com o Direito, vale dizer, aqueles que possuem normas, poder, justiça etc como material de trabalho).

4• Últimas Linhas (“A Guisa de Conclusão”)

Este, como outros, é um debate que é colocado para a humanidade. Mas, assim como em outras oportunidades, podemos esquivar-nos da discussão, não pensá-la nem nos esforçamos por compreendê-la: fingir que “não é conosco” (afinal, já temos suficientes problemas pessoais). Podemos continuar sendo apenas consumidores, suportando as “coisas chatas da vida” e buscando o direito às “boas coisas da vida”. São opções. Mas então será necessário fazer-se de cego para reafirmar, sempre, que não somos responsáveis por 16 milhões de pobres²⁹, pela assustadora mortalidade infantil, pela fome e pela degradação humana, pelo desespero de quem não tem emprego e por diversas outras formas de dor existentes em nossa sociedade.

Não sou a favor da exploração do homem pelo totalitarismo, como se vê nas ditaduras de direita ou de esquerda, nestas incluídas quase todas as

experiências ditas “comunistas” que este século conheceu). Mas também não acredito que posso ser a favor da exploração do homem pelo capital, pela ausência de limites que cria contrastes como os existentes entre *Wall Street* e o Jequitinhonha.

Sou a favor da razoabilidade, assim como acredito

na necessidade de que todo ser humano, nestes, em especial, os que trabalham e/ou estudam o Direito, seja e esteja consciente de si e do que se passa a seu redor, participando (e procurando ajudar a construir, ainda que seja improvável) dos mitos, o mais bonito: “um mundo melhor e mais justo”³⁰.

Gladston Mamede

Dr. em Filosofia do Direito – UFMG

NOTAS:

¹Sobre o efeito e o alcance da publicidade em nossos dias, conferir a magistral obra de KEY, Wilson Bryan. *A era da manipulação*. São Paulo: Scritta, 1993.

²Foi a Lei 7.346/85, face ao desenvolvimento do ensino superior no país, que vetou novas inscrições de “provisionados” nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

³ENCARNAÇÃO, João Bosco da. “A questão do ensino jurídico”. *Seis temas sobre o ensino jurídico*. São Paulo: Cabral: Robe, 1995; p. 112

⁴*Idem; ib.*; p. 113.

⁵*Idem; ib.*; p. 115.

⁶FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Apud* LEITE, Eduardo de Oliveira. “A aula em Direito”. *Seis temas sobre o ensino jurídico. op. cit.*; p. 16.

⁷LEITE, *op. cit.*, p. 35-36.

⁸BASTOS, João José Caldeira. “Direito Penal: visão crítico-pedagógica”. In: *Seis temas sobre o ensino jurídico; op. cit.*, p. 46.

⁹*Idem; ib.*; p. 49.

¹⁰*Idem; ib.*; p. 50.

¹¹*Idem; ib.*; p. 52.

¹²*Idem; ib.*; p. 52-53 e 62.

¹³WARAT, Luiz Alberto e CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *Ensino e saber jurídico*. Rio de Janeiro: Eldorado, 1977. p. 17.

¹⁴*Idem; ibidem*; p. 45.

¹⁵Um engajamento que não precisa significar militância, que não implica em completa abstinência dos meios usuais de vida, do trabalho com fins lucrativos etc., mas que se confunde com o compromisso, com a ação consciente e responsável.

¹⁶CAMPOS, Roberto. “Um embuste simpático...”. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 30.jul.95. Caderno Brasil, p. 4.

¹⁷LEME, Og Francisco. *Entre cupins e homens*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1988; p. 23.

¹⁸*Idem*; p. 32.

¹⁹*Idem*; p. 38.

²⁰*Idem*; p. 39

²¹*Idem*; p. 52.

²²Com a qual a referência “bem estar” encontra-se marcada pela exterioridade. Eventualmente, os discursos liberais e neoliberais fazem referência a aspectos relacionados ao bem estar interior, ao “crescimento individual”, mas não há um enfoque próprio do tema; sua abordagem é mais argumentativa, mal de que padecem — é necessário reconhecer — também os textos socializantes.

²³Criticar-nos-ia Leme: “As ideologias de cunho não-liberal têm em comum uma compreensível e humana preocupação com as desigualdades econômicas entre as pessoas; além disso, compartilham uma ingênua e ao mesmo tempo injusta desconfiança da capacidade das forças impessoais do mercado para solucionar o problema das disparidades interpessoais de renda, preferindo levar a solução para o Estado.” (1988: 59) Acredito que a simples observação das periferias das grandes cidades, ou a exploração de carvoeiros no Norte de Minas, constituem demonstração de que não se trata de uma preocupação “ingênua” e, muito menos, uma “injusta desconfiança”.

²⁴KURZ, Robert. “A estupidez dos vencedores”. Trad. de Régis Barbosa. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 6.ago.95. Caderno Mais!, p. 8.

²⁵*Idem*, p. 8.

²⁶*Idem*; p. 8.

²⁷A reportagem entrevista um homem de 53 anos, branco, que fala 3 idiomas além do inglês; foi proprietário de uma loja que faliu com a recessão e “mora” em um banco no *Central Park*.

²⁸CAMPOS, Roberto. “A grande praga”. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 01.out.95; Caderno Brasil, p. 4.

²⁹CORRÊA, Marcos Sá. “São 16 milhões”. *Veja*. São Paulo, 27.set.95; p. 40-42.

³⁰Tal afirmação pode não ser acadêmica, mas os homens também vivem de “profissões de fé”; aliás, estas são as grandes molas do comportamento humano.

ARBITRARIEDADE E DISCRICIONARIEDADE breves considerações

Wagner Guerreiro

SUMÁRIO:

I. Introdução. 3II.; Poderes do Estado 8; III. Arbítrio 10; IV. Discricionariedade 12; V. Conclusão 19; VI. Bibliografia 23.

1• INTRODUÇÃO

O universo humano, é sabido, é constituído de duas ordens de normas jurídicas: a material e a instrumental ou, no dizer de Ernane Fidélis Dos Santos, “normas primárias” e “normas secundárias”, servindo estas últimas “para a aplicação de normas primárias” (Santos, 1985 - 86, v.1, p. 01).

Referidas normas, por sua vez, são editadas por um ente abstrato chamado Estado. Mas, qual seria a origem deste ente abstrato? Onde localizar sua gene? Como justificar sua existência?

A vida em sociedade sempre foi pautada pelo universo de relações intersubjetivas experimentadas por seus membros. Daí que, operando-se a complexidade destas relações, eclodiu na consciência coletiva a certeza sobre a necessidade da intervenção de uma terceira pessoa, seja para o fim de editar os comandos reguladores do convívio social, seja para dar solução aos conflitos resultantes da eventual violação dos mesmos.

Mas, como vislumbrar-se a possibilidade da existência de uma terceira pessoa, alheia, equidistante e imparcial que, ao mesmo tempo, seja integrante do corpo social e dele também dependente e obediente?

A resposta para esta última indagação vamos encontrá-la na ficção do Estado. Aliás, ficção nascida da consciência coletiva e que, num segundo momento,

acaba materializando-se e corporificando-se.

O Estado não existe por si só. Como ente despersonalizado, só existe na consciência e na abstração pretendida pela coletividade. A sua representação por membros integrantes desta mesma coletividade, portanto, é que representa a pedra-de-toque, indispensável para sua corporificação.

Por tudo isto, ousamos afirmar que, sem qualquer exceção, o Estado acaba se corporificando por meio de uma representação exercida pela força da riqueza. No mundo atual, irresponsável a existência de tal interferência. Neste sentido, inclusive, o ensino de Dalmo De Abreu Dallari, forte em antigas premissas traçadas por Marx e Engels:

“Mas, entre as teorias que sustentam a origem do Estado por motivos econômicos, a de maior repercussão prática foi, e continua sendo a de Marx e Engels numa de suas principais obras, ‘A origem da família, da propriedade privada e do estado’. Além de negar que o Estado tenha nascido com a sociedade, Engels afirma que ele ‘é antes um produto da sociedade, quando ela chega a determinado grau de desenvolvimento’. Num capítulo em que trata da *gens* grega, depois de se referir à deterioração da convivência harmônica, tendo como causas a acumulação e a diferenciação de riquezas, e outros

males conseqüentes, chega à seguinte conclusão: ‘Faltava apenas uma coisa: uma instituição que não só assegurasse as novas riquezas individuais contra as tradições comunistas da constituição gentílica; que não só consagrasse a propriedade privada, antes tão pouco estimada, e fizesse dessa consagração santificadora o objetivo mais elevado da comunidade humana, mas também imprimisse o selo geral do reconhecimento da sociedade às novas formas de aquisição da propriedade, que se desenvolviam umas sobre as outras — a acumulação, portanto, cada vez mais acelerada das riquezas: uma instituição que, em uma palavra, não só perpetuasse a nascente divisão da sociedade em classes, mas também o direito de a classe possuidora explorar a não-possuidora e o domínio da primeira sobre a segunda. E essa instituição nasceu. Inventou-se o Estado’.” (Dallari, 1995, p. 47).

Assim, como de praxe, o Estado, embora instituição necessária e, aparentemente desinteressada, acaba se corporificando em mãos dos detentores do poderio econômico. Com isto, também é indisputável que a edição das normas se faça sempre no interesse desta minoria privilegiada. No caso típico do Brasil, basta uma leitura mais ou menos detida sobre o texto do Dec. lei n. 911/69 para se ter a certeza do enorme poder de nossas instituições bancárias.

Diante deste quadro, real e lamentável, será que não seria preferível a inexistência do Estado? A resposta só pode ser um rotundo não!

Com efeito, não existisse o Estado e, por certo, seria ainda mais representativo o poder da fortuna. Como ente abstrato o este foi idealizado para o fim de promover a justiça social e, em face disto é totalmente previsível que a sua inexistência implicaria em mal maior. Como diz o jargão popular “ruim com ele, pior sem ele!”.

No aprimoramento das instituições, no acultramento de um povo, por certo vamos encontrar os mecanismos necessários para minorar, ao máximo, as mencionadas interferências danosas no exercício das atribuições conferidas ao Estado.

2• PODERES DO ESTADO

Nos estreitos limites do presente trabalho, só nos interessa as atribuições legiferantes e judicantes do Estado. Todavia, não se pode olvidar que também

existente uma terceira atribuição denominada executiva ou administrativa.

Referidas atribuições, claro, integram verdadeiros poderes conferidos ao Estado. Todavia, poderes estes exercidos por certos representantes, chamados funcionários, na acepção mais abrangente do termo. No dizer de Hans Kelsen, “nunca é o Estado, mas sempre e apenas um determinado indivíduo, quem atua, quem põe um determinado ato, quem desempenha uma determinada função” (Kelsen, 1991, p.307).

Daí, a afirmação da existência de um poder jurisdicional conferido aos magistrados, já que representantes do Estado para o mister desta atribuição.

Paradoxalmente, porém, mencionado poder também encerra verdadeiro dever para o Estado. Ao assumir o monopólio de criar o direito e promover a solução dos conflitos de interesses (poderes legiferante e judicante), inarredável, também, a presença de certos deveres, conforme aguda observação de Theodoro Júnior:

“Por outro lado, é fora de dúvida que a atividade de dirimir conflitos e decidir controvérsias é um dos fins primários do Estado. Mas, desde que privou os cidadãos de fazer atuar seus direitos subjetivos pelas próprias mãos, a ordem jurídica teve que criar para os particulares um direito à tutela jurídica do Estado. E este, em conseqüência, passou a deter não apenas o poder jurisdicional, mas também assumiu o dever de jurisdição.” (T. Jq., 1988, v. 1, p. 37).

Ora, se somente ao Estado se confere o poder de editar as normas e promover a solução dos conflitos, só se pode falar na existência de um poder-dever. Poder e dever, ademais, de dimensões idênticas.

Este aparente paradoxo entre poder e dever, por si só, já encerra um mecanismo precioso para o combate ao arbítrio. Mas, o que vem a ser arbítrio?

3• ARBITRARIEDADE

Em linhas gerais, arbitrariedade é o exercício incorreto das prerrogativas do poder. Vale dizer que, “Dir-se-ia de uma autoridade pública que ela teria um poder arbitrário, se ela pudesse tomar decisões, soberanamente, sem preocupação alguma de respeitar a lei, sem mesmo preocupar-se em procurar o interesse público. (...)”, conforme Waline, citado por

José Cretella Júnior. [no verbete “Arbítrio” da Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 7, pág. 409.]

Forte nas premissas acima referidas, possível até mesmo afirmar-se que presente a arbitrariedade quando a medida do poder ultrapassa a medida do dever. Como já afirmado linhas atrás, poder e dever são prerrogativas opostas mas de medidas iguais que, observadas, justificam-se uma pela outra.

Em outras palavras, quando o poder ultrapassa a medida do dever, impossível falar-se na presença do primeiro. Um e outro, na verdade, são elos idênticos, de mesma dimensão e responsáveis pela integridade da corrente. O fortalecimento de apenas um dos elos da corrente, faz perder a necessária originalidade do conjunto. Embora ainda possa parecer corrente, o que sobra é a aparência, é o arbítrio.

Portanto, existem limites para o poder estatal. Limites estes traçados pela medida idêntica do dever correspondente ao poder. Quebrada esta equação jurídica, vale repetir, o que sobra é arbítrio.

5• DISCRICIONARIEDADE

Na equação jurídica proposta, poder e dever são atribuições de mesma medida. Mas, que medida é esta? Qual o instrumental existente, apto a promover referida medição?

No denominado estado democrático de direito ou, melhor ainda, no estado social e democrático de direito, vamos encontrar referido instrumental dentre os direitos e garantias individuais contidos no arcabouço constitucional. Na Carta Magna, pois, encontramos a caixa de ferramentas para a exata medição deste poder-dever.

Forte em José Afonso da Silva, referidas amarras se acham contidas dentro dos denominados “Princípios jurídico-constitucionais”, ou seja, aqueles “princípios gerais informadores da ordem jurídica nacional”. (Silva, 1992, p. 86).

Com base nesta nova premissa, é possível mais uma evolução. Se poder e dever são atribuições de mesma medida e se referidas medidas são aquelas traçadas pela norma constitucional, fácil concluir-se que arbítrio é o mesmo que violação aos limites traçados pela Carta Magna.

Assim, toda vez que violadas as conquistas históricas do cidadão, consagradas na Carta Magna de seu país, presente o arbítrio. Com ele, inexistente

o binômio poder-dever e, como consequência, ilegal a atividade estatal exercida.

O tema assim versado parece de fácil solução. Todavia, nem sempre se verifica possível o alcance desta medida exata entre poder e dever. Em outras palavras, nem sempre se revela fácil adequar certas atribuições aos limites traçados pelo Texto Maior.

Atribuições de extremado subjetivismo, não raro, impedem um mapeamento preciso e escorreito destas linhas lindeiras.

Como prova disto, vale citar alguns artigos do nosso Código de Processo Civil, principalmente aqueles fruto das modificações e acréscimos resultantes da reforma de 1994 e 1995. Assim, por exemplo, os arts. 273 e 461, com suas novas redações, ambos versando sobre a possibilidade de antecipação da tutela de mérito reclamada pela parte.

Para muitos, por estes e muitos outros dispositivos quejandos, é possível ao magistrado a consecução de verdadeiras arbitrariedades e, pior, estando elas respaldadas por lei. Um exame mais acurado do problema, porém, vai afastar de vez o equívoco de tal afirmativa.

Com efeito, todas as situações processuais referidas no tópico anterior, são daquelas anteriormente qualificadas como de extremado subjetivismo. Daí o porque ser impossível a realização de um mapeamento preciso e inquestionável, como referido linhas anteriores. Como, por exemplo, traçar linhas divisórias para a consciência do magistrado? Como pretender delimitar-lhe o campo de apreciação das provas produzidas nos autos? *Data maxima venia*, impossível pretender-se tal limitação, ao menos por meio de marcos incontestes.

A impossibilidade de uma limitação precisa, porém, não afasta jamais a viabilidade de uma demarcação. Depois de muito conhecer seu lote, sempre é possível ao proprietário identificar seus limites, mesmo na falta das antigas cercas divisórias.

A delimitação, portanto, também é possível em tais situações. O magistrado de boa índole, de bom senso, de boa qualificação, enxerga com perfeição a cerca imaginária, autêntico divisor de águas entre o poder e o arbítrio. Com isto, jamais pretenderá a invasão de terras alheias. Em outras palavras, jamais violará os princípios constitucionais, autênticos marcos lindeiros entre o poder-dever e o arbítrio.

No dizer de José Renato Nalini, “Não é dado ao

jugador esquivar-se de acatar o comando constitucional que exige o funcionamento mais ágil e transparente da Justiça, aberta a todos e não restrita a parcelas — ainda que significativas — da população. O livre convencimento possibilita a cada juiz interpretar, à sua feição intelectual, o preceito da Carta Magna. Não está adstrito à orientação sumular ou à posições dominantes. Daí a riqueza do trabalho mental do juiz, formulador de alternativas que corporificam a extração de conteúdos não escancarados da norma, porém nela abrangidos quando se faz inserir no literal o foco de calibragem constitucional.” (Nalini, 1994, p.24).

Prossegue: “É ortodoxo no sistema, o dogma do fundamento de validade que remete a integralidade dos preceitos normativos à matriz constitucional. Só é legítimo o comando que não contrarie, oblíqua ou frontalmente, ditame constitucional. E para aferir essa compatibilidade, não há receituário ou esquemas rígidos. É a consciência do julgador que elegerá o parâmetro mais racional. Mas a operação de cotejo é irrecusável e integra a atuação de ofício de cada juiz, alçado, sob total concepção, à qualificação de juiz constitucional, seja qual for a sua prestação especializada.” (*op. cit.*, p. 29/30).

E arremata: “Depende, portanto, do juiz, converter a opção fundamental vertida para o texto da Constituição em agregação sólida constatável ou em quimera estiolante de expressivos anseios sociais.” (*Op. cit.*, pág. 30).

Diante desse quadro, é fácil identificar-se a distinção entre ato discricionário e ato arbitrário. Enquanto este representa a invasão sobre os marcos divisórios das garantias e liberdades individuais consagradas na Constituição Federal, aquele se identifica como ato legítimo, exercício de puro poder-dever, já que exercido com respeito ao mapeamento imaginário proposto acima.

Como garantia deste mapeamento imaginário, lembre-se sempre a exigência constitucional da fundamentação dos decisórios. Referida exigência, por si só, já representa notável empecilho para a verificação de arbítrios, conforme Cândido Dinamarco, em seus comentários sobre a nova tutela antecipada do art. 273 do CPC:

“A lei é particularmente explícita quanto ao dever de motivar as decisões concessivas de antecipação, ‘de modo claro e preciso’ (art. 273, § 1º). Essa

determinação, que reafirma a exigência constitucional de motivação de todas as decisões judiciais (Const., art. 93, inc. IX - v. também CPC, arts. 131 e 458, inc. II), sequer seria oportuna se não fosse para enfatizar muito a grande cautela de que se há de precaver o juiz antes de conceder essa medida excepcional. Não devendo dar caráter de ordinariedade a medidas desengadamente extraordinárias, ele deve deixar muito claras as razões com base nas quais as concede.” (Dinamarco, 1983, p. 148).

Na mesma linha, ainda, a lição sempre escorreita de Manoel Gonçalves Ferreira Filho para quem, a exigência da fundamentação “é um obstáculo ao arbítrio, que repugna ao Estado de Direito, mesmo que exercido por juízes. Por isso, com Bettiol*, se deve reconhecer essa exigência como ‘mais uma das garantias predispostas pelo Estado de Direito como tutela das liberdades individuais.’”. (Ferreira F, 1988, v2, p.119)

5• CONCLUSÃO

Por todo o exposto, ousamos afirmar que não inexistentes as denominadas “permissões legais” para o exercício de atos arbitrários, mormente por parte do Poder Judiciário.

Todavia, é necessário o aprimoramento de nossos juízes para que, seja sempre possível divisar os limites imaginários, assim traçados em razão da subjetividade característica de certas atribuições jurisdicionais.

Nem mesmo o acolhimento da teoria institucionalista, por fim, seria o bastante para evitar-se que a discricionariedade se convertesse em arbítrio.

Por esta teoria, visto o processo como verdadeira instituição, o resultado seria o inevitável enfraquecimento do Poder Judiciário e, com ele, a transferência de grande parte deste poder-dever aos próprios jurisdicionados. Com efeito, irresponsável que a perda de poder sempre se opera em proveito de outrem!

Em síntese, se inadequada é a visão do processo como relação jurídica, nos moldes propostos pelos clássicos do início do século (Carnelutti, Chiovenda e Calamandrei), mais imprópria ainda é a teoria institucionalista que foi sustentada por Jaime Guasp. Tratar o processo como instituição seria o mesmo que transferir às partes certos poderes e atribuições peculiares ao Estado-juiz. Com isto, sem sombra de

dúvida, mais se notaria a pujança do nababo sobre o menos afortunado. Seria o mesmo que, de forma totalmente incoerente, institucionalizar a existência de uma “autotutela oficial”.

As instituições, como já afirmado, só se materializam nas pessoas de seus representantes. Em face disto, é possível afirmar-se que as instituições são os homens. Para o aprimoramento das mesmas, portanto, bastará o aprimoramento destes homens.

Com isto, não resta dúvida, reduzir-se-á ao mínimo a ocorrência de tantas arbitrariedades. Arbitrariedades estas que, vale repisar, em momento algum foram autorizadas por lei. Num regime de social democracia, totalmente impossível cogitar-se a existência de uma vinculação tão hedionda.

Sobre o poder-dever do juiz, não preciosas as lições do magistrado Roy Reis Freide:

“Por todas essas razões e considerações, é forçoso concluir que a Magistratura apresenta-se como uma carreira que, além de ser especialmente difícil (por exigir um vasto conhecimento legal, jurisprudencial e doutrinário), importando em grandes sacrifícios de ordem pessoal, exige uma perfeita consciência das limitações impostas ao Julgador e, por conseqüência, uma postura compatível do mesmo com este espírito, fundado em elevada maturidade e serenidade, não sendo, portanto, em nenhuma hipótese, lugar adequado para aqueles que almejam simplesmente o prestígio fácil, a popularidade irresponsável, buscando afirmar, através de suas decisões o ‘justo agradável’, absolutamente divorciado do império da Lei e da ordem jurídica vigente.” (Freide, ?, p.267).

Não menos preciosa, ainda, a aguda observação de Renato Nalini:

“O juiz que não se conforma com uma atuação meramente burocrática e que repensa continuamente os aspectos institucionais de seu mister não se acomoda perante esse quadro. Procura contribuir para a reflexão que não é só dele, mas de todos os interessados na preservação da democracia, alternativa menos falível de uma vida social digna e da qual o juiz é categorizado avalista.” (op. cit., p. 10).

NOTA

(Giuseppe Bettiol, ‘Instituições de Direito e Processo Penal’, p. 305, apud Ada Pellegrini Grinover, ‘O Processo Constitucional em Marcha’, São Paulo, Max Limonad, 1985, p. 256).” (Comentários à Constituição Brasileira, Vol. 2, pág. 199)

Bibliografia

- ASSIS, Araken. *Cumulação de ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- CAMPOS, Ronaldo Cunha Campos. *Comentários ao CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. vol. 1, Tomo I.
- CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America. vol.I
- . *Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America. vol. III.
- CASTRO FILHO, José Olympio de. *Comentários ao CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. vol. X.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. vol. 1 e 3.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- . *A reforma do código de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- Enciclopédia Saraiva do Direito*. vol. 7.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva. vol. 2.
- FREIDE, Roy Reis. “O poder do juiz”. In: *Revista dos tribunais*, São Paulo, vol. 686, p. 267.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1986. vol. 3.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. vol.1.
- NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- PRATA, Edson Gonçalves. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. vol. VII
- ROSEMBERG, Léo. *Tratado de derecho processual civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1955. vol. I.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1985 e 1986. vols. 1 e 2.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. vol. 1.

Wagner Guerreiro
Juiz de Direito em Minas Gerais

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

PROBLEMA MENORISTA BRASILEIRO

VIOLÊNCIA URGÊNCIA NA SOLUÇÃO

Márcia Cristina de Melo Breves Alves Peixoto

1• INTRODUÇÃO

A semente do amor só pode advir da família, do lar. Aqueles que a isto desconhecem, não pode ser cobrada sequer a obediência às normas legais, eis que, racionalmente, essa também é gerada pelo amor. Não um amor maternal ou paternal, mas o amor universal, que leva o homem a querer a paz mundial, a buscar normatizar a forma de vida, que nada mais é do que tentar alcançar paz em sua comunidade, seja qual for a sua extensão. Isto também é um dos sintomas do amor.

Nos últimos tempos, a violência se avoluma, de forma tal, que às pessoas honestas e trabalhadoras, são impostas obrigações de aprisionarem-se, única

forma de tentar fugir da violência que a ninguém perdoa. O pobre, vê-se vítima dela, ao ser arrastado para o mundo da criminalidade, expondo a risco constante, todos aqueles que se encontram ao seu redor, inclusive os trabalhadores que, devido à sua escassez de recurso, não tem outra opção de vida; o rico, vítima ainda mais almejada, está constantemente exposto ao perigo, sendo obrigado a armar-se em busca de proteção, sujeitar-se a constante vigilância, perdendo totalmente sua liberdade de ir e vir, além de ter que viver constantemente “engaiolado”, na vã tentativa de livrar-se da violência.

Isto me faz recordar minha infância, em pacata cidade do pontal do Triângulo Mineiro, de clima quente, mas ameno, face ao “calor humano”, onde inexistia a preocupação de colocar-se trancas nas portas, ou grades nas janelas. As crianças brincavam livremente pelos quintais ou pelas ruas, ainda não acometidas pela “violência do trânsito”. Passavam os dias nas inúmeras praças, inventando brincadeiras inocentes, sem que os pais tivessem qualquer preocupação senão um arranhão no braço ou nas pernas. A “droga” não rondava os inocentes.

Hoje, sequer os educadores, por mais que escolhamos boas escolas, nos dão a tranqüilidade de estarmos bem encaminhando nossos filhos. A ameaça está em todo canto, até mesmo em nossa própria casa, corremos o risco de sermos atingidos por uma “bala perdida”. A própria imagem televisionada, ou computadorizada, é o maior risco, que às vezes nós mesmos presenteamos a nossos filhos. Talvez inconsciente do mal que estaríamos lhes fazendo, mas apenas em busca de alternativas de lazer e entretenimento para nossas tão sofridas crianças. Aquela felicidade infantil que conhecemos, talvez eles não tenham a oportunidade de conhecer, a não ser por histórias narradas pelos adultos. Que tiveram maior sorte na infância, como o fez Monteiro Lobato, cujas obras tanto aprecio.

No exercício da Magistratura, estive diretamente ligada à problemática do menor, por cerca de 5 (cinco) anos, tempo em que, atuando em comarcas de pequeno e médio porte, do interior do Estado de Minas Gerais, conquanto o acúmulo da função jurisdicional diversificada nas várias áreas do direito, me empenhei ao máximo, na busca de solução para os casos concretos que me chegaram à apreciação, tentando além disso, soluções junto à sociedade daquelas localidades. Por isso mesmo, tenho conhecimento do pouco que se tem feito pelo menor brasileiro. E o resultado não tem sido outro, senão a violência.

Não falo apenas do menor desamparado, mas também daqueles que, embora advenham de lares abastados, não encontram ali, a compreensão de que necessitam, se refugiando no vício e mesmo na cruel violência, como nos mostram os jovens incendiários de Brasília, cujas estatísticas realizadas após o episódio ocorrido nas comemorações do “Dia do Índio”, no ano em curso, apuraram a extensão e

enorme incidência de casos da mesma natureza, antes não divulgados. Terá alguma explicação, senão a total ausência de amor, agravada pela inexistência de piedade?

O ilustre professor Ernani Fidélis dos Santos, Emérito Juiz da 5ª. Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, a quem tivemos a grande honra de termos como mestre na faculdade, em trabalho publicado cita que:

“Carnelutti dizia que o direito era o substitutivo do amor e comparava o Estado ao arco que uma força invisível sustinha: a força do amor. Antes de completar, uma armadura teria de sustentá-lo, o Direito, ‘Enquanto lhe faltar a força interior, ou, francamente enquanto o amor estiver ausente, a vida do Estado está em perigo, sem direito, como a existência do arco sem taipal.’ No Estado de Direito, não podemos ver, pois, a forma perfeita do Estado. Os juristas são vítimas, neste ponto, de uma incrível ilusão. O Estado de Direito não é o Estado perfeito, pelo menos mais que possa ser perfeito o arco antes de o terem construído os operários. O Estado Perfeito será, ao contrário, o Estado que não mais necessita do direito: uma perspectiva, sem dúvida, bem remota, mas certa, porque a semente está fadada indubitavelmente, a transformar-se em árvore frondosa, carregada de galhos e frutos.”³ SANTOS, (1990, p. 109-23)

E prosseguindo na mesma obra antes indicada, nosso estimado professor conclui:

“Eu creio nesta profecia, como creio que o homem nunca morre, mas apenas evolui neste mundo de Deus que não se apequena nos medíocres limites da matéria a que estamos presos. E na linha evolutiva do verdadeiro progresso, acredito também que, antes de se chegar ao estágio do puro e fino amor, há de haver um retorno às fontes processuais mais puras. Quem sabe se, como prenúncio daquela inevitável substituição de forças, os homens, por si e de si sós, apenas demandarão para a solução de dúvidas? Quão belo que, na sua essência, se ressuscita-se a *litiscontestatio*, o juízo *per formulas*, mas mais aperfeiçoado, onde os discordantes, de comum acordo, só levassem ao juiz o que, de consciência, lhes fosse duvidoso. Seria, então, o advento da **juristição do amor**. Quem sabe?” (*idem*).

Comungamos da crença e esperança de nosso querido mestre; mas, infelizmente, a realidade nos mostra que sete anos após a publicação de seu artigo, vamos esmaecer a ilusão da conscientização do amor ao próximo. Cada vez mais distante se mostra o alcance da paz, em contraste com o assombroso crescimento da violência e criminalidade, fazendo procriar a discórdia em toda parte, assassinando a honradez e a honestidade, assoberbando o trabalho da Justiça. Será esse o preço da civilização e da modernidade científica?

Muito nos preocupa a situação, particularmente por entendermos que a origem de todo esse caos, está justamente na ausência de amor. E o amor de que falamos não se consegue a curto prazo, ele advém do berço, ou melhor, da família, da criação, da educação no dia-a-dia, da formação da personalidade, possível de se obter, apenas com a educação da criança de hoje, que será o homem de amanhã. Recuperar aquela que já se desviou, principalmente para o vício, torna-se tarefa quase impossível, exigindo muito mais que apenas amor.

A externalização de meu pensamento, por meio desse modesto e improvisado trabalho, visa somente a aclamação de um grande problema, realçando a questão perante nosso direito e aplicabilidade da legislação na solução da problemática do menor, que todos já conhecem, mas em favor do qual pouco se tem feito. Tenho plena consciência de que o nascedouro da situação caótica em que se encontra a sociedade, deve-se, exatamente à diluição da “família”, ao esquecimento de Deus e ao desencaminhamento dos pequeninos que, crescendo despreparados, entregue à própria sorte, faz-nos lembrar, a todo instante, das conseqüências do desamor.

A história nos dá notícias de que os povos bárbaros eram fortes quando a família era o alicerce das civilizações, e que os grandes impérios entraram em derrota e decadência quando os princípios de união da família eram vencidos pela degeneração e pela deformação dos preceitos filosóficos e religiosos que davam sustentação aos agrupamentos dos homens que formaram as nações. A família se consolida como o único recurso que há de permitir que o rebanho humano não estoure, em debandada irreversível.

2. Infância e juventude — prioridade absoluta — direito — breves considerações

“Ministério divino, em cujo seio, há mil e novecentos anos, se desenvolve a civilização humana, perdoa aos que deste lugar de fraquezas e paixões ousam esflorar com o pensamento a sua pureza. Os moldes da única eloqüência de te não profanar quebraram-se com a última inspiração dos teus livros sagrados. Desde então, de cada vez que o homem se desengana do homem e a alma precisa do ideal eterno, na melancolia das épocas agitadas e tenebrosas, diante da injustiça ou da dúvida, da opressão, ou da miséria, é no cristal das tuas fontes que se vai saciar a nossa sede. Deixaste-as abertas na rocha da tua verdade e há dezenove séculos que borbotoam, com o mesmo frescor sempre das primeiras lágrimas daquela, cuja maternidade virginal desabotoava hoje na flor da redenção cristã.

Tamanha é a tua grandeza, que excede todas as do universo e da razão: o espaço, o tempo, o infinito, acima dos quais a cruz da tua tragédia espantosa parece maior que os vãos da metafísica, as intensidades do cálculo e as hipóteses do sonho. Daí a palavra e a imaginação recuam assombradas, balbuciando. A criatura sente o teu amor, mas tremendo. Vê-se alvorecer a eternidade na magnificência de um abismo que se rasga no céu; mas nas suas arestas alguma coisa há de sombra e ameaça. De onde, porém, tu penetras no coração de todos com a doçura de uma carícia universal, é daquele presepe, onde a sua bondade nos amanheceu um dia no sorriso de uma criança.

Enquanto César cuidava do império, e Roma do mundo, assomavas tu ao canto de uma província e na vileza de um estábulo, sem que Roma, nem o império, nem César se apercebessem, para ficar para a posteridade a lição indelével de que a política ignora sempre os seus mais formidáveis interesses. Tiveste por berço as palhas de um curral. A última das mães sentir-se-ia humilhada se houvesse de reclinar o fruto de seu regaço no sítio abjeto onde recebeste os primeiros carinhos da tua. Mas a manjedoura, onde soabriste os olhos à primeira luz, reacende até hoje o perfume da mais esquisita poesia, e o dia do teu natal fez-se para a cristandade o mais formoso dia

da terra, o dia azulado e cor-de-rosa entre todos como o céu da manhã e o rosto das crianças.

Elas, de geração em geração, ficaram sabendo para todo sempre a história do teu nascimento. E nessas festas do seu contentamento e da sua inocência tendes, ó Deus dos mansos e dos fracos, dos humildes e dos pequeninos, a parte mais límpida do teu culto, o riso mais meigo da sua inocência benfazeja. Esses ritos infantis estrelam de alegria as neves polares, orvalham de suave umidade os fulgores tropicais, estendem o firmamento debaixo dos nossos tetos e, dentro do nosso espírito mortificado, inquieto, triste, põe uma hora de alvorada feliz.

Cristo, como te sentimos bem, quanto te vemos entre as crianças e quando as crianças te encontram entre si. Despindo a tua majestade toda, para caberes num seio de mulher e no tamanho de um pequenito, assentas-te sobre as almas de um império sutil e irresistível, por onde a espontaneidade da nossa adoração continuamente se renova e embalsama nas origens da vida. Todos aqueles, pais, irmãos, ou benfeitores, a quem concedeste a benção de amar um menino, e o têm nos braços, ou o perderam, vêem nele a tua imagem, a cópia idealizada pela fé e pelo amor, do eterno tipo do belo. Divinalizando a infância, nascendo e florescendo como ela, deixaste à espécie humana a reminiscência mais amável e celeste da tua misericórdia para conosco.

De cada casa, onde permitiste que gorjeie, e pipile esta manhã um desses ninhos tecidos pela providência das mães do meio das nossas agonias, se estão exalando para ti as súplicas e os hinos do nosso alvoroço. Por essas criaturinhas, Senhor, é que o nosso espírito se peja de cuidados, e a nossa previsão, agora mesmo, enoiteceria de agoiros funestos, se te não víssemos de permeio entre elas e o futuro carregado e temeroso. Deus benigno e piedoso, que em cada uma delas nos deixaste a miniatura da tua face desnublada, poupa-as à expiação das nossas culpas. Multiplica os nossos sofrimentos em desconto dos seus. Doira-lhes o porvir de teu riso compassivo. Cura a nossa pátria da aridez de alma, que a mata, semeando a tua semente nesta geração que desponta. Permite, enfim, que nossos filhos possam celebrar com os seus em dias mais ditosos a alegria do teu natal.” Rui Barbosa (BARBOSA, 1960, p. 815-6).⁴

Segundo os antigos juriconsultos, era no Direito que se descortinavam as regras do viver honestamente, não ofender a outrem e dar a cada um o que ainda hoje o homem procura realizar: a justiça, um dos pilares do bem comum e da felicidade que todos buscamos.

Na antigüidade, povo algum excedeu o romano, no culto ao Direito e na formulação dos institutos jurídicos. Suas primeiras concepções têm origem na Grécia, onde se destacou como uma das mais antigas doutrinas a do “Direito Natural”, fruto de um pensamento cosmológico, no qual as especulações sobre razão e natureza aparecem indissolavelmente ligadas.” (AFONSO, 1984,?).⁵

O Direito Natural tem sua justificativa na própria condição do ser humano, pelo direito deste à liberdade, à educação, à segurança, à subsistência, aos bens da cultura, à vida enfim. O Direito Positivo, por sua vez, se exprime através das normas que compõem o ordenamento jurídico, formando os sistemas jurídicos que presidem a sociedade mundial, porém, alicerçado no Direito Natural, buscando disciplinar as normas legais. Nesse, enquadra-se o direito do Menor, um dos mais jovens ramos da Ciência Jurídica, que, sob as perspectivas teóricas, apresentam características que lhe são significativamente próprias.

Adota o mesmo, procedimentos específicos aos demais ramos do direito, muito embora, aplicarem-se aí, subsidiariamente, as normas gerais previstas na legislação processual civil ou penal que foram pertinentes, sem rigidez formal, dispensando a essencial iniciativa do interessado, outorgando amplos poderes, inclusive subsidiariamente ao representante do Ministério Público, que exerce suas funções na forma determinada na respectiva Lei Orgânica, na defesa de interesses de menor. Impondo-se, a análise de seu caráter tutelar e de urgência, visando medidas protetivas e resolutivas.

O juiz dispõe de amplos poderes, inclusive, dotado de cautela, também mais amplo do que o destinado aos juízes das demais jurisdições, dotando-o de excepcional poder normativo, inclusive, quanto à investigação de fatos e ordenação de providências necessárias, tendo em mente a proteção aos interesses do menor, sobrelevando-se, qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, almejando suas finalidades pedagógica e protetional.

Faz exigir a institucionalização de uma Justiça especializada, conforme prevê a Seção III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que regulamenta os “Serviços Auxiliares”, compreendendo uma equipe interprofissional destinada a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude (art. 150), com pessoal técnico e órgãos administrativos adequadamente preparados, que devem receber, constantemente, aprimoramento, como recomenda a própria lei.

O ilustre Dr. Alyrio Cavalieri, juiz exemplar e o maior dos menoristas convictos, demonstrou a autonomia científica desse direito, proclamando que sua elevação à nobreza de ramo da ciência do direito, deve-se ao seu conteúdo específico, à matéria e normas próprias, a institutos peculiares, à sua independência científica, à autonomia didática que veio a ter e aos princípios que o informam.⁶

Não é nova a problemática do menor, Leis têm sido elaboradas e alteradas, de acordo com as circunstâncias adotadas pela política nacional do momento, buscando sim, adaptá-las à conveniência de cada governante; nunca em relação ao atendimento e solução da situação em si. A maioria delas, deixam de ser cumpridas por total ausência das alternativas previstas.

Já ao tempo de Rui Barbosa, como nos mostra seu pensamento no trecho supra transcrito. “(...) a política ignora sempre os seus mais formidáveis interesses (...)”, a questão do menor já estava desprezada e causava ao glorioso jurista, séria preocupação. Décadas se passaram, e nenhuma solução foi ainda encontrada. Pelo contrário, a “doença” se agrava vertiginosamente, ao ponto de nos causar preocupação da real existência de um “remédio” capaz de saná-la.

Em nosso país, a mentalidade dos legisladores e governante, tem sido no sentido de que os problemas nacionais podem ser resolvidos com a elaboração de novas leis, ou mudanças e alterações daquelas já existentes. E assim, dedicam seus mandatos a “legislarem”, muitas vezes de maneira abusiva, na pretensão de resolver a situação econômica, zerando a inflação, ainda que por um curto espaço de tempo, ou baixando novas medidas para solução de questões que só seriam realmente resolvidas, com a educação do povo, que deveria ser, em si, a principal meta e responsabilidade dos governantes e homens

públicos, dando possibilidades de real cumprimento às leis já existentes.

Não se resolve nenhum problema econômico, social ou jurídico, simplesmente com mudanças de leis, mas sim com a educação, orientação e formação do povo, conscientizando-o da importância de seu papel na construção de uma sociedade responsável e livre, participativa e humana.

A Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, já com algumas alterações posteriores, alterou a terminologia, abandonando o termo “menor”, entendendo-o estigmatizante, substituindo-o por “infante” e “adolescente”, que, na verdade, são realmente “menores”, terminologia, que inclusive, continua na Constituição Federal ainda em vigor.

O conjunto dos direitos e deveres a que dizem respeito o novo “Estatuto”, substituto do antigo “Código de Menores”, não conseguiu porém, resolver a situação, impondo-se apenas algumas distinções entre o “infante” e o “adolescente”, para fins de imposição e limitação dos direitos e deveres. A problemática persiste, em alarmante evolução.

A nós juízes, compete a aplicabilidade de leis aos casos concretos. Mas como fazer, se essas mostram-se inteiramente inaplicáveis, por ausência de fornecimento de condições pelos Poderes competentes?

O “Estatuto da Criança e do Adolescente” define a criança, como cidadão com direitos claramente estabelecidos do ponto de vista do respeito, dignidade e liberdade, uma “prioridade absoluta”.

Buscou-se ali, prever a solução para a problemática, mas, já há sete anos em vigor, mostra-se insuficiente para a solução que se pretendeu com sua elaboração. Raras são as cidades dotadas de estabelecimento ou alternativas legais ali previstas. Como não bastasse, a prática nos tem mostrado que tais alternativas legais ali, são insuficientes e infrutíferas. A criança é fruto do meio em que vive, de forma que não se alcançará uma solução, tentando “trabalhá-la”, mas desenvolvendo-a, diariamente, no núcleo familiar que, na maioria das vezes, é o próprio foco do problema.

Muito é preciso fazer, impõe-se que seja priorizada a questão, se quer encontrar solução para o drama vivido pela sociedade.

Sustentado por uma inegável experiência no trato com a questão, o Dr. Alyrio Cavalieri destaca que

“temos proposto uma mudança no eixo desta discussão: a cadeia resolve? a solução está em um acurado reexame do Estatuto da Criança e do Adolescente (...)”.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS MENORES

A proteção dos interesses do menor, deve ser prioridade, sobre qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado. A Lei em vigor assegura à criança e ao adolescente, os direitos fundamentais previstos para a pessoa humana: o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, de conformidade com as garantias previstas pela Constituição Federal, que foram ratificadas pelo Estatuto e garantidos pelo “princípio de atendimento integral”, estabelecido em seus artigos 3º, 4º e 7º.

Ficou ali previsto a primazia ao recebimento de proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, bem como na precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, assim como preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e ainda destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Ser-lhes-ia então asseguradas oportunidades e facilidades destinadas a facultar-lhes o desenvolvimento físico, mental, espiritual e social, em condições dignas de liberdade, para o que, estão contidos no Estatuto, princípios gerais de direito, destinados à orientação e aplicação prática de seus conceitos, representando postulações fundamentais da atual política do direito da criança e do adolescente.

Também foi assegurada a prioridade e a prevalência de interesses, levando-se em conta os fins sociais a que ele se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, considerando-se sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, cabendo à família, comunidade, sociedade e Poder Público, o dever de contribuição pela observância da norma, prestando proteção integral ao menor. Lamentavelmente, isso não tem sido observado ...

Na atualidade, a família brasileira, em sua grande

maioria, não tem tido as mínimas condições de sobrevivência. O desemprego e a falta de recursos, faz aumentar a cada dia a pobreza, a violência familiar e o desamparo ao menor, que fica relevado a último plano, em total desobediência às determinações legais.

É bem verdade que os pais têm grande responsabilidade pela instrução e educação dos filhos, sobretudo quanto ao exemplo dado, base da conscientização dos deveres e obrigações, e obrigação de encaminhá-los a uma religião, alicerce essencial da educação. Contudo, não há dúvida de que a própria família também necessita, e muito, de uma total reestruturação, sem a qual será impossível prestar o auxílio necessário ao menor. É na família que se encontra a fundamentação da formação do caráter humano. A situação de desajuste e de pobreza gera no menor o desacerto de seu caráter, conduzindo-o, indubitavelmente às ruas, ao vício, à perda da dignidade.

Já se disse que a educação da criança, previne a repressão do adulto. A mais eficiente educação, é justamente aquela que advém do lar, da criação, mesmo porque, nosso ensino e educação escolar também estão prestes à falência. Também por imposição legal, será obrigatória, sempre que possível, a aplicação de recursos da comunidade no setor da escola e profissionalização, inclusive para o caso de internamentos. Estará isso sendo cumprido?

A dura realidade nos leva a crer que não.

Diversos órgãos comunitários particulares, têm buscado dar prioridade à questão social, gerada por uma infância e juventude que não tiveram a devida atenção e proteção ao devido tempo. Mas também, não possuem condições de priorizar completamente a problemática menorista, não tendo condições de administrar por si só, os problemas comuns, que já são muitos.

A prioridade ressaltada em lei, inclui a destinação privilegiada de recursos públicos às áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Quanto à sociedade como um todo, não raro, deparamos com movimentos particulares, de inúmeros segmentos, se desdobrando em jornadas de busca ao auxílio, a fim de, se não garantir, pelo menos minimizar a inobservância do direito

assistencial ao menor.

Isto, porém, tem se mostrado insuficiente, pois é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. Entendo faltar ainda uma conscientização da sociedade que pode e deve ajudar.

Conquanto fazer-se presente no Estatuto em vigor, a adoção de vários “princípios” e regras determinativas que são indispensáveis e necessárias à sua aplicação correta e satisfatória, não são eles respeitados ou aplicados, por total escassez de recursos ou atenção dos órgãos competentes.

Além da previsão orçamentária determinada em lei, existem dispositivos legais autorizando benefícios, como dedução em impostos devidos àqueles que se propuserem ao auxílio do menor. Mas onde está realmente a captação e administração desses recursos? Estariam eles tendo a real destinação que lhes foi outorgada?

O Estado tem o dever de assegurar à criança e ao adolescente ensino fundamental obrigatório gratuito e outras necessidades básicas ao seu desenvolvimento. É dever de todo cidadão, prevenir a ocorrência de ameaça ou violência desses direitos.

O cotidiano da violência e do desamparo retratado constantemente pela imprensa, nos tem mostrado a quase total inaplicabilidade da legislação em vigor. Infelizmente, temos que admitir que os interesses pessoais e a corrupção de inúmeras pessoas ligadas ao setor público, estão acima dos interesses legais estabelecidos no Estatuto.

Posso citar, um pequeno exemplo: no exercício da função jurisdicional, atuando em questões processuais, onde verdadeira fortuna particular foi construída, por meio de administração de verbas públicas destinadas à manutenção de uma pequena creche de cidade interiorana. Que dizer pois, com relação às grandes instituições, geralmente ligadas a setores governamentais e grandes órgãos públicos?

A impunidade leva à reincidência. É preciso punir os culpados, em prol de banir o gigante da corrupção de nossos meios políticos, forma capaz de conduzir à real captação e destinação dos recursos legalmente previstos para o fim social de amparo ao menor, a fim de, pelo menos, garantir-lhes o cumprimento e observância dos direitos fundamentais já existentes.

Até mesmo o menor infrator, deve merecer tratamento tutelar, visando sua formação, reeducação e assistência, de modo que venha a ser, no futuro, uma pessoa integrada à sociedade.

Os programas de desenvolvimento específicos, destinados à formação biopsíquica, social, familiar e comunitária do menor, também são inobservados. Enquanto isso não ocorre, nossa sociedade sofre as cruéis conseqüências do abandono da situação, levando cada vez mais, o menor à infração, tornando-se cada dia um tanto mais perigoso.

Sobre a questão, o Dr. Evaristo de Moraes⁷, abordando a questão pertinente ao aumento da criminalidade precoce, já dizia: “(...) em quase todos os países civilizados, onde a estatística criminal pode merecer algum crédito, tem sido feita, nestes últimos tempos, lamentável observação: aumenta a criminalidade da infância e da adolescência, revelando-se, de dia para dia, mais precocemente os impulsos anti-sociais.” (MORAES, 1927, p. 09).

4• MENOR CARENTE, ABANDONADO OU INFRATOR: PROBLEMÁTICA ATUAL

Esse tem sido o tema de muitas discussões, tanto por alguns segmentos da sociedade, particularmente pelos magistrados e membros do Ministério Público ligados à questão menorista, como também por alguns membros do legislativo, mas pouco se tem colocado em prática.

Em verdade, não há mais como ficarmos parados, esperando soluções dos governos, quer municipais, estaduais ou o federal. É preciso exigilas com urgência, enquanto ainda se prevê a possibilidade de solução, buscando, pelo menos, impedir o crescimento da violência.

O exercício da magistratura nos tem mostrado que as poucas entidades existentes (quando existem), para atendimento do menor carente ou infrator, são na maioria, mantidas por particulares e algumas raras, pela municipalidade.

Não raro, deparamos com menores apreendidos por prática de homicídio, roubos, estupro e latrocínio. Muitas das vezes, são eles utilizados por criminosos maiores, que os colocam à frente da autoria de tais crimes, confiantes da impunidade em razão da menoridade.

Inexistem centros de recuperação destes menores, que são os futuros homens da sociedade, induzidos apenas à marginalidade, sem qualquer expectativa de recuperação, daí o aumento da violência, cuja conseqüência estamos sofrendo.

Dir-se-ia que a falha seria dos pais, que teriam perdido o controle sobre a educação dos filhos, uma vez que, como se disse antes, “o problema começa em casa”; mas como culpá-los, se também são eles, na grande maioria, fruto da inoperância política/social do país?

Por outro lado, menores existem que sequer possuem pais, ou foram por eles desprezados, estando abandonados à própria sorte, vivendo na rua, entregues à criminalidade, sem obterem sequer, a atenção das autoridades competentes eis que inteiramente esquecidos nos “Códigos” ou “Estatutos”, se encontram seus direitos. A luta pela sobrevivência e a defesa diante da violência de que também são vítimas, obriga meninos e meninas a aprenderem a relativizar a vida precocemente. Mesmo quando certa cidade consegue a inauguração de um desses centros de atendimento e assistência ao menor, previstos na legislação em vigor — o que geralmente é realizado com grandes solenidades e enobrecimento do político responsável pela obra —, são eles entregues à comunidade, mas sem qualquer chance de funcionalidade; a “coisa” emperra logo adiante, pois, passados os louros da “criação”, não se lhe dão mais a menor importância, inexistindo possibilidades de prosseguimento da obra: faltam equipamentos, condições de trabalho, funcionários, espaço etc.

As questões carecendo de prioridade são muitas: exploração e abuso sexual de menores, crianças abandonadas e vítimas de violência dos próprios pais, utilização de menores na comercialização e uso de drogas, indução à criminalidade etc. Porém, se alcançados os infratores e retirados a tempo do ambiente perverso, afirmam os estudiosos da questão, é possível uma recuperação de forma pelo menos favorável.

Após várias décadas de estudos e discussões sobre a questão, já se concluiu que o drama da criança e do adolescente no Brasil cresceu e tornou-se adulto. Junto com o crescimento da população, aglomerada nas grandes cidades, surge a conseqüência da ausência de empregos: a pobreza,

que conduz aos desajustes familiares, geradores dos desalentos que fatalmente levam ao abandono.

Estudos realizados por juízes, médicos, educadores, sociólogos, psicólogos, assistentes sociais e outras autoridades ligadas ao assunto, demonstram que são vários fatores ou fenômenos políticos, econômicos e sociais, os causadores deste drama. O índice crescente da pobreza no país, leva ao quadro: crime e miséria, desfilar de mãos dadas sob o olhar complacente da sociedade.

Pesquisas e estatísticas têm sido realizadas, encomendadas por esse ou aquele órgão, divulgadas com evidência. Mas não é disso que precisamos. Propaganda da desgraça envolvendo o menor, não necessita mais ser feita, ela está evidente em todo local; para visualizá-la, basta que abramos nossa janela. Desnecessários se fazem os gastos a esses títulos.

Seja menor carente, abandonado ou infrator, o que ele precisa é de “existir” beneficentemente, perante a sociedade; de ser reconhecido; de ser atendido e encaminhado na forma devida. Está ele órfão, é preciso dar-lhe uma “mãe”, uma família.

Não há dúvida de que tem aumentado a criminalidade infantil e juvenil por diversos fatores, como aumento da população, da miséria, do desemprego, da má distribuição de rendas, da falta de instrução, da incúria dos Poderes públicos, da desagregação da família, da irresponsabilidade dos pais, salientando-se, principalmente, a carência de educação, que é vital na formação de um povo.

Não podemos mais ignorar esta triste realidade, verificando os meninos de rua abandonados à própria sorte, sem o necessário apoio social e que, fatalmente, como pequenos infratores de hoje, irão se especializar nos caminhos e segredos da criminalidade amanhã, acabando como adultos criminosos tirando-nos o sossego, ou temporariamente alojados em estabelecimentos prisionais, que não passam de “escola de pós-graduação criminal”.

Apegarmo-nos ao formalismo da legislação em vigor, aguardando sempre as providências de nossos representantes públicos, já está demonstrando não ser a solução. Estes não têm dado à questão a devida atenção, não podemos mais aguardar passivamente a solução, pois a escola do crime não tira férias, não faz greve e não tem maus professores, ela funciona

o ano todo, aprimorando-se visivelmente a cada dia.

É preciso que façamos uma cruzada de esclarecimento; conscientização dos direitos; promoção de movimentos em busca do cumprimento da legislação; comoção, enfim, da sociedade, como um todo, para buscar, junto aos políticos ou homens públicos, a alternativa eficaz. Se necessário, devemos recorrer ao sentimento de humanidade: é preciso que o povo assuma o atendimento, sem pensar apenas em “caridade”, mas substituindo e dividindo a responsabilidade daqueles que se mostram omissos, ou exigam deles as devidas providências.

5• VIOLÊNCIA GERA VIOLÊNCIA

Mas a violência não advém apenas dos menores abandonados ou mal orientados, também contra eles, a violência tem sido uma tônica a atormentar suas vidas.

A poucos dias, tomei conhecimento de uma situação chocante: um dia após ser noticiado pela televisão, no programa *Fantástico*, a existência de um brasileiro aguardando sua execução, no “corredor da morte”, nos Estados Unidos, em razão de crimes ali cometidos, desabafou aquela infeliz criatura ao jornalista, dramas de sua infância passada no Nordeste brasileiro, quando foi vítima de abuso sexual dentro da própria casa materna, sendo submetido sem qualquer defesa.

Desesperada por ver a situação se repetir em sua casa, e temerosa pelo destino do neto, uma senhora procurou o órgão do Ministério Público local, para solicitar providências contra seu genro, que, sabidamente vinha abusando sexualmente do filho, desde que o mesmo tinha 4 (quatro) meses de idade, estando hoje com mais de quatro anos. Por comodidade e receio, mãe e avó mostravam até então, passividade absoluta à situação. Que será da formação psicológica dessa criança, se nem mesmo seus entes queridos protegeram-na da violência, apesar de conscientes de sua total carência de possibilidades de defesa?

Outro caso correu perante minhas mãos, processo criminal em que uma menina de seis anos de idade, abandonada pela mãe, que preferiu o caminho da prostituição, ficou sob a guarda do pai, face a ausência de qualquer outro parente próximo, que se interessasse por ela. O pai, por sua vez,

submetia a filha aos piores abusos sexuais possíveis e imagináveis, além de deixá-la na rua pelas noites, eis que seu trabalho era noturno, entregando-a aos instintos bestiais daqueles que a encontrasse dormindo nas praças públicas, interrogado em juízo limitou-se a responder: “(...) que a filha era sua e fazia dela o que quisesse (...)”.

Em países tidos como de “primeiro mundo”, como os Estados Unidos, certamente fatos desta natureza não ocorreriam, pois a punição é altamente severa. Aqui, a autoridade encarregada de resolver tais situações, no aspecto do menor, particularmente em comarcas de pequeno porte, se vê obrigada a conservar essas crianças na companhia desses pais, ou “monstros”, por não terem qualquer opção para encaminhamento das mesmas a órgãos especializados ou famílias substitutas.

Isso enoja e atormenta nossas vidas de julgadores, quando se vê constantemente, relatar-se nos telejornais mais um “escândalo” de corrupção, demonstrando o desvio de vultosas verbas públicas, sem qualquer previsão ou providência de recuperação, enquanto que os infantes e inocentes, completamente esquecidos pelo Poder Público, se vêem expostos às piores provações que podem ser impostas a um ser humano, destruindo-lhes a dignidade e condenando-os à marginalidade.

A própria pobreza a que é submetida a maioria da população de crianças e adolescentes, também é uma violência, retirando-lhes os direitos mais elementares, como o da possibilidade de vida, ante o crime da miséria e da fome.

A falta de educação familiar e escolar; a exploração em subempregos, em sistema de perfeita escravidão, retirando-lhes a possibilidade de um futuro mais promissor, ignorância, maus tratos e muitos outros fatores que poderiam ser vastamente enumerados, só conduzem à violência, tanto para com o menor, como deste para com a sociedade. É a “lei de causa e efeito”.

Estatísticas e mais estatísticas são realizadas com frequência, sobre a violência, noticiadas com ênfase pela mídia. A interpretação de seus resultados, porém é polêmica. Alguns entendem que a televisão tornou-se uma “formadora de infratores”, colocando-a como culpada por exibir situações vividas na ficção eletrônica, facilmente decodificada por todos, que podem ser imitadas na vida real. Outros entendem

que a mídia exerce um papel de “pressão” sobre os desejos e as possibilidades das pessoas, particularmente os menores.

A realidade é que não existe na mídia uma programação adequada e bem direcionada que possa conscientizar e até mesmo formar boas opiniões. A “censura” acabou, fazem e desfazem os exemplos da ficção, fatalmente copiados para a vida real, como bem entendem.

E direcionados corretamente, os programas televisionados, poderiam se tornar grandes aliados no desenvolvimento dos menores, até mesmo, na orientação e conscientização da responsabilidade dos pais e da família, particularmente aquelas de menos instrução.

É preciso providências urgentes!

6• TRISTES CONCLUSÕES

“Que, é então, desse povo surdo e cego, tardinheiro no dever e lerdo ao brio, triste e malangueirão, desprendado para o bem e zorro no mal, como nos pintam ao nosso, e ele se pinta a si mesmo?”

Que é desse povo brasileiro sem ímpeto na luta, sem bravura nos perigos, sem iniciativa nas dificuldades, sem ação nos trabalhos, esse povo que não se desatasca dos apetites, que se não sobrepõe aos instintos, que não se eleva às idéias, que do passado não se recorda, que com o presente não aprende, que do porvir não tem vista, que não dá tino de si mesmo?

Que é desse povo mal-ensinado nas suas obrigações, mal-entendido nos seus interesses, malcorrente nos seus negócios, malgovernado nos seus atos? Que é desse povo, com quem não vale a pena de falar, a quem de nada serve pregar, de que não se pode esperar coisa nenhuma? Que é desse povo rolha ou bucha, povo trambolho, desse povo toma-espaco, qual se julga, de ordinário, o povo brasileiro, encartado, por arcanos da providência, como tapulho num pedaço de crosta do planeta? Que é desse povo? Será isso, realmente, o povo brasileiro?” (BARBOSA, 1960, p. 474).⁸

A violência dos menores e para com os menores, alcançam índices alarmantes. E isso assusta, atemoriza, angustia, passando a mudar os hábitos dos brasileiros, quer no trabalho, quer na simples

atividade de lazer, quer no comportamento corriqueiro do dia-a-dia, estigmatizando o “menino de rua”. Se não se consegue prevenir a marginalização desses menores, haverá possibilidades de recuperá-los?

Primeiramente, para falar-se em prevenção, faz-se necessário examinar as causas da criminalidade, ainda que “*en passant*”. Como prevenir, sem que se conheça a fenomenologia que se quer evitar? Prevenir é antecipar-se, predispondo meios que inibam o crime. A prevenção pode se dar desde a eliminação do fenômeno como causa ou disposição de meios que, sem eliminar a causa, evitam o comportamento condicionante.

O 5º Congresso da ONU, sobre prevenção e repressão dos crimes e tratamento dos delinquentes, realizado em Genebra, afirmou que “A Justiça Social constitui um meio de prevenir a criminalidade” e, numa das suas conclusões, estabeleceu o seguinte:

“(…) a primeira preocupação deve ser de uma prevenção primária de ordem geral e social. As atividades intersetoriais devem ser planejadas em programas do bem-estar social. É necessário mais reformas sociais do que jurídicas. Ficamos na superfície da delinqüência sem ir ao fundo dos problemas. Uma racionalização da prevenção primária postula necessariamente uma melhor organização das estruturas políticas e sociais a exigirem a transformação do sistema econômico, a supressão das desigualdades e da injustiça na exploração das riquezas naturais e na repartição do produto do trabalho.”⁹

O Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em conferência proferida no XII Congresso Brasileiro de Juizes e Curadores de Menores, realizado em Recife, assim concluiu:

“É preciso mudar o quadro que aí está; o hábito, que se torna dogma, de que serviço público algum funciona neste país de tantas potencialidades e tão mal administrado; a postura mental ainda predominante, para que se dê à Justiça, e, em linhas de raciocínio, à Justiça Especializada de Menores, as condições humanas, materiais e tecnológicas que esta necessita e reclama para realizar a sua missão social e jurídica, imprescindíveis à democracia e ao estado de direito.

Vive-se um tempo de renovação: de Constituição e de ideais. Renovam-se os postulados democráticos.

As esperanças, contudo, permanecem apenas esperanças (...).” (TEIXEIRA, 1989, p. 179-96).¹⁰

E permanece a esperança.

O Dr. Alyrio Cavallieri¹¹, comenta que o Estatuto da Criança e do Adolescente, aprovado dois anos depois da constituição de 1988, passou a ser tido como uma “arma” para defender o menor da sociedade; norma necessária e bem intencionada, não poderia ser utilizada para fins que não o de mostrar que o menor não deve apenas ser defendido da sociedade, mas também receber condições para que não seja solto pela rua, sem uma estrutura organizada e coerente, o que não tem sido feito; não deve pois servir de “arma”, para que esse menor venha a atacar a própria sociedade.

As falhas ali contidas, foram sendo aos poucos constatadas, tornando-se peça de constantes discussões, já tendo inclusive, obras específicas sobre o tema, de forma que a “lei”, que sequer chegou a ser implementada, já se encontra condenada.

O Estatuto prevê a criação de um “Conselho Estadual da Criança e do Adolescente”, além de um Conselho Tutelar em cada bairro ou localidade, mas poucos foram os já instalados, decorridos que já foram sete anos da nova lei.

Resistir à injustiça é um **dever** do indivíduo para **consigo mesmo**, porque é preceito da existência moral, é um **dever** para com a **sociedade**, porque essa resistência não pode ser coroada pelo mesmo sucesso senão quando se torna **geral**.¹²

O juiz Gelmilo Gusmão, digno presidente da Associação Brasileira dos Magistrados da Infância e da Juventude, ao apresentar convite para participação no XVII Congresso, a se realizar em Salvador na Bahia, nos próximos dias a 13 de setembro/97, informa que o movimento da atual diretoria daquela entidade, com comunicações oficiais aos poderes Nacionais, especialmente ao Excelentíssimo Sr. Presidente da República. Deputados e Senadores, estão relacionadas ao Estatuto da Criança e do Adolescente: “(...) no momento, temos três grandes bandeiras: **avaliação oficial do Estatuto da Criança e do Adolescente**, seu aperfeiçoamento ou sua reforma: o **não rebaixamento da idade**, 18 para 16 anos para a **responsabilidade penal** e o **registro civil de nascimento, obrigatório e gratuito** — a todos.”

E mais adiante, na mesma “mensagem”, completa: “Agora, na Bahia (...), onde nasceu o Brasil, pensamos em fazer renascer a criança e o adolescente brasileiros. É a busca da sua necessária cidadania, a procura de uma reforma de sua legislação e a luta intransigente pelo futuro do Brasil, salvando a sua reserva humana (...).”¹³

Felizmente, podemos contar com o interesse e movimentação de alguns segmentos da sociedade, em prol das questões minoristas, pois nossas autoridades maiores continuam com suas atenções voltadas para outras questões de maiores vultos, como por exemplo a reforma Administrativa e Constitucional, em busca da preservação do “Plano Real”.

O Des. Jorge Uchoa de Mendonça, presidente do Instituto dos Magistrados do Brasil e profundo conhecedor da questão, entende haver solução para o problema do menor no Brasil, bastando que seja ele enfrentado com “coragem”.¹⁴

Acredita o Des. Uchôa, como também nós acreditamos, na profissionalização. A “mão de obra” no Brasil, particularmente aquela especializada, em todos os setores de abrangência, é um grande problema, raros são os profissionais competentes e honestos que encontramos como precisamos. É preciso preparar o jovem para encontrar uma profissão adequada à sua tendência que, nesse setor, não requer muito tempo para o aprendizado.

A salvação tem sido as instituições particulares, conforme acima se indicou, uma vez que as opiniões governistas continuam “a parte”. Mas tais instituições só se mobilizam nas cidades de porte médio e grande, ou mesmo nas capitais assim mesmo, em pequena escala, não conseguindo atingir o âmago da questão. As pequenas, são totalmente desprovidas de meio para tal. Impõe-se que haja ação do Poder Público, pois até agora, tem agido como total abandono da causa.

A prioridade continua sendo da criança, mas os governantes ainda não oferecem condições de concretização da norma. A reeducação dos pais, na grande maioria dos casos, também é tão importante como a educação dos filhos.

Ante a ausência de outros meios, deve a sociedade tomar nas mãos a solução do problema. Mas a iniciativa privada, convidada a participar das soluções, encontra, principalmente, o obstáculo, nas

proporções em que se encontra o problema e em seus naturais fundamentos empresariais. Mesmo assim, muitas das tentativas vêm de organizações particulares.

Em pequenas cidades do sul do país, uma experiência tem sido adotada, com excelentes resultados, no sentido de que algumas famílias estão recebendo um salário mínimo para manter os filhos na escola e fora das ruas.

Isso demonstra que a “solução” pode existir, precisa é ser adotada e colocada em prática.

Sem desmerecer todas as iniciativas privadas em favor da causa, conforme acima se demonstrou, no meu modesto entender, as “pequenas cidades do sul”, parecem estar mais próximas de alcançarem a solução da forma de prevenir o problema.

Quanto à recuperação, essa exige medidas mais enérgicas.

Mas... não basta apenas criar instituições, ou fornecer-lhes condições de funcionalidade, é preciso também “carinho”, é preciso “calor humano”, é preciso “família”, é preciso “amor”...

O Des. Jorge Uchôa, em seu artigo antes indicado, declara, com razão que “Nenhum orfanato é bom para a criança, o melhor de todos é uma gaiola de ouro. Uma criança não precisa dele, precisa de uma família (...).”.

Então, se a família é a melhor solução, porque não concedê-la àqueles que não a têm?. Mesmo que, para isso, tenha ela de ser subsidiada, cautelosamente, pelo Poder Público, quando for necessário e houver boa-vontade, como forma de incentivo à guarda, adoção e à família substitutiva em geral?

A família brasileira, em seu aspecto geral, se encontra em más condições, não suportando economicamente, sequer aos seus próprios componentes, portanto, para que haja interesse em auxiliar os menores necessitados de “família”, impõe-se também, o “olhar” do Poder Público.

Ora, temos visto que quando esse ou aquele Ministério governamental precisa de recursos, logo vem a solução: cria-se um novo imposto, cujo produto, quase sempre é desviado. E por mais que reclame, a sociedade acaba pagando o preço exigido.

Por que não destinar uma pequena parcela de algum imposto já existente a uma causa tão nobre como essa?

Aliás, já existe previsão legal nesse sentido. Por que não regulamentá-la, divulgá-la, para que alcance o devido fim?

Também a conscientização, instrução da família e divulgação sensata de um planejamento familiar, só viria a auxiliar na questão.

O que precisamos, é de **urgência**, em solucionar-se a situação, antes que não tenhamos mais nenhuma arma mais potente contra a violência.

Márcia Cristina de Melo Breves Alves Peixoto
Juíza de Direito da 5ª vara civil da
comarca de Uberaba.

NOTAS

SANTOS, Ernani Fidélis dos. (2) - *Revista Amagis*. (Associação dos Magistrados Mineiros), vol. XIX, ano X, dez. 1990, p. 109-23.

- (3) - *Arte do Direito: seis meditações sobre o Direito*. Livraria Progresso. p. 21.

- (4) - “Prece de Natal”. In: *Rui Barbosa : escritos e discursos seletos*. Biblioteca Luso-Brasileira, 1960, p. 815-6.

- (5) - AFONSO, Elza Maria Miranda. *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*. Minas Gerais: UFMG, 1984.

- (6) - O direito do menor: um direito novo. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Minas Gerais, 1979.

- (7) - MORAES, Evaristo de. *Criminalidade da infância e da adolescência*. Francisco Alves, 1927. p.9.

- (8) - BARBOSA, Rui. *Escritos e discursos seletos*. Biblioteca Luso-Brasileira, 1960. p. 474.

- (9) - Extraído do artigo publicado pelo Dr. Ariosvaldo de Campos Pires. Professor da UFMG. In: *Revista da Amagis*, vol. XXI, ano XII, jun. 1992.

- (10) - Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. O Direito e a justiça do menor. In: *Revista da Amagis*, vol. XVIII, ano VIII, jun. 1989, p. 179-96.

- (11) - Entrevista contida no artigo “Infância e adolescência: a maioridade de um problema”. In: *Revista “In Verbis”*, n. 04, ano 01, nov. 96, p. 18-25.

- (12) - IHERING, R. von. *Questões e estudos de Direito*. Livraria Progresso, 1995. p. 32.

- (13) - “Mensagem” publicada no *Informativo Abramini*, n. 07, abril, 1997.

- (14) - *Informativo Abramini*, n. 11. p. 36-7.

O CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO E O DIREITO À PRIVACIDADE

Marcelo Bevilacqua da Cunha

1 • O DIREITO À LIBERDADE

Em todas as comunidades que se sucederam no tempo, desde as mais primitivas até as mais recentes civilizações, sempre se buscou, ostensiva ou dissimuladamente, o desfrute da liberdade. Conta-nos a história que tal aspiração acabou por minguar as formas antidemocráticas do exercício do poder. É ínsito à condição humana o sentimento de liberdade social. Direito predecessor a muitos outros, a liberdade traduz a faculdade de ação, no seio de uma sociedade organizada, segundo a própria vontade.

Nesta relação o Estado posiciona-se como outorgante e garantidor da liberdade e aos particulares alcança tudo que não seja proibido, e, mesmo inertes, acabam por utilizá-la. Assim, aquele que opta pela clausura, por exemplo, não deixa de fazer uso da liberdade de ir e vir, haja visto que compreendem o não-ir e o não-ir (permanecer). A hipótese vem a confirmar a idéia de que a liberdade abarca também o direito de não utilizá-la.

Entre nós, o direito à liberdade encontra-se arraigado constitucionalmente nos princípios fundamentais do Estado, vale dizer, Estado Democrático de Direito. O próprio conceito de democracia envolve o sentido de liberdade e participação. Esta última, para ser democrática, exige que a oportunidade seja igualmente oferecida a todos os cidadãos. Caso contrário, configurar-se-á uma democracia meramente formal, prevista nas letras da lei mas efetivamente desconhecida.

1.1. A liberdade a expressão

O pensamento, enquanto não externado, se insere na liberdade de foro íntimo, o qual não oferece

qualquer problema para o direito ou para a vida social. O conteúdo do pensamento só passa a interessar a partir do instante em que adquire forma externa (oral, escrita etc.) e quando houver a possibilidade de recepção da mensagem. A possibilidade de recebimento é assaz importante, pois quem expressa o faz a alguém por certa razão íntima; se inexistente destinatário certo ou indeterminado, a relação comunicacional não se completa, p. ex., socialmente falando, a manifestação do pensamento do naufrago no âmbito da ilha deserta não possui qualquer força inovatória. Limita-se a um comportamento sem-sentido.

Por relacionar-se com os demais seres, faz-se necessária a juridicização dos fatos sociais que aproximem o homem do sentimento de liberdade e da convivência harmoniosa. Após a escolha dos fatos sociais elencados pelo Direito, passa-se ao ponto seguinte: a necessidade de se efetivar o uso da liberdade de expressão. Sobre o assunto, discursa Norberto Bobbio: “Afirmar que, em determinada sociedade, é respeitada a Liberdade de expressão, significa fazer referência às seguintes relações de Liberdade e não-Liberdade (e de poder) entre dois de seus membros A e B: A deixa B e B deixa A livre para dizer o que quiser; com relação a B, A é não-livre para impedi-lo de manifestar suas opiniões, e vice-versa; A e B são não-livres para fazê-lo, não apenas em suas relações recíprocas, mas também com relação ao Governo, protetor do direito de expressão de todos.”¹(Bobbio, 1995, V.2, p.709)

Dentre os inúmeros direitos previstos na Constituição, figuram o da liberdade de expressão, de manifestação do pensamento, de criação e de

informação. A razão da presença desses direitos é justificada pelo Prof. Celso Ribeiro Bastos: **“O homem não se contenta com o mero fato de poder ter as opiniões que quiser, vale dizer: ele necessita antes de mais nada saber que não será apenas em função de suas crenças e opiniões. É da sua natureza no entanto o ir mais longe: o procurar convencer os outros; o fazer proselitismo.”**²

(Bastos, 1989, V.2, p.40)

Na atual Carta, percebe-se uma grande preocupação por parte do legislador constituinte em garantir o direito à liberdade de expressão. Em várias passagens do Texto, resta nítido o intuito de extirpar qualquer empecilho à livre manifestação do pensamento.

De forma assaz irradiante, dispõe o art. 5º, inc. IV da CF: **“é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”**. Não conseguiria ser mais abrangente o legislador: aqui fez por alcançar todas as possibilidades da atuação humana, aproximando-as, no que tange à mobilidade, ao pensamento. Obviamente que esta manifestação, por ser um fenômeno físico, e, por isso, causadora de modificações no mundo fático, é acompanhada de certas restrições com fulcro em outros direitos que, dotados da mesma força jurídica, delineam os seus limites. Explica-se, assim, a vedação ao anonimato, haja vista que a presença do autor assegura a identificação do responsável por eventuais danos.

Por seu turno, o inciso IX do mesmo artigo dispõe acerca da liberdade de expressão, tendo como mola propulsora a atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. Vê-se, com isso, que a despeito de a liberdade de expressão e a de comunicação estarem fortemente vinculadas, elas não se equivalem. É uma relação gênero/espécie. Segundo as oportunas palavras do Mestre Jorge Miranda, comparando estes dois direitos, **“a liberdade de expressão é mais que a liberdade de comunicação social, porquanto abrange todos e quaisquer meios de comunicação entre as pessoas — a palavra, a imagem, o livro, qualquer outro escrito, a correspondência escrita e por telecomunicações, o espetáculo, etc.”**³

(Miranda, 1981 V.4, p. 374)

1.1.1. A comunicação social

O descobrimento e o conseqüente povoamento das mais diversas partes do mundo fizeram com que

o homem desenvolvesse novas formas de comunicação. A necessidade cada vez maior da propagação das idéias dos governantes, a disseminação das ideologias opositoras àquelas idéias, a expansão da cultura, da religião, e também a crescente complexidade das relações interpessoais motivaram o nascimento da comunicação social, onde a propagação se dá de forma mais imediata e concomitante que a comunicação individual.

Viu-se igualmente que o deslocamento do homem se daria de forma mais lenta e dispendiosa que o exclusivo envio da informação. Esta poderia, então, ser perfeitamente transferida desacompanhada da presença física do seu titular. Não há meio de locomoção tão instantâneo quanto o da transmissão das informações, tendo em vista que com a mesma ação atinge-se, em vez de uma ou algumas, inúmeras pessoas situadas nas mais longínquas comunidades.

Na nossa Constituição, além da previsão dentro dos Direitos e Garantias Individuais, o constituinte distendeu a liberdade de expressão para outro capítulo — o destinado à Comunicação Social — as manifestações emitidas por meio dos órgãos da imprensa e por outras formas de comunicação, tais como as diversões e os espetáculos públicos.

2• OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A personalidade consiste no conjunto dos caracteres próprios do ser humano. É o agrupamento dos elementos distintivos que permitem, primeiro, o reconhecimento de um indivíduo como pessoa, e, depois, como uma certa e determinada pessoa.⁴

Os direitos da personalidade, tidos como subjetivos, essenciais e indisponíveis, são congênitos à natureza do homem e se destinam a resguardar a dignidade, a identidade, a imagem, a honra, dentre outros direitos natos da pessoa humana.

2.1. A intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas

A Carta Magna, em seu art. 5º, inc. X, dispõe a respeito da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Neste inciso o legislador abusou de utilização de vocábulos,

cujos sentidos vagam na subjetividade. Problema menor se comparado à quase-identidade semântica dos mesmos. Em virtude do princípio hermenêutico de que a lei não deve abrigar expressões inúteis, a doutrina se esforça em diferenciá-las, mas não se chegou, até então, a um consenso. Limitamo-nos ao significado dos referidos direitos sem o intento de prescrever a abrangência de um sobre o outro.

Superficialmente, o cerne da controvérsia se restringe aos termos intimidade e vida privada. A doutrina se divide em três acepções diferentes: uma, entendendo que os termos se equivalem; a segunda, que concede à intimidade um sentido mais amplo que a vida privada; a terceira corrente (majoritária), inclinando-se para um sentido mais restrito, agora, para a intimidade, consistindo esta num núcleo da vida privada.

A honra tem como sinônimo a consideração e homenagem à virtude, ao talento, à coragem, às boas ações ou às qualidades de alguém. É o sentimento de dignidade própria que leva o indivíduo a procurar merecer e manter a consideração geral. Ainda no plano semântico, a honra é tida como sentimento de dignidade que marca o indivíduo honesto ou virtuoso.⁵

Ela é construída (ou destruída) paulatinamente durante a vida da pessoa, mediante a soma de todas as suas atitudes, o que lhe confere um sentido oscilatório. Em razão dessa constante obra, à honra faz-se necessário uma maior proteção (punição aos agressores) que os demais direitos da personalidade. É bom que se diga que não há pessoas desonradas, não havendo, por conseguinte, a classe dos honrados e a dos não-honrados mas, sim, aquelas que se posicionam mais respeitosa e consigo mesmas que outras.

A *imagem*, por sua vez, conforme a definição simples e direta conferida pelo art. 79, I do Código Civil português, “**é o retrato de uma pessoa**”. Consiste, assim, na representação de uma pessoa ou de determinado objeto. Diferentemente da honra, a imagem individualiza e simboliza determinada pessoa desacompanhada do significado de dignidade que ela possui.

A imagem deve ser resguardada independentemente dos valores morais reflexivos do ser humano. O direito de proteção à imagem se perfaz na garantia de se preservar a publicação de fotografias ou a transmissão de imagens da pessoa sem o seu

consentimento. Por mais que o indivíduo seja freqüentador de lugares públicos, perdura o direito de proteger-se de abusos e inconvenientes, vale dizer, atípicos para a ocasião e o lugar onde se passam, não podendo, por essa razão, ser objeto de publicidade.

3• CONFRONTO ENTRE A LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO E A VIDA PRIVADA.

Dá-se o conflito aparente de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental de um titular colide com o direito de outro (conflito de direito em sentido estrito), ou ainda quando aquele colide com a defesa dos bens da coletividade e do Estado constitucionalmente protegidos (conflito com outros bens constitucionais).⁶

Restringindo-nos aos direitos objeto do presente estudo, temos, de um lado, o direito referente à liberdade de expressão, e, de outro, os direitos protetores da particularidade do indivíduo. É interminável a dificuldade de se traçar a divisão onde se delimite o fim e o início destes direitos. Consiste num ponto de quase-contato incrustado entre a privacidade e a liberdade de informação. Creio que a linha divisória entre estes direitos não se mostra de forma tênue ao ponto de se dizer categoricamente que tal fato está amparado pela liberdade de expressão ou se ele, de modo contrário, agride o direito do indivíduo. Sem a apreciação cuidadosa do fato concreto, qualquer conclusão é perniciosa.

Com o propósito de aclarar esta problemática, a doutrina lusitana ministra o seguinte procedimento metódico:

a) **1º momento:** saber se algum ou ambos os direitos são suscetíveis de limitações e qual a sua natureza;

b) **2º momento:** saber se apesar da existência de limites num ou em ambos os direitos, ainda persiste uma margem maior ou menor de conflito entre os direitos que deva ser resolvida por um critério de concordância prática, de prevalência ou de ponderação;

c) **3º momento:** saber como se resolve esse conflito à luz do ordenamento constitucional.

Este procedimento é bastante auxiliador, visto que um eventual conflito pode ficar resolvido logo no primeiro momento. Por exemplo: se se entender que

o direito à intimidade sofre limitações, ou se tais limites incidem na liberdade de expressão, deve reconhecer-se aqui uma primeira forma de resolução do conflito. Mas o problema não ficará inteiramente resolvido, se se admitir um caráter relativo ao direito à reserva da intimidade da vida privada, cuja expansibilidade depende da natureza do caso e da condição das pessoas.⁷ Neste sentido, Marc Carrilo leciona que o limite à liberdade de expressão não é absoluto. O direito de obter informações poderá ser justificável ainda que se revelem fatos concernentes à vida privada sempre que a revelação seja realizada por razões de autêntico interesse público ou de positivo bem social.⁸ Assim, a resolução de um eventual conflito entre ambos os direitos há de ser pautada na ponderação de interesses tendo em consideração o caso concreto.

A tarefa de valoração de prevalências no plano fático, utilizando a linguagem formalizada, pode ser ilustrada da seguinte maneira: **(D1 P D2) C**. Isto significa que o direito (D1) prefere (P) outro (D2), perante as circunstâncias do caso concreto (C).⁹

As pessoas que, em razão de sua profissão ou cargo, são publicamente conhecidas, necessitam de considerações apartadas. Conforme o entendimento construído no Seminário de Ciência Política e Direito Constitucional, acima referido, esta categoria de pessoas pode ser dividida em três dimensões:

- a) **as pessoas que exercem uma atividade pública e se beneficiam desta notoriedade** (atores, cantores, esportistas etc.);
- b) **as pessoas sujeitas a processo judicial;**
- c) **os titulares de cargos públicos.**

As pessoas contidas na primeira categoria — artistas, personalidades da televisão, etc. — de certa forma tiram proveito da sua popularidade, até porque o seu sucesso é proveniente da própria notoriedade pública. Os seus admiradores têm interesse em conhecer não só os aspectos da sua atividade, mas também os da sua vida privada, que são a expressão da sua atividade pública. Desta forma, a parte da personalidade que contribui para a notoriedade da figura pública pode ser objeto de investigação e posterior divulgação por parte da mídia.¹⁰ Obviamente que isto não significa a inexistência de privacidade, pois, a imprensa continua com o dever de respeitá-la. Não é razoável aceitar a divulgação de aspectos não consentidos pelo titular, como os da sua vida familiar, conjugal e extraconjugal, a publicação de material que exponha doenças ou malformações do

seu corpo, e assim por diante. Neste sentido, já decidiu o Tribunal Constitucional da Espanha: **“a noção de intimidade parte da idéia original do respeito à vida privada, particular ou familiar, que deve ser excluída do conhecimento alheio e das intromissões de outrem, salvo sob a autorização do interessado.”**¹¹

É oportuno ressaltar que o consentimento do titular, na publicação de suas particularidades, se resume unicamente ao referido ponto permitido, não alcançando, por conseguinte, os fatos posteriores.

Já em relação aos integrantes de processo judicial (letra “b”), salvo as exceções legais, eles se vêem na impossibilidade de impedir o conhecimento, por parte de terceiros, da matéria litigiosa que lhes diz respeito. Está presente aqui outro princípio cuja importância solicita maior amparo: o do interesse público.

Neste momento é importante ressaltar o cuidado que o jornalista deve tomar quando da divulgação de nomes de pessoas que encontram-se indiciadas em inquéritos policiais. De acordo com o inciso LVII, do art. 5º, da CF, **“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”**. A presunção de inocência sobrevive até mesmo após o proferimento da decisão judicial, caso ainda suscetível de recurso. O inquérito policial é uma mera peça administrativa investigatória e isto implica que, se até o momento ele nem mesmo foi processado, com menos razão pode-se falar em condenado. Por isso, nas reportagens nunca pode ser atribuído crime a alguém, a menos que a pessoa tenha sido presa em flagrante (e não haja dúvidas a respeito de sua culpa), ou confessado o ato. A palavra que pode ser usada com segurança é a de “indiciado”, ou dizer simplesmente que a pessoa “está sendo acusada de tal ato”.

A imprensa deve se precaver para não embarcar no clima das investigações, e na ânsia de “dar um furo jornalístico”, acaba se precipitando e tendo de arcar, ao final, com pesadas indenizações por danos materiais e morais. É imprescindível uma maior familiarização por parte do jornalista com os institutos do Direito. O Tribunal de Justiça de São Paulo, apreciando o presente tema, entendeu que **“constitui inarredável dever do jornalista informar-se acerca do mínimo essencial dos institutos jurídicos, para avaliar, por exemplo, o efeito de uma folha de antecedentes, de um inquérito policial, particularmente em confronto com um julgado condenatório.”**¹²

Por fim, quanto aos titulares de cargos públicos (letra “c”), a sua privacidade não impede o conhecimento de tudo o que na sua vida, antes da eleição, durante a campanha eleitoral e durante o exercício das funções, pode legitimamente exercer uma influência sobre o voto dos eleitores.¹³ É oportuna e bastante valiosa a definição dada por Roberto Goldschmidt em relação aos políticos: **“Um interesse legítimo da coletividade em conhecer fatos da vida privada, existe, em particular, quando tais fatos podem resultar conclusões relevantes acerca da atuação da pessoa na sua esfera pública: v.g. certos acontecimentos da vida privada de um político podem originar dúvidas acerca da sua idoneidade ou moralidade para trabalhar na vida pública.”**¹⁴ (Goldschmidt, 1965, 248)

Com efeito, a doutrina alienígena majoritária compactua do entendimento de que a divulgação de notícias sobre a intimidade dos políticos é justificável tão-somente se contribuir para a formação da opinião pública.

Por aqui, um dos grandes conhecedores das causas públicas, o eminente Hugo Nigro Mazzilli, também já se posicionou a respeito da vida particular dos políticos: **“(…) É natural que seus projetos e ações como homem público sejam divulgados. E não só isso. Se um administrador se enriqueceu ilícitamente antes ou durante o exercício do cargo, se é viciado em drogas ou foi condenado por crime contra a administração — tudo isto constitui informações que a imprensa tem o dever de investigar, ainda que digam respeito à vida privada do cidadão. Trata-se de fatos que, direta ou indiretamente, podem ter e têm efetiva repercussão na sua vida pública. Contudo, saber se um presidente tem afeto por determinada moça, se faz sessões de acupuntura, se ronca quando dorme e milhares de outras inutilidades para a coletividade — tudo isso em nada interessa ao bem comum apurar.”**¹⁵ (Mazzilli, 1995, p. 476)

5• CONSIDERAÇÕES FINAIS

A antinomia existente entre os direitos relativos à liberdade de expressão e os da privacidade do indivíduo deverá ser dissolvida mediante a utilização da equidade quando da apreciação do caso concreto pelos aplicadores da lei. Ao contrário das leis

infraconstitucionais — que utilizam certos princípios solucionadores do conflito normativo (cronológico; especialidade; e hierárquico) —, as normas constitucionais não se valem destes critérios. Resta ao intérprete tão-somente o critério do *justum*, ou seja, o do ideal de justiça que é, aliás, o fim no qual o direito é apenas o meio.

Caberá à jurisprudência sopesar a importância e a delicadeza de cada um dos interesses postos em discussão, qual a provável consequência advinda desta escolha, bem como a sua repercussão no meio social. A tarefa do Poder Judiciário, vale ressaltar, não será nada fácil, pois, os indigitados direitos, além de possuírem conteúdo bastante abstrato, desfrutam de enorme prestígio em nosso Texto Constitucional.

Bibliografia

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, vol. 2.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*, Trad. de Carmem C. Varrialle et al. 7. ed. Brasília: Universitária de Brasília, 1995, vol. 2.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

_____. *Relatório do Seminário de Ciência Política e Direito Constitucional*. Portugal, Universidade de Lusíada, biênio 92/94.

CARRILO, Marc. *Los límites a la libertad de prensa en la Constitución Española de 1978*. Barcelona, 1987.

GOLDSCHMIDT, Roberto. *La protección jurídica de la vida privada*. Milão, 1965, vol. 5.

KAYSER, Pierre. *La protection de la vie privée*. Paris, 1984, tomo 1.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O público e o privado. in: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 714, p. 476-7.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra: Coimbra, 1981, vol. 4.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Direito, política, filosofia e poesia*. Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale no seu octagésimo aniversário, Coordenadores: Celso Lafer e Tércio Sampaio Ferraz Jr. São Paulo: Saraiva, 1992.

Marcelo Bevilacqua da Cunha,
Professor de Direito na
Universidade São Francisco,
Advogado em São Paulo,
Mestrando em Direito
Constitucional na PUC - SP.

O CREDOR HIPOTECÁRIO e os embargos de terceiros

Luiz Artur de Paiva Corrêa

SUMÁRIO:

1 - Introdução. 2 - Considerações sobre a hipoteca. 3 - Considerações sobre os embargos de terceiro. 4 - Constrição judicial do bem hipotecado. 5 - Extinção da hipoteca. 6 - Defesa do credor hipotecário através dos embargos de terceiro. 7 - Defesa do embargado. 8 - Conclusão. 9 - Bibliografia.

1• INTRODUÇÃO.

A possibilidade de o credor com garantia real, *in casu* o hipotecário, opor embargos de terceiros, — quando o bem que lhe foi dado em garantia vier a sofrer constrição judicial em processo promovido por terceiros —, não se encontra pacífico em nossos Tribunais.

O certo é que, para que referido credor possa suscitar os embargos de terceiros, e obter a sua procedência, dois fatos deverão ser comprovados: falta de intimação do credor hipotecário da penhora, ou arrematação; ou a existência de outros bens de propriedade do devedor, passíveis de constrição judicial.

2• CONSIDERAÇÕES SOBRE A HIPOTECA.

Não há qualquer divergência em se considerar a hipoteca como direito real, pois assim o declara a lei de modo expresse. É direito de garantia, ou seja, traduz-se pela sua acessoriedade, tendo em vista que

depende de uma obrigação principal, que é a obrigação assumida pelo devedor, a qual procura assegurar. Um vez extinta a obrigação, ela desaparece.

A hipoteca adere à coisa e não às partes contratantes, por isso temos o direito de seqüela e o princípio da ambulatoriedade.

Por ser direito real, a hipoteca somente terá validade, em relação a terceiros, a partir da data de sua inscrição, e, caso a mesma não tenha ocorrido, somente irá subsistir entre os contraentes, não se aplicando o direito *erga omnes*.

A hipoteca é tradicionalmente um instituto da Lei Substantiva Civil, contudo, com a criação de vários títulos hipotecários, nota-se uma tendência à “comercialização da hipoteca” nos tempos atuais, conforme exposto por Humberto Theodoro Junior, em nota à obra do saudoso Prof^o Orlando Gomes.

As formas com que a hipoteca nasce pode ser convencional, legal e judicial, sendo que a mais comum, e que irá interessar o presente estudo, é a convencional.

3• CONSIDERAÇÕES SOBRE OS EMBARGOS DE TERCEIRO.

O vocábulo “embargos” deriva de *borgên*, radical que está em berganhar: embaraçar, enterrar, criar obstáculo, oposição de direitos contra decisão considerada injusta.

O nosso Código Processual utiliza-se do vocábulo embargo para se referir a numerosas formas de recursos ou procedimentos, sendo que neste estão incluídos os embargos de terceiro, que nos interessam no momento.

De conformidade com De Plácido E Silva, os embargos de terceiros constituem-se numa ação dentro de outra ação, tendo como finalidade a pretensão de direito alheio visivelmente prejudicado pela ação originária.

Para Liebman, citado por Edson Prata, os embargos de terceiro são uma ação proposta por um terceiro, em defesa de seus bens contra execuções alheias.

Terceiro, em regra geral, é aquele que não se encontra fazendo parte da causa principal, ou contra quem a sentença não é executável, ou seja, não o atinge em sua pessoa, mas pode atingi-lo em seu patrimônio.

Nos embargos de terceiro, ao contrário dos de execução, há a necessidade de citação do embargado — exequente nos autos principais — para que apresente sua peça de impugnação (defesa), sendo que nesta ocorre simplesmente a intimação do advogado para o impugnar.

Enquanto há divergência, entre nossos doutrinadores e Tribunais, no que se refere à ocorrência da revelia nos embargos, ante a ausência de impugnação, o certo é que nos embargos de terceiro, caso não haja a sua impugnação, ocorrerão os efeitos da revelia.

Os embargos de terceiro podem ser opostos por aquele que não é parte no processo e que sofre turbação ou esbulho na sua posse, pela parte que defende bens que não podem ser atingidos pela apreensão judicial, e, pelo cônjuge que defende a posse de bens dotais, próprios, reservados, ou de sua meação.

Iremos nos ater ao que se encontra disposto no art. 1.047, inciso II, da Lei Processual Civil.

Não obstante os embargos de terceiro serem opostos contra o exequente simplesmente, o certo é que o executado também deveria ser citado, na qualidade de litisconsorte, pois, a sentença que for proferida poderá atingir interesses a ele inerentes, como se acontecer, ante a liberação do bem apreendido judicialmente, no caso de procedência dos embargos. Poderá ocorrer, ainda, que o executado é quem tenha ofertado o bem à penhora, e havendo a apreensão judicial, a mesma, não obstante ordenado por autoridade judicial, se dará em razão do ato do executado, o qual nomeou bens de terceiro.

Portanto, no pólo passivo, dos embargos de terceiros, deveriam estar presentes, e sendo devidamente citados para apresentarem defesa, o exequente e o executado. Ou, na pior das hipóteses, que se procedesse a simples intimação do executado, para tomar ciência das alegações constantes nos referidos embargos, mantendo-se inerte ou manifestando — se na qualidade de terceiro interessado.

O art. 1.047, inciso II, da Lei Adjetiva Civil propicia embargos de terceiro ao credor com garantia real, entre eles o hipotecário, contudo, não implicará, necessariamente, o julgamento de procedência dos mesmos, a não ser que seja comprovada a falta de intimação da penhora, ou arrematação, do credor, ou a existência de outros bens do devedor-executado, sobre os quais poderá incidir a penhora.

A sentença que for proferida nos mencionados embargos é definitiva, desafiando, assim, recurso de apelação, havendo decidido ou não o mérito da causa, não havendo qualquer divergência entre nossos doutrinadores. Contudo não se encontra pacífico, entre os mesmos, qual a natureza jurídica da sentença proferida nos embargos de terceiro, declaratória ou constitutiva. Para Pontes de Miranda era mandamental, pois não precisava de execução; para Frederico Marques se apresenta como ação constitutiva processual; e para Lopes da Costa, após fazer diversas proposições, apresenta o entendimento de que será declaratória, em razão de simplesmente declarar o direito de terceiro. Este o entendimento, também, de Ernane Fidelis dos Santos.

Para Edson Prata, com espeque em Ronaldo Cunha Campos, e entendendo que os embargos de terceiro contêm decisão de natureza exclusivamente processual, fugindo, assim, à conhecida classificação de sentenças declaratórias, constitutivas, ou condenatórias, visto que simplesmente declara uma situação jurídica da lide, assevera que “,(...) as sentenças exclusivamente processuais não pertinem à lide, e, conseqüentemente, fugiriam da classificação acima.”.

Data venia do entendimento dos saudosos processualistas conterrâneos, ficamos com o posicionamento do também mineiro Lopes da Costa.

4• Constrição judicial do bem hipotecado.

Há decisão do STF (RTJ 105/428) entendendo que o imóvel hipotecado é impenhorável, salvo a requerimento do credor hipotecário.

Contudo o certo é que, atualmente, o credor quirografário, em execução contra devedor comum, poderá penhorar e levar à leilão o imóvel grafado com hipoteca. Entretanto o credor hipotecário poderá impedir que isto aconteça, caso comprove que o devedor comum é solvente, e indique bens livres e passíveis de penhora.

Pode-se dizer, então, que estamos diante de uma impenhorabilidade relativa e não absoluta.

O exequente que requerer a penhora de imóvel que esteja hipotecado tem o ônus de intimar o credor hipotecário da penhora ou da praça (CPC, art. 615, II), sob pena de ineficácia da alienação judicial (CPC, art. 619). O crédito do credor hipotecário, que é privilegiado, será satisfeito na própria execução, com precedência, restando ao credor quirografário a sobra. Ou seja, não haverá qualquer prejuízo para o credor com garantia real, caso o bem dado em garantia seja penhorado em outro processo, pois, o seu direito, que é preferencial, encontra-se resguardado. E, mesmo que a hipoteca não se encontre vencida, assim será considerada, caso o bem hipotecado seja penhorado, conforme expresso no art. 954, inciso II, da Lei Substantiva Civil.

Aliás, o TAcivSP, em julgado inserido na RT 448/

146, já proclamou que o credor hipotecário não tem o direito de obstar a penhora do imóvel hipotecado, em ação movida por outro credor, mormente se provada a insolvência do devedor.

Cumpra anotar que a impenhorabilidade absoluta do objeto da hipoteca, frente a outros credores comuns, pode ocorrer, quando se referir às cédulas de crédito rural e industrial, reguladas pelos Decs.-leis 167/67 (art. 69) e 413/69 (art. 57). Contudo, tal impenhorabilidade não é oponível à Fazenda Pública (CNT, art. 184).

Assim sendo, não resta qualquer dúvida sobre a possibilidade de o credor quirografário penhorar bens, de devedor comum, que se encontram grafados com ônus real.

E, caso o imóvel hipotecado venha a ser penhorado em execução e levado à praça, ao credor cédular, por ter privilégio resultante da garantia em seu favor, que se verifica através do direito de prelação, e que se concretiza no fato de pagar-se a ele prioritariamente com o produto da venda judicial do bem objeto da garantia excutida, em face da insolvência ou de descumprimento do contrato, destinando-se eventual excesso, ou sobra, como dizem alguns autores, aos demais credores, que a ele concorrerão *pro rata*.

5• Extinção da hipoteca.

Um dentre os requisitos que devem constar do contrato de hipoteca é o prazo para o pagamento da dívida, e sendo esta quitada, conseqüentemente, haverá a extinção do gravame real.

Entretanto, o credor hipotecário, mesmo que não vencido o termo, poderá dar por antecipado o vencimento da dívida, caso se configure algumas das causas disciplinadas no art. 762 do Código Civil. Pode ocorrer, também, a extinção da hipoteca, mesmo antes de vencido o prazo, quando o bem hipotecado for penhorado em outra execução, promovida por credor quirografário, conforme expresso no art. 954, inciso II, do mesmo Códex.

Entendemos que a hipoteca também estará extinta, caso o credor hipotecário tenha sido devidamente intimado da penhora e não se tenha manifestado nos autos da execução, para exercer o seu direito de credor privilegiado, deixando o processo tramitar

normalmente, ou preferindo interpor embargos de terceiro. E, sendo estes embargos julgados improcedentes, concorrerá em igualdade de condições com os demais credores no concurso de preferência, ou seja, concorrerá pro rata.

6• Defesa do credor hipotecário através dos embargos de terceiro.

Conforme já mencionado anteriormente, o credor com garantia real pode opor embargos de terceiro para desconstituir penhora efetuada em ação de execução promovida por terceiro contra devedor comum, e que tenha recaído sobre o bem dado em hipoteca, penhor ou anticrese.

O credor hipotecário poderá alegar — em seus embargos de terceiro, para tornar sem efeito a penhora efetuada, ou obstar a realização de praça designada —, a ausência de intimação. E, caso não tenha sido, realmente, intimado da penhora ou da realização da praça, esta será suspensa e nova data deverá ser designada.

No entanto, caso o credor hipotecário tenha sido cientificado da penhora ou da data da praça, poderá alegar, ainda, caso queira livrar o bem que lhe foi dado em garantia, que o devedor não possui um único imóvel, mas tem outros sobre os quais poderia incidir a penhora, sendo seu o ônus probatório. Neste caso, a penhora será declarada insubsistente e, caso tenha sido designada praça, a mesma não será realizada..

Na RTJ 110/912 encontra-se inserido ementa que enfrenta as posições até aqui colocadas: “Credor hipotecário. Embargos de terceiro. A interpretação que se recomenda dos arts. 813 e 826 do CC c/c os arts. 649, 1.047, II, e 1.054 do CPC é de que os embargos de terceiro, quando fundados na falta de intimação da arrematação ao credor têm o efeito de apenas obstar a realização da praça designada. Efetuada, entretanto, a intimação, o credor hipotecário não poderá impedir que se faça a arrematação, salvo se tiver alegado nos embargos e comprovado que o devedor possui outros bens sobre os quais poderá incidir a penhora. Recurso extraordinário conhecido e provido.”.

O credor hipotecário não poderá deduzir seus

direitos mediante simples petição nos autos em que se penhorou o imóvel hipotecado, haverá de fazê-lo através de embargos de terceiro, sob pena de não serem conhecidas as suas alegações. E, os embargos de terceiro poderão ser opostos até cinco dias depois da arrematação, adjudicação ou remissão, mas sempre antes de assinada a respectiva carta (CPC, art. 1.048).

7• Da defesa do embargado nos embargos de terceiro.

O embargado poderá deduzir as alegações contidas nos incisos do art. 1.054, do Código de Processo Civil, ou seja: I. o devedor comum é insolvente; II. o título é nulo ou não obriga a terceiro; III. outra é a coisa dada em garantia.

No *caput* do referido artigo a palavra *somente* quer dizer: *Unicamente, Apenas*. Assim sendo, poder-se-ia indagar se o referido artigo teria esgotado todas as outras possibilidades de alegações de defesa do embargado, contra os embargos do credor hipotecário? A nosso ver, além das três possibilidades de defesa consignadas nos incisos do artigo suso mencionado, há ainda a possibilidade de se alegar “o vencimento da hipoteca”, e a inércia de seu credor em receber o seu crédito garantido pelo imóvel hipotecado. Neste caso, ao credor hipotecário resta fazer valer o seu direito de credor privilegiado o concurso de preferência, conforme se orientou a nossa jurisprudência pátria (*Revista de Direito* 86/599, *Revista Forense* 59/116, RT’s 409/234, 447/190 e 477/133).

Conforme entende Roberto Latif Kfourri, ao art. 1.054, poder-se-ia acrescentar um quarto inciso, qual seja: “*está vencida a dívida vinculada à garantia*”.

Contudo há posições doutrinárias em contrário, entendendo que somente podem ser alegadas as três condições inseridas nos incisos do art. 1.054 do CPC.

O Profº Hamilton de Moraes E. Barros, comentando o art. 1.054, na sempre citada obra “Com. ao Cód. de Proc. Civ.”, Forense, 4ª ed., Vol.IX, n. 230, p. 247, assim se coloca: “Como se sabe, são os embargos de terceiro uma ação. Em consequência disso, o embargante — autor — pode invocar tudo o que lhe pareça favorável às suas

postulações e pretensões, do mesmo modo que o embargado — réu — articular as defesas que se lhe afigurem válidas e eficazes. Não existem restrições em matéria de arguições, eis a regra. A exceção, entretanto, é essa norma do art. 1.054.”

Entretanto, a nosso ver, a condição de a hipoteca já se encontrar vencida, e não havendo o seu credor tomado qualquer providência, mantendo-se inerte, também se traduz em alegação em favor do embargado, pois, não se pode tornar um bem impenhorável por tempo indeterminado, em razão de se encontrar gravado com ônus real, pois tal ato beneficiaria os maus pagadores e poderia encejar o conluio entre o devedor e o futuro credor e hipotecário.

8• Conclusão.

Pelo exposto, verifica-se que:

a) Os bens do devedor são a garantia de todos os seus credores, e, que a hipoteca especializa esta garantia sobre determinado imóvel de seu patrimônio, em proveito de um ou de mais credores, os quais possuem, não só contra o devedor, mas *erga omnes*, um direito real, consubstanciado no direito de seqüela e no princípio da ambulatoriedade;

b) O imóvel hipotecado pode ser penhorado em outras ações, promovidas por terceiros, mesmo que quirografários, não sendo o gravame da hipoteca motivo de sua impenhorabilidade, a não ser quando os bens estiverem vinculados à cédula de crédito rural (art. 69, do DL. 167/67) ou industrial (art. 57, do DL. 413/69);

c) O credor hipotecário pode impedir a constrição judicial do bem que lhe foi dado em garantia real, caso comprove a existência de outros bens do devedor, suscetíveis de penhora;

d) O credor hipotecário pode suspender a realização da praça sobre o bem que lhe foi dado em garantia, caso comprove que não foi intimado de sua realização ou da penhora efetivada anteriormente, mas tais fatos não serão empecilhos para que se faça a sua venda judicialmente; contudo haverá de se designar nova data para a praça;

e) O embargado poderá levar à praça o imóvel hipotecado, caso alegue e comprove algum dos fatos inseridos nos incisos do art. 1.054, do Código de

Processo Civil, ou prove que a hipoteca já havia sido vencida sem qualquer providência do credor hipotecário;

f) Caso o credor hipotecário tenha sido intimado da penhora nos autos da execução, e não tenha manifestado o seu direito de credor privilegiado, a hipoteca estará extinta, cabendo a este concorrer em igualdade de condições com os demais credores do devedor comum (RTJ 97/817);

g) A sentença proferida nos embargos de terceiro é declaratória e os seus efeitos se encontram nos limite da lide e das questões decididas (CPC, art. 468).

Bibliografia

BARROS, Hamilton Moraes E. *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. vol. IX.

BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Estudos de Direito Processual*. Minas Gerais: Uberaba, 1974.

COSTA, Lopes da. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

KFOURI, Latif Roberto. *Comentários. Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 491.

MARQUES, José Frederico. *Instituições do Direito Processual Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao CPC (1939)*. Rio de Janeiro, Forense.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1994.

PRATA, Edson. Conferência. in: *Revista de Processo*, nº 24.

de PLÁCIDO e SILVA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed., 1941.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Procedimentos especiais*. 3. ed. Leud.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Doutrina. in: *Revista de Processo*, nº 44.

—. *Código de Processo Civil anotado*. Rio de Janeiro: Forense.

Luiz Artur de Paiva Corrêa
Advogado e Professor do
Curso de Direito da
Universidade
de Uberaba-MG

O DANO MORAL e sua reparação

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR

Sumário:

1. Introdução. 2. A evolução da responsabilidade civil pelo dano moral. 3. A cumulação do dano material e o dano moral. 4. A liquidação do dano moral. 5. A necessidade de prudência e eqüidade no arbitramento. 6. Síntese. 7. Os rumos da jurisprudência.

1 • INTRODUÇÃO

No convívio social o homem conquista bens e valores que formam o acervo tutelado pela ordem jurídica. Alguns deles referem-se ao patrimônio e outros à própria personalidade humana, como atributos essenciais e indisponíveis da pessoa. É direito seu, portanto, manter livre de ataques ou moléstias de outrem os bens que constituem seu patrimônio, assim como preservar a incolumidade de sua personalidade.

É ato ilícito, por conseguinte, todo aquele praticado por terceiro que venha refletir danosamente sobre o patrimônio da vítima ou sobre o aspecto peculiar do homem como ser moral. **Materiais**, em suma, são prejuízos de natureza econômica e **morais** os danos de natureza não-econômica e que “se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis,

desconfortáveis, ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado.” (BITTAR, 1993, p. 31). Assim, há dano moral quando a vítima suporta, por exemplo, a desonra e a dor provocadas por atitudes injuriosas de terceiro, configurando lesões nas esferas interna e valorativa do ser como entidade individualizada (*Idem*, p. 34).

De maneira mais ampla pode-se afirmar que são danos morais os ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo, da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana (“o da **intimidade** e **consideração pessoal**”), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (“o da **reputação** ou da **consideração social**”) (*Idem*, p. 41).

2• EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DANO MORAL

Se os valores íntimos da personalidade são tutelados pela ordem jurídica, haverá necessariamente de munir-se o titular de mecanismos adequados de defesa contra as agressões injustas que eventualmente possa sofrer no plano subjetivo ou moral.

Quando se cuida de dano patrimonial, a sanção imposta ao culpado é a responsabilidade pela recomposição do patrimônio, fazendo com que, à custa do agente do ato ilícito, seja indenizado o ofendido com o bem ou valor indevidamente desfalcado. A esfera íntima da personalidade, todavia, não admite esse tipo de recomposição. O mal causado à honra, à intimidade, ao nome, em princípio é irreversível. A reparação, destarte, assume o feito apenas de sanção à conduta ilícita do causador da lesão moral. Atribui-se em valor à reparação, com o duplo objetivo de atenuar o sofrimento injusto do lesado e de coibir a reincidência do agente na prática de tal ofensa, mas não como eliminação mesma do dano moral.

Pode-se, em suma, afirmar com o apoio em Mazeaud e Mazeaud que o objetivo da teoria da responsabilidade civil pelos danos morais “não é apagar os efeitos da lesão, mas reparar os danos.” (*apud* BITTAR, *op. cit.*, p. 68).

A teoria sobre a sanção reparatória do dano moral, conquanto antiga, sofreu muitas contestações e evoluiu lentamente até chegar aos termos da concepção atual.

A abordagem do tema do dano moral, com efeito, já se fazia presente no Código de Hamurabi, na Babilônia, quase 2.000 anos antes de Cristo, onde ao lado da vingança (“olho por olho, dente por dente”), se admitia também a reparação da ofensa mediante pagamento de certo valor em dinheiro, permitindo aos estudiosos entrever nisso, a presença embrionária da idéia que resultou, modernamente, na “teoria da compensação econômica, satisfatória dos danos extrapatrimoniais” (SILVA, 1969, p. 25). Também, no Código de Manu (Índia), havia pena pecuniária para certos danos extrapatrimoniais, como, por exemplo, a condenação penal injusta. Também em Roma se admitia a reparação por danos à honra, mas, a exemplo dos Códigos de Hamurabi e Manu, a sanção

era aplicada a certos fatos e não genericamente.

A partir da **Lei Aquilia** (286 a.C.), e principalmente com a legislação de Justiniano, houve uma ampliação no campo da reparabilidade do dano moral. Há, contudo, enorme controvérsia entre os pesquisadores do Direito Romano acerca da extensão de tal ampliação, não sendo poucos os que, como Gabba, afirmam ter inexistido em Roma a regulamentação do dano moral, cuja reparabilidade teria surgido, de fato, como teoria moderna, nunca cogitada entre os antigos.

O certo, porém, é que, sem maior e mais profunda sistematização, o Direito Romano previa numerosas hipóteses em que dispensava proteção a interesses não patrimoniais por meio de ação pecuniária. Parece, assim, “fora de dúvida que ele não condenou, não desconheceu o interesse moral e, bem ao contrário, o admitiu na proporção em que a época social era com ele compatível” (MENDONÇA, p. 64). Como pensam Mazeaud e Mazeaud, a jurisprudência Romana chegou à idéia de que “na vida humana, a noção de valor não consiste apenas em dinheiro, ao contrário existe, além do dinheiro, outros bens aos quais o homem civilizado atribui um valor e que devem ser protegidos pelo direito.” (MAZEAUD e MAZEAUD, 1938, p. 366).

Ao longo da história do Direito Moderno, revelou-se penosa a elaboração da teoria de uma ampla reparabilidade do dano moral. A mais séria e insistente resistência era a daqueles que negavam a legitimidade moral da atribuição de um preço à dor. Com isso somente se admitia indenização para lesões extrapatrimoniais quando, para certos e determinados eventos, houvesse prévia e expressão previsão de sanção civil pecuniária (*numerus clausus*).

Após a descoberta dos chamados direitos de personalidade, avolumou-se a corrente dos defensores dos direitos essenciais da pessoa humana, em cujo seio assumiu posição de destaque a plena reparabilidade das lesões à pessoa, na esfera extrapatrimonial. Várias leis, em diversos países tomaram providências tutelares em defesa de direitos autorais, imagens etc. Em 1942, finalmente, o tema veio a figurar no bojo do novo Código Civil italiano.

Entre nós, embora sem maior explicitude acerca dos direitos da personalidade, a doutrina majoritária defendia a tese de que o art. 159, do Código Civil, ao disciplinar a responsabilidade civil aquiliana e ao

mencionar a reparabilidade de qualquer dano, estaria incluindo em sua sanção tanto o dano material como o moral. A jurisprudência, todavia, vacilava e predominava a corrente que negava a reparabilidade do dano moral fora das hipóteses explicitamente enumeradas em textos de lei.

Com a Constituição de 1988 veio, finalmente, o enunciado do princípio geral que pôs fim às vacilações e resistências dos tribunais (art. 5º, inc. V e X).

Hoje, então, está solidamente assentada a ampla e unitária teoria da reparação civil de todo e qualquer dano civil, ocorra ele no plano do patrimônio ou na esfera da personalidade da vítima. Há de indenizar o ofendido todo aquele que cause um mal injusto a outrem, pouco importando a natureza da lesão.

3• A CUMULAÇÃO DO DANO MATERIAL E O DANO MORAL

Antes da Constituição de 1988, mesmo quando se admitia a reparação do dano moral, a jurisprudência predominante negava sua cumulatividade com o dano material, com o pretexto de que, havendo o ressarcimento de todos os efeitos patrimoniais nocivos do ato ilícito, já estaria a vítima suficientemente reparada.

Hoje, porém, em caráter muito mais amplo, está solidamente assentado, na doutrina e na jurisprudência, não só a plena reparabilidade do dano moral, como sua perfeita cumulatividade com a indenização da lesão patrimonial. O estágio em que a orientação pretoriana repelia a cumulação, sob o pretexto de que a indenização do dano material excluiria a da lesão moral em face de um só evento ilícito, pode-se dizer que foi superada.

Em acórdãos unânimes da 3ª Turma do STJ, tem sido proclamado que:

“Se há dano material e outro moral, que podem existir autonomamente, se ambos dão margem à indenização, não se percebe porque isso não deva ocorrer quando os dois se tenham como presentes, ainda que oriundos do mesmo fato. De determinado ato ilícito decorrendo lesão material, esta haverá de ser indenizada. Se apenas de natureza moral, igualmente devido o ressarcimento. Quanto reunidas, a reparação há de referir-se a ambas. Não há porque cingir-se a uma delas, deixando a outra sem indenização.” (Resp 6.852-RS e Resp 4.235, relator:

Min. Eduardo Ribeiro, *in: Lex-JSTJ*, 29/190).

Admitiu-se, nos dois precedentes acima, que o homicídio de pessoa que exercia trabalho remunerado e mantinha a família produz tanto a lesão econômica como a moral:

“O dano material, em virtude da morte, é evidente, e devido nos termos do art. 1.537 do Código Civil. O dano moral é distinto, não se confundindo a hipótese com aquela de que resultou a Súmula n. 491 do STF.” (*idem*).

Na mesma linha de pensamento, julgou a 2ª Turma do STJ, no Resp e.604-SP (DJU, 22/10/90; Ver. Jurídica, 161/151). Finalmente, depois de reiterados e uniformes decisões, o tema veio a ser incluído nos enunciados da Súmula do STJ, sob o n. 37, *verbis*:

“São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundo do mesmo fato.”

Dois problemas sérios, todavia, subsistem: o da definição dos titulares do direito à indenização do dano moral e o do arbitramento do *quantum* indenizatório.

Quando o ofendido comparece pessoalmente em juízo para reclamar o dano moral que ele mesmo suportou em sua honra e dignidade, de forma direta e imediata, não há dúvida alguma sobre sua legitimidade *ad causam*. Quando, todavia, não é o ofendido direto, mas terceiros que se julgam reflexamente ofendidos em sua dignidade, pela lesão imposta a outra pessoa, torna-se imperioso limitar o campo de repercussão da responsabilidade civil, visto que se poderia criar uma cadeia infinita de possíveis pretendentes à reparação da dor moral, o que não corresponde, evidentemente, aos objetivos do remédio jurídico em tela.

Exige-se, por isso mesmo, muito prudência e cautela da parte dos juízes no trato desse delicado problema. Uma coisa, porém, é certa: o Código Civil prevê, expressamente, a existência de interesse moral, para justificar a ação, só quando toque “diretamente ao autor ou à sua família.” (art. 75).

Daí ser fácil aceitar que pais, esposas, filhos e irmão do ofendido direto tenham titularidade para pleitear indenização por dano moral indireto ou reflexo (TJMG, Ap. 87.244-3, Rel. Des. Bady Cury, ac. 9.4.92, *in: Revista Jurídica*, 184/58; STJ, Resp 3.604-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, *in: Revista Jurídica*, 161/151).

Já quanto ao montante da indenização a ser deferida, conta-se com o bom-senso dos juízes, que

haverão de rejeitar pedidos, deduzidos por quem não tenha legitimidade, e arbitrar com **recomendável moderação** o montante da reparação.” (STJ, Resp 6.852, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 29.4.91, *in: Lex-JSTJ*, 29/188).

No caso, por exemplo, de ofensa a um pai de família, não é razoável atribuir uma indenização de monta a cada um dos membros do conjunto familiar, mormente quando esteja integrado por menores de pequena idade, ainda sem o discernimento necessário para dar ao evento uma dimensão moral maior. É preferível ver-se na hipótese, o núcleo familiar como uma unidade ou uma comunidade, cuja honra foi ofendida e que, assim, se faz merecedora de reparação geral, em benefício conjunto de todos os seus integrantes. Não que uma criança não tenha honra a ser tutelada, mas é que a sua imaturidade não justificaria uma reparação isolada, fora do contexto maior da família.

4• A LIQUIDAÇÃO DO DANO MORAL

O problema mais sério suscitado pela admissão da reparabilidade do dano moral reside na quantificação do valor econômico a ser reposto ao ofendido. Quando se trata de dano material, calcula-se exatamente o desfalque sofrido no patrimônio da vítima e a indenização consistirá no seu exato montante. Mas quando o caso é de dano moral, a apuração do *quantum* indenizatório se complica porque o bem lesado (a honra, o sentimento, o nome, etc.) não se mede monetariamente, ou seja, não tem dimensão econômica ou patrimonial.

Cabe assim ao prudente arbítrio dos juízes e à força criativa da doutrina e jurisprudência a instituição de critérios e parâmetros que haverão de presidir às indenizações por dano moral, a fim de evitar que o ressarcimento, na espécie, não se torne expressão de **puro arbítrio**, já que tal se transformaria numa quebra total de princípios básicos do estado democrático de direito, tais como, por exemplo, o princípio da **legalidade** e o princípio da **isonomia**.”

Se a vítima pudesse exigir a indenização que bem quisesse e se o juiz pudesse impor a condenação que lhe aprouvesse, sem condicionamento algum, cada caso que fosse ter a Justiça se transformaria num jogo lotérico, com soluções imprevisíveis e as mais disparatadas. Onde estaria, então, o amparo que a

Constituição assegurou ao princípio de legalidade? Aonde iria parar o princípio do tratamento igualitário de todos perante a ordem jurídica?

Para fugir aos cálculos arbitrários, no caso de indenização por dano moral nas relações de consumo, Tupinambá Miguel Castro do Nascimento sugere o recurso à analogia, com base no art. 4º da Lei de Introdução. Uma vez que, por exemplo, o Código do Consumidor não cuidou de apontar qualquer critério, poder-se-ia lançar mão dos dados constantes do código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n. 4.117, de 27/8/62), onde existem cálculos reparatórios organizados em função de certos números de salários mínimos. **NOTA.** Esse recurso à solução analógica com as regras da Lei de Telecomunicações e da Lei de Imprensa tem sido adotado, também, pela jurisprudência. (1º TACivSP, Ap. 516.041/8, *in: Rev. dos Tribunais*, 698/104)

Já em antigo acórdão do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, Amílcar de Castro invoca as lições de Rippert, Pedro Lessa, Clóvis, Planiol e Vanni, entre outros, para afirmar que, na espécie, a indenização não compensa nem faz desaparecer a dor do ofendido. A reparação não compreende, por isso mesmo, uma “avaliação da dor em dinheiro”. Representa apenas uma forma de tutelar um bem não patrimonial que foi violado. A indenização é feita, então, como maneira de substituir um bem jurídico por outro. (*Rev. Forense*, 93/529).

Como a dor não se mede monetariamente, a importância a ser paga terá de submeter-se a “um poder discricionário”, mas segundo “um prudente arbítrio dos juízes na fixação do *quantum* da condenação, arbítrio esse que emana da natureza das coisas”. E concluía o douto Des. Amílcar de Castro

“Causando o dano moral, fica o responsável sujeito às consequências de seu ato, a primeira das quais será essa de pagar uma soma que for arbitrada, conforme a **gravidade do dano** e a fortuna dele responsável, **a critério do poder judiciário**, como justa reparação do prejuízo sofrido, **e não como fonte de enriquecimento**.” (*Rev. Forense*, 93/529).

Recomendava, ainda, o mesmo decisório que a condenação fosse ao pagamento do “que for **arbitrado razoavelmente**”, porque não se trata de “enriquecer um necessitado” nem de “aumentar a fortuna de um milionário”, mas apenas de “impor uma

sanção jurídica ao responsável pelo dano moral causado.” (*Rev. Forense*, 93/530).

A reparação do dano moral, segundo Aguiar Dias deve seguir um processo idôneo que busque para o ofendido um “equivalente adequado”. Lembra, para tanto, a lição de Lacoste, segundo a qual não se pretende que a indenização fundada na dor moral “seja sem limite”. Aliás, “a reparação será sempre, sem nenhuma dúvida, inferior ao prejuízo experimentado, mas, de outra parte, quem atribuiu demasiada importância a esta reparação de ordem inferior se mostraria mais preocupado com a idéia de lucro do que mesmo com a injúria às suas afeições; pareceria especular sobre sua dor e seria evidentemente chocante a condenação cuja cifra favorecesse tal coisa” (*apud DIAS*, 1994, p. 740).

Uma vez que nenhuma possibilidade há de medir-se pelo dinheiro um sofrimento puramente moral, Caio Mário da Silva Pereira recomenda que se faça um jogo duplo de noções:

“a) de um lado, a idéia de punição do infrator, que não pode ofender em vão a esfera jurídica alheia;

“b) de outro lado, proporcionar à vítima uma **compensação** pelo dano suportado, pondo-lhe o ofensor nas mãos uma soma que não é o *pretium doloris*.” (PEREIRA, 1986, p. 235).

Quanto à punição do culpado, a condenação “não pode deixar de considerar as condições econômicas e sociais dele, bem como a gravidade da falta cometida, segundo um critério subjetivo” — observa Caio Mário. Quanto ao ressarcimento, deve corresponder a um equivalente que a quantia de dinheiro proporciona à vítima “na proporção da lesão sofrida.” (*idem, ibidem*).

Mais do que em qualquer outro tipo de indenização, a reparação do dano moral há de ser imposta a partir do fundamento mesmo da responsabilidade civil, que não visa a criar fonte injustificada de lucros e vantagens sem causa. Vale, por todos os melhores estudiosos do complicado tema, a doutrina atualizada de Caio Mário, em torno do arbitramento da indenização por dano moral:

“E, se em qualquer caso se da à vítima uma reparação de **damno vitando**, e não **de lucro capiendo**, mais do que nunca há de estar presente a preocupação de conter a reparação dentro do razoável, para que jamais se converta em fonte de enriquecimento.” (*idem*).

Se, de um lado se aplica uma punição àquele que causa dano moral a outrem, e é por isso que tem-se de levar em conta a sua capacidade patrimonial para medir a extensão da pena civil imposta; de outro lado, tem-se de levar em conta a situação e o estado do ofendido, para medir a reparação em face de suas condições pessoais e sociais. Se a indenização não tem o propósito de enriquecê-lo, tem-se que atribuir-lhe aquilo que, no seu estado, seja necessário para proporcionar-lhe apenas obtenção de “satisfações equivalentes ao que perdeu”, como lembram Mazeaud e Mazeaud (*apud PEREIRA*, 1990, p.63-4).

Em análise recente, feita já à luz da Constituição de 1988, o grande civilista contemporâneo Caio Mário da Silva Pereira, traçou o seguinte balizamento para a fixação do ressarcimento no caso de dano moral, que, sem dúvida, corresponde à melhor e mais justa lição sobre o penoso tema:

“A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valiosos do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe **compense a dor ou o sofrimento**, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo as circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as **posses do ofensor** e a **situação pessoal do ofendido**. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne **inexpressiva**” (PEREIRA, 1990, p. 67).

Rafael Garcia Lopez, lembrado por Arruda Alvim como autor de excelente monografia sobre o assunto, ensina, coerentemente com o que se acaba de expor, que o ressarcimento da lesão aos bens que integram o âmbito estritamente pessoal da esfera jurídica do sujeito de direito, dá-se “por via satisfativa sujeita ao critério equitativo do juiz” (ALVIM, 1995, p. 119).

5• A NECESSIDADE DE PRUDÊNCIA E EQUIDADE NO ARBITRAMENTO

Impõe-se a rigorosa observância dos padrões adotados pela doutrina e jurisprudência, inclusive dentro da experiência registrada no direito comparado para evitar-se que as ações de reparação de dano moral se transforme em expedientes de extorção ou de espertezas maliciosas e injustificáveis. As duas posições, sociais e econômicas, da vítima e do ofensor, obrigatoriamente, estarão sob análise, de

maneira que o juiz não se limitará a fundar a condenação isoladamente na fortuna eventual de um ou na possível pobreza do outro.

Assim, nunca poderá o juiz arbitrar a indenização do dano moral tomando como base tão somente o patrimônio do devedor. Sendo a dor moral insuscetível de uma equivalência com qualquer padrão financeiro, há uma universal recomendação, nos ensinamentos dos doutos e nos arestos dos Tribunais, no sentido de que “o montante da indenização será fixado **equitativamente** pelo Tribunal (Código Civil português, art. 496, inc. 3). Por isso, lembra R. Limongi França, a advertência segundo a qual “muito importante é o juiz na matéria, pois a **equilibrada fixação do quantum** da indenização muito depende de sua **ponderação e critério**.” (FRANÇA, R. L. Reparação do dano moral. São Paulo, *Revista do Tribunal*, 631/36).

Para Wilson Melo da Silva, a reparação, na espécie, atenderá sempre “a superiores preceitos de **equidade**” (verbetes Dano Moral. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 22, p. 275). Exigir-se-á, invariavelmente — conforme Artur Oscar Oliveira Deda, “uma estimativa **prudente e equitativa**” (verbetes Dano Moral — a reparação. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 22, p., 290).

E para aproximar-se do arbitramento que seja prudente e equitativo a orientação maciça da jurisprudência, apoiada na melhor doutrina, exige que o arbitramento judicial seja feito a partir dos dois dados relevantes:

a) o nível econômico do ofendido; e

b) o poder econômico do ofensor; ambos cotejados com as condições em que se deu a ofensa (STJ, 4^a T., Resp 6.048-0/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 12.5.92, in: *Lex-JSTJ*, 37/55).

Aplicando a mesma orientação, que se pode dizer universal nos pretórios, o Tribunal de Alçada de Minas Gerais teve oportunidade de assentar em acórdão recente:

“Para a fixação do *quantum* em indenização por danos morais, devem ser levados em conta a **capacidade econômica do agente**, seu grau de dolo ou culpa, a **posição social ou política do ofendido**, a prova da dor” (TAMG, Ap. 140.330-7, Rel. Juiz Brandão Teixeira, ac. 5/11/92, D.J.M.G., 19/3/93, p. 9).

Em suma: a correta estimativa da indenização por

dano moral jamais poderá ser feita levando-se em conta apenas o potencial econômico da empresa demandada. É imperioso cotejar-se também a repercussão do ressarcimento sobre a situação social e patrimonial do ofendido, para que lhe seja proporcionada — como decidiu o TJ de São Paulo — “satisfação na justa medida do abalo sofrido, sem enriquecimento sem causa” (Ap. 142.932-1-3, Rel. Des. Urbano Ruiz, ac. 21.5.91, in RT 675/100).

A sentença, para não deixar praticamente impune o agente do dano moral, haverá de ser “suficientemente expressiva para compensar a vítima pelo sofrimento, tristeza ou vexame sofrido e penalizar o causador do dano, levando em conta ainda a intensidade da culpa e a capacidade econômica dos ofensores”, isto, porém, “sem chegar ao extremo de caracterizar um enriquecimento sem causa.” (TJRJ, Ap. 4.789/93, Rel. Des. Laerson Mouro, ac. 1.3.94, COAD, bol. 31/94, p. 490, n^o 66.291).

Cabe, aqui, com pertinência, a lição ministrada pelo Tribunal de Justiça do Paraná, *in verbis*: “Ao magistrado compete estimar o valor da reparação de ordem moral, adotando os critérios da prudência e do bom senso e levando em estima que o quantum arbitrado representa um valor simbólico que tem por escopo não o pagamento do ultraje — a honra não tem preço —, mas a compensação moral, a reparação satisfativa devida pelo ofensor ao ofendido.” (TJPR, Ap. 19.411-2, Rel. Des. Oto Luiz Sponholz, ac. 5.5.92, in: RP 55/206).

Para cumprir a tarefa de um árbitro **prudente e equitativo**, na difícil missão de dar reparação ao dano moral, sem cair na pura arbitrariedade, adverte a boa doutrina que:

“Ao fixar o valor da indenização, não procederá o juiz como um *fantasiador*, mas como um *homem de responsabilidade e experiência*, examaninando as circunstâncias particulares do caso e decidindo com fundamento e moderação. Árbitro prudente e moderado não é o mesmo que *arbitrariedade*” (DEDA, *Enciclopédia Saraiva. op. cit.*, v. 22, p. 290).

Se, à falta de critérios objetivos da lei, o juiz tem de se valer da prudência para atender, em cada caso, às suas peculiaridades assim como à repercussão econômica da indenização pelo dano moral, o certo é que o valor da condenação, como princípio geral, “não deve ser nem tão grande que se converta em **fonte de enriquecimento**, nem tão pequeno que se

torne inexpressivo.” (TJMG, ap. 87.244-3, Rel Des. Bady Curi, ac. 9.4.92, in: *Jur. Mineira*, 118/161).

Tentando fugir da falta de critérios objetivos, o 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo tem adotado parâmetro da Lei de Imprensa e da Lei de Telecomunicações, por analogia, já que, cuidando de ofensas morais (injúria, calúnia etc.), aqueles diplomas normativos determinam que as condenações se façam entre cinco e cem salários mínimos (Lei 4.117/62, art. 84) ou até duzentos salários mínimos (Lei nº 5.250/67, art. 52), (cf. Ap. 516.041/8), Rel. Juiz Octaviano Santos Lobo, ac. 12.5.93, in: *Revista dos Tribunais*, 698/104). Mas, mesmo dentro dos limites da citada legislação, que são elásticos e bastante amplos, haverá o julgador de pautar seu arbitramento final nos moldes da prudência e da moderação, para evitar resultados injustificáveis e que só podem contribuir para desacreditar a seriedade e justiça que nunca poderão ausentar-se dos pronunciamentos judiciais.

6. SÍNTESE

O juiz em cujas mãos o sistema jurídico brasileiro deposita a responsabilidade pela fixação do valor da reparação do dano moral, deverá fazê-lo de modo impositivo, levando em conta o binômio “possibilidade do lesante” — “condições do lesado”, cotejado sempre com as particularidades circunstanciais do fato danoso, tudo com o objetivo de alcançar:

a) um “valor adequado ao lesado, pelo vexame, ou pelo constrangimento experimentado”;

b) uma “compensação” razoável e equitativa não para “apagar os efeitos da lesão, mas para reparar os danos” (BITTAR, *op. cit.*, n. 11, p. 68), sendo certo que não se deve cogitar de mensuração do sofrimento, ou da prova da dor, exatamente porque esses sentimentos estão ínsitos no espírito humano.” (*op. cit.*, n. 13, p. 79).

A sanção civil, no caso dos danos morais, realiza, sem dúvida, por meio indireto, a tarefa de devolver o “equilíbrio às relações privadas” (BITTAR, *op. cit.*, n. 19, p. 115). Ora, tarefa como essa não pode ser desempenhada sem que o juiz, encarregado do arbitramento, leve em consideração “a situação patrimonial e pessoal das partes e a proporcionalidade ao proveito obtido com o ilícito” (*idem*, n. 34, p. 209). Daí falar-se também, com frequência na

necessidade de empregar-se, no arbitramento, o “critério de equidade”, com que se busca evitar que a reparação de dano real se transforme, pelo vulto exagerado e não-equânime na figura do *summum ius, summa injuria*. Para que se cumpra a função de desestimular a reiteração, a sanção deve ser expressiva, mas não exagerada ou desproporcional.

Dentor dessa ótica, não se deve impor uma indenização que ultrapasse, evidentemente, a capacidade econômica do agente, levando-o à ruína. Se a função da reparação do dano moral é o restabelecimento do “equilíbrio nas relações privadas”, a meta não seria alcançada quando a reparação desse consolo espiritual à vítima à custa da desgraça imposta ao agente. Não se pode, como preconiza a sabedoria popular, “vestir um santo desvestindo outro”.

Da mesma maneira, não se pode arbitrar a indenização, sem um juízo ético de valoração da gravidade do dano, a ser feito dentro do quadro circunstancial do fato e principalmente das condições da vítima. O valor da reparação terá de ser “equilibrado”, por meio da prudência do juiz. Não se deve arbitrar uma indenização pífia nem exorbitante, diante da expressão ética do interesse em jogo, nem tampouco se pode ignorar a situação econômico social de quem vai receber a reparação, pois jamais se deverá transformar a sanção civil em fonte pura e simples de enriquecimento sem causa.

Por fim, e para evitar o julgamento *ultra petita*, se a parte formula pedido certo, indicando o *quantum* reclamado como o necessário à reparação do dano moral suportado, ao juiz não é dado arbitrariamente a quantia maior. Pode reduzir a indenização mas não ampliá-la, diante da regra da adstrição da sentença ao pedido. (CPC, art. 128 e 460).

7•OS RUMOS DA JURISPRUDÊNCIA

Os Tribunais começam a receber um número inusitado de causas sobre ressarcimento de dano moral.

No Tribunal de Alçada de Minas Gerais por exemplo, noticia-se o julgamento de 1.499 ações da espécie em 1994, e calcula-se em 20% o acréscimo ocorrido em 1996. Só no primeiro semestre de 1997, já teriam sido registrado 992 recursos sobre indenizações (*Estado de Minas*, de 25/8/97).

Em primeira instância, o juiz da 21ª Vara Cível de Belo Horizonte informou, em entrevista recente, estar recebendo pelo menos uma ação de dano moral por dia, estando tramitando sob sua jurisdição, no momento, cerca de duzentas dessas causas (*Estado de Minas*, de 25/8/97).

Na mesma reportagem depôs, também, o Juiz Wander Marotta, do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, lembrando que “a lei não estabelece parâmetros”, tornando complexa a tarefa de “aferir a indenização por dano moral”. Reconheceu que “tem prevalecido o bom senso”, traduzido em “regras subjetivas seguidas pelos juizes”, que, no Tribunal de Alçada, procuram “analisar a capacidade financeira do réu” e evitar “o enriquecimento ilícito da vítima”.

Observou o Dr. Wander Marotta que “o valor arbitrado pela Justiça nem sempre satisfaz o ofendido, mas o Tribunal está atento aos limites, pois reconhece que a questão é nova e ainda atrai aventureiros.”.

Também o juiz Álvares Cabral, da 21ª Vara de Belo Horizonte informou à reportagem que “a ganância muitas vezes tem norteado as ações” (*idem*).

É cedo, porém, para ter-se uma visão segura dos critérios pretorianos de arbitramento das indenizações. Espera-se que, com o passar do tempo, alguns parâmetro venham a predominar, dentro da desejada prevalência do equilíbrio, da ponderação e da eqüanimidade, para que, enfim, se possa enfrentar a luta judicial com alguma previsão de resultado, e com alguma garantia de que ações da espécie não se transformem em perigoso jogo lotérico.

Dois exemplos de abusos foram por nós detectados recentemente: a) na Bahia, concedeu-se a uma criança de 10 ou 12 anos, uma indenização de R\$ 1.000.000,00, por ter sido acusada de apoderar-se de um caderno escolar dentro de um estabelecimento comercial, quando na verdade, sua mãe havia pago, no caixa, o respectivo preços; b) em Minas Gerais, filhos de alguns favelados mortos em acidente pleitearam da empresa responsável pelo evento R\$ 1.000.000,00, para cada dependente das vítimas.

Em ambos os casos, as pretensões indenizatórias se fundaram apenas no porte econômico das empresas que deveriam responder pela reparação. No processo da Bahia, a condenação chegou a ser proferida pelo juízo de primeira instância, desconhecendo-se o resultado do recurso interposto. No caso de Minas Gerais, a causa ainda não foi

julgada, sendo certo, porém, que para atender às diversas pretensões ajuizadas a empresa demandada, mesmo sendo de porte, estará irremediavelmente comprometida em sua sobrevivência, porque a soma das pretendidas indenizações supera, largamente, o patrimonial líquido da responsável.

Pretender uma família humilde, de operários ou de favelados, a elevadíssima verba de um milhão de reais para ressarcir o dano moral, nas circunstâncias acima, não se enquadra, de maneira alguma, nos padrões de estimativa preconizados pela doutrina e jurisprudência.

Bibliografia

- BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 5, p. 31, 1993.
- (MAZEAUD e MAZEAUD. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. 3.ed. Paris, 1938. v. 1, p. 366.)
- _____. *Responsabilité civile*. v. 1, n. 313. apud PEREIRA. *Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, n. 45, p. 63-64.
- (SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 1969, p. 25)
- MENDONÇA, Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações*. 2. ed., v. 2, n. 478, p. 64.
- NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Responsabilidade civil no código do consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991, n. 15, p. 102.
- DIAS, Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 2, p. 740. [nota 63]
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. 2, n. 176, p. 235.
- ALVIM, Arruda et al. *Código do consumidor: comentado*, 2. ed. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1995. p. 119. [nota 133]
- GARCÍA LÓPEZ, Rafael. *Responsabilidad civil por daño moral*. Barcelona: Bosh, 1990. p. 80.

Humberto Theodoro Junior
Professor da Faculdade de
Direito da UFMG.
Desembargador Aposentado do
TJMG.
Advogado. Doutor em Direito.

Os Pressupostos Processuais e as Condições da Ação

Eduardo Augusto Jardim

SUMÁRIO: I. Os pressupostos processuais, II. As Condições da ação, II.I. Das teorias da ação, II.II. Possibilidade jurídica do pedido, II.III. Interesse de agir, II.IV. Interesse processual, III. Conclusão, IV. Bibliografia.

I. OS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

O processo, por sua essência e natureza, é uma relação jurídica, cujo seu nascedouro se dá entre autor, Estado e réu, em que busca o jurisdicionado, em princípio, obter do Poder Público uma prestação que é a eliminação da lide por ato da autoridade competente.

O processualista germânico *Bülow*¹ manifestou-se acerca dos pressupostos processuais como sendo *as condições prévias para o nascimento de toda a relação processual, ou seja, as condições de existência legal da relação de direito processual*.

Desta forma, para a constituição processual é indispensável pelo menos dois elementos: o pedido de tutela dirigido ao órgão judicial competente cumprindo as formalidades legais. Também é necessário que este órgão disponha de jurisdição e competência.

A rigor, a formação da relação processual vincula três pessoas (autor, réu e juiz), constituindo-se um elo em que nele se relacionam; apresentando cada qual o seu direito rumo à composição final do litígio, conforme bem nos orienta *Hellwig*², cuja teoria é a adotada atualmente pelos avançados processualistas.

Significa então dizer que os direitos das partes se exercem perante o Estado - juiz e não diretamente de uma parte à outra, sendo a corrente dominante a que aplica a *teoria angular* orientada pelo autor acima citado, em que explicita que os direitos e deveres de cada parte são voltados ao Juiz.

Assim, a relação processual somente se torna eficiente quando iniciada por agente ativo (autor) com capacidade processual atendida, com pedido dirigido ao órgão jurisdicional legalmente investido(juiz), pois, se este absolutamente incompetente ou sem jurisdição, será ela defeituosa. Finalmente, completa-

se com a integração do agente passivo (réu) via de sua citação válida (teoria da angularidade).

O juiz é, então, a figura central do processo, pois a ele são submetidas as provas, sendo o representante do Estado no exercício do poder, cumprindo em seu mister dirigir e ordenar o curso do procedimento até o exercício pleno da jurisdição, qual seja com a sentença.

As partes, por sua vez são os sujeitos principais que pleiteiam ou contra os quais se pleiteiam a prestação jurisdicional perante o Estado - juiz.

Ainda, excepcionalmente podem haver na relação processual a intervenção de sujeitos secundários que também podem integrar a relação processual, não obstante não serem seus sujeitos principais, como por exemplo o terceiro interessado, o Ministério Público, o oponente, etc.

Como todo e qualquer ato jurídico, a prestação jurisdicional subordina-se ao estabelecimento de uma relação jurídica que seja legítima.

Pressupostos processuais são, portanto, os requisitos que a lei impõe para a formação válida da relação processual, como a relativa à capacidade das partes, a competência do juiz e a forma dos atos processuais. Em suma, são os requisitos de toda relação processual.

Cumprido ressaltar que o legislador, em nosso Código Processual Civil não utilizou a expressão “pressupostos processuais” preferindo designar de forma mais ampliada de “pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo” que, na ausência desses importa em duas hipóteses:

A primeira, dos que entendem que havendo a incapacidade processual do autor ou a irregularidade de sua representação importa em extinção do feito se a falha não for suprida em tempo e modo devidos.

A segunda, a qual entende que havendo a irregularidade ou a incapacidade, o juiz deverá fixar prazo razoável para a parte ou o terceiro promova o saneamento de suas falhas ou suprir as omissões. Caso a determinação não seja atendida o julgador observará:

- 1º) caso a providência couber ao autor deverá ser decretada a nulidade do processo com a conseqüente extinção (art. 267, IV do CPC);
- 2º) se a providência for do réu será ele considerado revel;
- 3º) se a providência couber ao terceiro, será ele excluído do feito.

Nos dois últimos casos, evidentemente, o processo prosseguirá.

Segundo a tendência mais moderna e mais atual apresentada de forma mais ampliada, classificam-se os pressupostos processuais em dois grupos: **subjetivo e objetivo**.

Para a corrente mais tradicionalista os pressupostos processuais seriam:

- a). a existência do pedido;
- b). a capacidade da parte;
- c). a existência de Juiz legalmente investido, ou seja, que tenha competência para a causa.

Estes requisitos acima elencados classificam-se como sendo de forma **subjetiva**, que estão adstritos aos sujeitos da relação processual, o juiz e as partes.

Já sob o contexto **objetivo** são:

- a). a observância da forma processual adequada a pretensão;
- b). a inexistência de coisa julgada, litispendência, compromisso ou inépcia da inicial;
- c). a inexistência de procuração ao advogado;
- d). a inexistência de nulidades.

Estes requisitos qualificados como objetivos são de duas ordens na classificação de *Galeno de Lacerda*³:

- a) *uns, extrínsecos à relação processual e dizem respeito à “inexistência de fatos impeditivos”;*
- b) *outros, intrínsecos à relação processual e dizem respeito à “subordinação do procedimento às normas legais”.*

A verdade é que uma relação processual, portanto, pode ressentir-se da falta de determinado pressuposto no momento de sua formação e, posteriormente, ao longo de seu desenvolvimento. O efeito será sempre o mesmo: **a nulidade**, com a conseqüente extinção sem julgamento do mérito, isto no caso de não ser possível a regularização processual, inclusive por negligência da parte.

O nosso Código Instrumental simplificou o assunto nesta espécie, prevendo que o processo não irá prosseguir quando o Juiz verificar:

- a). a inexistência ou nulidade de citação;
- b). a incompetência absoluta do Juízo;
- c). a inépcia da petição inicial;
- d). a conexão com outra ação já ajuizada;
- e). a incapacidade da parte;
- f). o defeito de representação ou a falta de autorização.

Para o professor *Humberto Theodoro Júnior*⁴, de forma categórica nos orienta que os pressupostos processuais são os requisitos de ordem pública, que condicionam a legitimidade do próprio exercício da jurisdição, e finaliza que não precluem e podem, a qualquer tempo, ser objeto de exame, em qualquer fase do processo e em qualquer grau de jurisdição, desde que ainda não decidido o mérito da causa.

Como acentua *Chiovenda*⁵ os pressupostos processuais são os requisitos necessários para obter-se uma pronúncia qualquer, favorável ou não, sobre o pedido, sendo eles regulados pela lei processual.

Já *Liebman*⁶ nos ensina que a ausência de um dos pressupostos torna-se irregular, inválido o processo, não podendo, por consequência, proceder nele ao conhecimento da decisão do mérito para se julgar fundada ou infundada a demanda, ao contrário, o Juiz deve limitar-se, no caso, a dar um fim ao processo, declarando não poder prover o mérito.

Em assim sendo, a função dos pressupostos processuais vem a se constituir como um elemento filtrante capaz de reter as pretensões formalmente incorretas, defeituosas ou inviáveis.

Para o eterno jurista *Pontes de Miranda*⁷ os pressupostos classificam-se em *pré-processuais* ou *processuais* que são a pretensão à tutela jurídica, a capacidade para ser parte, a capacidade civil, o poder de representação legal, ser competente o juiz ou tribunal e a necessidade de tutela jurídica.

Classificava, também, a existência dos *pressupostos processuais especiais* como sendo os que são exigidos para determinados procedimentos ou instâncias, como os de admissibilidade recursal, da reconvenção, do processo executivo, como no caso da citação para que, em 24 (vinte e quatro) horas seja paga a dívida pelo devedor, sob pena de penhora, o tempo dentro dos prazos preclusivos, de exercício de determinadas ações, como o das ações possessórias, dentre outros.

Complementou que os pressupostos pré-processuais e os pressupostos processuais devem ser apreciados de ofício.

Finaliza em seu douto entendimento que após a satisfação dos pressupostos é que se têm de examinar os chamados impedimentos processuais, que são efeitos, anexos ou não, de negócios jurídicos de direito material.

II. AS CONDIÇÕES DA AÇÃO

Diversamente dos pressupostos processuais a que aludimos acima temos as condições da ação, quais sejam, a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir *ad causam* e o interesse processual.

As condições da ação, ao contrário dos pressupostos processuais que são regulados pela lei processual o são pela lei substantiva, sendo, também, requisitos necessários para a pronúncia jurisdicional quanto ao mérito.

Para melhor esclarecimento, e enriquecimento do assunto cumpre-nos inicialmente enveredar pelos mais variados conceitos da ação para melhor discernimento.

II.1. Das teorias da ação

Segundo a teoria Civilista, também conhecida por imanentista a ação seria o direito subjetivo material em movimento, ou “a ação é o direito armado para a guerra”, trata-se de teoria já ultrapassada, pois negava a autonomia do direito da ação, pelo que afirmaram seus adeptos de então ser falso problema indagar-se a respeito da ação como categoria jurídica autônoma, era também conhecida como corrente *monista-privatista* a qual propunha como prevalência do direito subjetivo material de natureza privada.

Como nos orienta o festejado processualista baiano *Calmon de Passos*⁸ outrora também existiu outra corrente radical, que colocavam-se aqueles que defendiam a predominância da ação, tendo como singular visão o único e efetivo direito, representando o direito subjetivo material simples, sendo que atribuíam absoluta prevalência, e não exclusividade, ao direito objetivo, eram denominados *monistas-publicistas*.

Recordou o mestre Uruguaio *Couture*⁹ que a ação vem a ser *o poder jurídico que em todo sujeito de direito, de recorrer aos órgãos jurisdicionais, para reclamar deles a satisfação de uma pretensão*. Considera ele ser a ação um *direito de petição* que encontra amparo na Constituição.

Para *Chiovenda*¹⁰ a ação, por sua natureza, não pressupõe necessariamente um direito subjetivo (material) mas só existe direito de ação quando a sentença é favorável ao autor, pelo que, esta sua visão pertence também ao grupo dos “concretistas”. O

jurista italiano entende que as “condições da ação” são condições para uma resolução *favorável* ao autor. Complementando, finaliza que a ação é um direito contra o adversário e não contra o Estado; ou um poder *em face* do adversário, mais do que *contra* o adversário, tratando-se o direito da ação como direito potestativo.

Já para a teoria Abstratista, a ação é o direito abstrato de agir que não se confunde com o direito material a ser pleiteado judicialmente, sendo também norma de direito público subjetivo e abstrato, exercido contra o Estado, provocando-o a firmar a jurisdição, esta é a teoria hoje adotada pela moderna doutrina.

Nos dizeres de *Frederico Marques*¹¹ a ação é direito público subjetivo, uma vez que é dirigida contra o Estado, tratando-se de direito autônomo, conexo a uma pretensão, e de caráter abstrato, porque o pedido de tutela jurisdicional tem por fim tornar satisfeita a pretensão que gerou a lide.

Quase todos os processualistas brasileiros têm orientado seu entendimento no sentido de que ausente alguma das condições acima citadas, necessariamente haverá carência de ação, embora entendamos que a nomenclatura correta seria “carência da ação”.

Existem duas correntes doutrinárias que propugnam que as condições da ação são pressupostos de existência da própria ação, já a outra, condições para seu exercício.

Diante de tais afirmativas acima elencadas adoto a última citada, que leva ao raciocínio de que basta o ajuizamento da demanda para o exercício do direito da ação, a primeira, por sua vez, caminha no sentido de que, para sua concretização há a necessidade de análise da procedibilidade da pretensão e a formação da relação jurídica (lide).

Trata-se, na verdade da análise sobre o enfoque da existência ou não do direito **subjetivo**.

Deduz-se, então que, conseqüentemente prevalece a visão de ser a ação um direito subjetivo autônomo, que existe por si mesmo, independentemente da existência de um direito subjetivo concreto.

É então a ação um direito público subjetivo que busca o provimento jurisdicional do Estado, isto é, a busca de uma sentença, mesmo que com resultado desfavorável, importando apenas para consolidar o direito de ação que o agente apresente seu direito ao órgão jurisdicional.

Dentro então do conceito do direito subjetivo da ação, temos que ocorre, no caso, o poder da vontade do titular da pretensão, bastando para sua caracterização, sua manifestação, sua conduta voluntária, esta é atualmente a corrente dominante no Brasil, sendo assim, trata-se de direito de natureza pública, que tem em sua essência o exercício da jurisdição, que é emanado antes mesmo da instauração processual, a esta corrente seguem Alfredo Buzaid, Amaral Santos, J.J. Calmon de Passos, Arruda Alvim, Carnelutti, Couture, Lopes da Costa, dentre outros.

O festejado processualista italiano *Carnelutti*¹² afirmou que o sujeito passivo da ação não é o adversário, senão o Juiz ou, em geral, o membro do ofício, a quem corresponde prover sobre a demanda proposta pela parte.

Para ele por ação compreende-se o direito subjetivo processual das partes, que não se confunde com o direito subjetivo material, eis que um pode existir independentemente do outro, mesmo que seja a pretensão infundada.

Desta forma, diante do acima exposto, entendemos que o direito de ação também se concretiza quando o autor (sujeito ativo) a que também denominamos interessado se utiliza de direito de postular e o faz com pedido dirigido ao Poder Judiciário (sujeito passivo) ao qual mencionamos como desinteressado.

A ação é direito público subjetivo de natureza constitucional, tendo a Carta Magna de 05 de outubro de 1988 assegurado direito individual ao cidadão (artigo 5º, XXXV), de buscar do Estado o direito ao devido processo, bem como estabelece no mesmo diploma, inciso LIV, também como garantia do *devido processo legal*.

Enfim, é assegurado o direito ao provimento jurisdicional de qualquer ação independentemente de sua natureza, mesmo que favorável ou desfavorável a pretensão, justa ou injusta, eis que *independe da existência do direito subjetivo material e instrumental, porque sua finalidade é dar solução a uma pretensão de direito material. Neste sentido, é conexo a uma situação jurídica concreta*, nos dizeres da festejada professora *Ada Pelegrine Grinover*.¹³ Sendo assim, basta o ajuizamento da petição inicial para consolidar o exercício pleno do direito de ação

Na mesma tese de entendimento a que me amparo e reporto, conforme já exposto, também caminha o

professor Arruda Alvim¹⁴ que ressalta que *toda e qualquer pessoa terá o direito de acesso ao Poder Judiciário e, portanto, direito de ação, na sua acepção mais ampla, para que o Poder Judiciário - e somente este - através de uma decisão, evite que se consubstancia a lesão, afastando a ameaça.*

Destarte, conforme fartamente esclarecido trata-se a ação de um **direito autônomo e totalmente abstrato** consistente da possibilidade que tem o titular à liberdade de pleitear a tutela jurisdicional ao Estado e que, daí, posteriormente nascerá a ação no processo civil.

Ao ser ajuizada a demanda, o Órgão Jurisdicional está, conseqüentemente, obrigado a despachá-la e, mesmo que não a receba por qualquer imperfeição técnica por exemplo, estará, ainda assim, caracterizado o direito de ação.

Em nenhuma hipótese, então, poderá o Poder Judiciário se furtar e deixar de exercer o seu mister — a sua função jurisdicional de aplicar o direito, nem mesmo alegando lacuna ou obscuridade da lei, nos termos do artigo 126 do Código de Processo, eis que trata-se de dever pré — processual.

Presentes então, as condições da ação e a regularidade formal, é necessário ao Juiz sentenciar o feito julgando conseqüentemente procedente ou improcedente o pedido.

O professor Ovídio A. Baptista da Silva¹⁵ esclarece que *o direito é ou não é, existe ou não existe, tal como a faculdade de exigir sua satisfação que igualmente existe ou não existe*, o catedrático jurista ainda sustenta que procedência ou improcedência são categorias de direito processual que correspondem ao resultado da investigação que no processo se faz para determinar justamente essa existência no processo faz para determinar justamente esta existência ou inexistência do direito e da pretensão.

Finalizando, o mestre assevera que no plano do direito material, o direito existe e será sempre procedente quando invocado no processo; ou não existindo o resultado será a improcedência da demanda.

Finalmente, urge traçar um elo comparativo dos diversos dispositivos legais que tratam acerca do direito de ação em alguns países¹⁶:

Itália: Código de Processo Civil art. 100 de seguinte teor:

Interesse ad agire - Per proprore una domanda o

per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse” (81,105,246)

França: Código de Processo Civil art. 31 de seguinte teor:

“L’action est ouverte à tous ceux qui ont qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d’une prétention, sous réserve des personnes qu’elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé.”

Portugal: Código de Processo Civil art. 26 - conceito de legitimidade:

“1. O autor é parte legítima quando tem interesse directo em demandar; o réu é parte legítima quando tem interesse directo em contradizer.

2. O interesse de demandar exprime-se pela utilidade derivada da procedência da acção; o interesse em contradizer, pelo prejuízo que dessa procedência advenha.

3). Na falta de indicação da lei em contrário, são considerados titulares do interesse relevante para o efeito da legitimidade os sujeitos da relação material controvertida.”

Uruguai: Código de Processo Civil, art. 107 de seguinte teor:

“Tanto el actor como el reo deben ser personas capaces para obligarse y para litigar”

Em nosso Código de Processo Civil quis o legislador de forma concisa em seu artigo 3º orientar-nos no sentido que para propor ou contestar a ação é necessário ter interesse e legitimidade.

Passemos, então, a mencionar cada uma das três condições da ação, que são **o interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido e o interesse processual.**

II.II. Possibilidade Jurídica do pedido. — Trata-se condição que diz respeito à pretensão no ordenamento jurídico para que se admita a instauração da relação processual em torno da lide cogitada.

Caso o ato ou fato almejado não encontre respaldo em nenhuma previsão legal do direito objetivo ou quando for prestação por este proibida, incorrerá o demandante em ver seu pedido ruir ante a impossibilidade jurídica.

Existem pretensões ajuizadas com nenhuma condição de admissibilidade porque sem amparo algum no ordenamento jurídico. Para melhor compreensão temos por exemplo o caso de tentativa de recebimento

de dívida oriunda de jogo (artigo 1.477 do Código Civil), ação que visa a herança de uma pessoa que ainda viva (Código Civil, art. 1.809), oposição de embargos sem segurança do juízo, (art. 737 do CPC.), dentre outras. Em todos estas situações não se verificam presentes as condições da ação por estarem os pedidos evadidos de previsão legal que os ampare, sendo assim, seus resultados são impossíveis juridicamente.

II.III. interesse de agir — Na visão de Liebman¹⁷ a invocação da tutela jurisdicional (a ação) só pode, a princípio, pertencer a quem solicita para si, com referência a uma relação jurídica da qual seja possível pretender uma razão de tutela a seu favor.

Existe, então, o interesse quando o sujeito tem o intuito de buscar a atividade jurisdicional do Estado, para que o mesmo tutele e proteja seu interesse.

O interesse de agir está a amparar somente o seu legítimo titular, como no caso do credor que tem direito subjetivo de buscar reaver seu crédito, do proprietário de exercer os direitos inerentes a titularidade do domínio, etc.

Assim, neste prisma, conclui-se, inarredavelmente que *ninguém poderá pleitear em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei* (art. 6º do CPC.).

In casu, somente em casos excepcionais e de forma extraordinária, haverá a possibilidade de substituição processual, pois a lei somente permite a tutela jurisdicional quando prestada a seus respectivos titulares dos interesses conflitantes.

Objetivamente, mister se faz esclarecer que, o interesse de agir significa dizer ser a busca de um pronunciamento do Estado-juiz para um interesse útil, de forma necessária e adequada.

Quis o legislador expressamente no artigo 75 do Código Civil Brasileiro assegurar que o titular do direito subjetivo material tem garantido ação correspondente a sua pretensão e, logo a seguir, no artigo 76 preceituou que *é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral*, sendo assim, motivando que haja necessidade de previsibilidade legal para a situação reclamada para que se possa, então, legitimar a pretensão, e ainda, restringindo as possibilidades do exercício do direito de ação.

Conforme vimos, trata-se de antigo dispositivo civilista que, inclusive norteou que a legislação anterior

previsse em seu artigo 2º do Código Processual de 1.939 que o interesse deveria ser econômico e moral, cuja interpretação é bem restrita e já se encontra totalmente superada.

A forma necessária se apresenta quando o interessado depois de esgotados os meios extrajudiciais de autotutela ou porque somente comporte o caso solução jurídica, busca a satisfação de seus direitos pela via adequada, ou seja, pela justa composição da lide.

A forma adequada se caracteriza pela utilização da via própria, pelo emprego do remédio jurídico competente e adequado, tratando-se deste modo, como um interesse primário que detém o autor sempre quando surge a necessidade de obter, através do devido processo legal a proteção para seu direito.

É necessário intentar pedido que se adequa à pretensão, não sendo viável, por exemplo, buscar receber dívida via de um mandado de segurança, pleitear alimentos de pessoa não reconhecida, etc.

Não obstante, não significa dizer que o demandante tenha ou não razão, *mas somente que o seu pedido merece ser analisado (pelo juiz); o reconhecimento do direito material do autor é matéria de mérito, se a demanda for fundada (procedente)*, nos dizeres de Carrera Alvim.¹⁸

II.IV. interesse processual — é a necessidade que tem o autor na movimentação da máquina jurisdicional utilizando a forma legal adequada, visando o provimento conseqüente, nasce sempre com a ameaça à lesão, o perigo iminente.

Quando se transgredir um direito ou mesmo pretensão direito, o respectivo titular tem o interesse de coibir ou fazer cessar esta violação, este interesse acha-se vinculado, diretamente, ao direito substancial.

Também denominado qualidade para agir, temos a expressão muito usada: *legitimatío ad causam*, a qual significa legitimação para agir.

A legitimação ativa é exercida pelo respectivo titular do direito asseverado na pretensão, que visa exigir do juízo que se manifeste sobre o pedido, declarando se ele procede ou não, visando um fim, qual seja, uma decisão de mérito. Já na forma passiva pelo titular do interesse que se contrapõe ao afirmado na contenda.

Consiste a legitimação ativa na preeminência subjetiva da ação, ou seja, o agente deve estar

autorizado a demandar sobre o objeto da lide.

O direito da ação se define por aquela finalidade, a falta dela leva à carência da ação.

Excepcionalmente, a lei confere este direito personalíssimo a quem não seja o titular do interesse substancial mas que defenda o interesse de outrem, como no caso do gestor de negócios, o inventariante, o cidadão na ação popular, que também em nome próprio, age em defesa do interesse da administração pública.

A representação processual pelo titular da relação jurídica significa legitimação normal, quando exercida por um terceiro é chamada anômala ou extraordinária, ou também considerada substituição processual.

Para *Liebman*¹⁹ seriam duas condições de ação: o interesse e a qualidade.

O processualista *Marcos Afonso Borges*²⁰ menciona que as *condições do pedido* e não da ação são dois: que ele seja juridicamente possível e que haja qualidades para agir.

Finaliza, mantendo sua linha de raciocínio expondo que não existem cumulações de ação, carência da ação e sim cumulações de pedidos e carência de pedido.

Necessário ainda esclarecer que, externamente para validade do processo também se apresentam os pressupostos do direito da ação, isto quer dizer que em um processo absolutamente nulo somente pode existir uma decisão a ser proferida, qual seja a decretação da nulidade, sendo absolutamente impossível a decisão de mérito.

O processualista *Lopes da Costa*²¹ comenta que para que o juiz manifeste sobre o mérito é necessário que a ação seja primeiramente admissível, isto é, que a lei para a questão proposta não haja trancado ingresso à via judiciária e que exista o interesse.

A carência da ação se impõe quando se faltar uma só que seja das condições da ação, o importante de se dizer é que, de qualquer modo a consequência é a não apreciação do mérito mesmo tendo o juiz exercido seu poder jurisdicional, deixando de julgar procedente ou improcedente o pedido a que se fundou a ação.

Quanto aos temas da improcedência e a carência da ação nem sempre é possível as separações de suas conceituações e mesmo o mestre *Chiovenda*²² nem deu importância à distinção, porque na sua opinião, carência e improcedência são equivalentes: se o juiz conclui que o autor não tem direito de ação, tanto faz

que a conclusão decorra da falta de legitimidade, da falta de interesse, ou de não existir a vontade concreta de lei alegada pelo autor; em qualquer desses casos, o autor carece de ação, vale dizer, sua ação não tem procedência, é então improcedente.

Seria, então, totalmente inútil e infrutífera a discussão sobre o tema eis que, concordamos com a opinião de *Chiovenda* que nos ensina que realmente as expressões são absolutamente equivalentes e, infelizmente as discussões acerca da questão somente trazem celeuma entre os doutrinadores e também na jurisprudência, sendo importante, salientar que apenas deve existir uma análise de cada caso, importando em vislumbrar se a decisão terminativa do feito produziu ou não a coisa julgada, para impedir o reexame da controvérsia.

É oportuno salientar que existem várias teorias que se degladiam em torno do conceito da ação e historicamente cada uma discutiu à sua época de conformidade com o período de vigência daquele direito.

Após várias fases, o direito amadureceu e as relações entre o Estado e o cidadão se estreitaram ainda mais tornando-se bem próximas e acessíveis, evoluindo e estendendo com mais facilidade o direito de ação.

III. Conclusão:

Concluindo, de tudo quanto assinalamos, os pressupostos processuais são requisitos de forma externa, de **validade** da relação processual, ou seja, ou de procedibilidade da causa.

As condições da ação, são requisitos de forma interna, de **eficácia**, visando a solução final da lide, pelo processo, são, pois, requisitos de **fundamentação** de causa com conotação de direito material.

Na falta de qualquer um deles causa efeito negativo ao processo, impondo a sua extinção sem apreciação do mérito, conforme já anteriormente nos referimos. Resta-nos, finalmente, firmar conceituação das distinções entre condições da ação e pressupostos processuais.

Condições da ação são aquelas pretendidas pelo sujeito para o fim precípua de obter a decisão favorável do Estado — juiz, pressupostos processuais são os requeridos para o fim da validade do processo, de modo a conseguir o provimento jurisdicional.

Significa então dizer que as condições da ação

qualificam-se como a vivência da norma a garantir o direito como a legitimidade *ad causam* e o interesse para agir. Por sua vez, qualificam-se os pressupostos processuais a legitimidade *ad processum* a competência a relação processual.

NOTAS

¹ BÜLLOW, Oskar von. *La Teoria de las Excepciones Procesales, y los Presupuestos Procesales*. Buenos Aires, 1964, p. 1 a 4.

² HELWIG, Lehrbuch, v. 2º, p. 31, *apud* Hélio Tornagui, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1ª ed., v. II, p. 272.

³ LACERDA, Galeno de, *apud* Moacyr Amaral Santos, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. I, 19ª ed. 1997. p. 324.

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 18ª ed., v. I, p. 309.

⁵ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1974. v. I.

⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processualli Civile*. Ristampa, 1968. 2ª ed., v.I.

⁷ MIRANDA, Pontes de. *In: Comentários ao Código de Processo Civil*, 5ª ed., Forense, 1995 por Sérgio Bermutes

⁸ PASSOS, José Joaquim Calmón de. *Digesto de Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. I.

⁹ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, p. 57, 1988

¹⁰ CHIOVENDA, Giuseppe, *Saggi di Diritto Processuale Civile*, Milano: Giuffrè, 1993, v. I, p. 24.

¹¹ MARQUES, José Frederico. v. 1, 18ª ed. São Paulo : Saraiva, 1995.

¹² CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*, tomo I, p. 316, *apud* Carlos Ramirez, Arcila, pp. 116-123

¹³ GRINOVER, Ada Pelegrine e outros. *Teoria Geral do Processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 256

¹⁴ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, 4ª ed. São Paulo, 1992. pp. 102-3

¹⁵ DA SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil*. v. I. 2ª ed. 1991, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, pg. 62

¹⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de, *Ob. cit.*, pg. 6

¹⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio, *ob. cit.*

¹⁸ CARREIRA ALVIM, José Eduardo, *Elementos de Teoria Geral do Processo*, 5ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 1996, p. 152

¹⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio, *ob. cit.*

²⁰ BORGES, Marcos Afonso, *Princípios do Direito Processual Civil e Agrário*, v. I, Belém- CEJUP, 1991

²¹ COSTA, Lopes, *Manual Elementar de Direito processual Civil*, v. I, São Paulo, 1987

²² CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, pgs.262 e 460., 1ª ed. São Paulo 1942

Bibliografia

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 4ª ed. São Paulo, 1992. p. 102-3.

BORGES, Marcos Afonso. *Princípios do Direito Processual Civil e Agrário*. Belém: CEJUP, 1991. v. I

BÜLLOW, Oskar von. *La Teoria de las Excepciones Procesales, y los Presupuestos Procesales*, Buenos Aires.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*, tomo I, p. 316. *apud* Carlos Ramirez, Arcila, pp. 116-23, 1964, p. 1 a 4.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. 5ª ed., p. 152.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. I, São Paulo: Saraiva, 1974.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, 1993. v. I, p. 24.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1988. p. 57.

COSTA, Lopes. *Manual Elementar de Direito processual Civil*. São Paulo, 1987. v. I.

DA SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil*. v. I. 2ª ed. 1991, Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, p. 62.

GRINOVER, Ada Pelegrine et al. *Teoria geral do processo* 12ª ed. Malheiros, São Paulo, 1996. p. 256

HELWIG, Lehrbuch, v. 2º, p. 31, *apud* Hélio Tornagui, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1ª ed., v. II, p. 272.

LACERDA, Galeno de. *apud* Moacyr Amaral Santos. *In: Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 1997, 19ª ed., p. 324, v. I.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processualli Civile*. 2ª ed., v. I, Ristampa, 1968.

MARQUES, José Frederico. São Paulo: Saraiva, 1995. 18ª ed., v. I.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Digesto de Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. I.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *op.cit.*, p. 6

THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 18ª ed., v. I, p. 309.

Eduardo Augusto Jardim
Advogado e Professor de Direito
da Universidade de Uberaba

RESPONSABILIDADE E CULPA

Nanci de Melo e Silva

INTRODUÇÃO

A personalidade pode ser definida como o caráter ou qualidade do que é pessoal, a maneira habitual de ser de uma pessoa, o que a distingue de outra. Em sentido jurídico, exprimindo uma conquista da civilização, significa a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações, atributo do homem que o acompanha por toda a sua vida. Aliada à idéia de personalidade, a ordem jurídica reconhece ao indivíduo a capacidade para a aquisição dos direitos e para exercê-los por si mesmo, ou por intermédio ou com a assistência de outrem. Personalidade e capacidade completam-se à capacidade jurídica, ajustando-se ao conteúdo da personalidade e, neste sentido genérico, não há restrições à capacidade. A privação da capacidade implicaria na frustração da personalidade, tendo por consequência o seu aniquilamento no mundo jurídico. Entretanto a capacidade de direito pode sofrer, eventualmente, restrições, porém restrições expressamente decorrentes da lei. A regra é a capacidade.

Importante é frisar que, pelo direito brasileiro, a incapacidade resulta de coincidência da situação de fato em que se encontra o indivíduo. No caso dos portadores de doença mental, considerados pelo Código Civil “absolutamente incapazes”, necessários se fazem alguns esclarecimentos. Para efeito da

“incapacidade” importa tão somente a apuração se o ato incriminado foi praticado em um momento de “eclipse de consciência” na expressão de Caio Mário (PEREIRA, 1995). A comprovação de que a aptidão volitiva tenha faltado, quando da realização do ato é, que o invalida porque a vontade é pressuposto da ação jurídica, é a sua ausência que conduz à invalidade do ato. O instituto das incapacidades foi construído sobre uma razão normalmente elevada — a proteção dos portadores de deficiência juridicamente apreciável. Esta é a idéia fundamental que norteia aqueles que tentam descriminalizar o usuário dependente de drogas que seria considerado “incapaz” de manifestar validamente a sua vontade na ação ou omissão de ato reprovável ou antijurídico, inclusive com relação ao próprio uso da droga da qual depende física ou psiquicamente.

Entretanto, o vigente Código Civil (datado de 1916, é bom que se enfatize) dispõe expressamente sobre a incapacidade absoluta dos “loucos de todo o gênero”. A interpretação da norma legal muitas vezes fez incluir na classificação **todos** os portadores de anomalias ou deficiências que os colocassem em condições inferiores quanto a acuidade de espírito. Por essa razão, em 1965, surgiu o Anteprojeto de Código Civil que declarava que os enfermos mentais, nesse caso,

seriam aqueles **sem discernimento** para a prática dos atos da vida civil, o que foi repetido no Anteprojeto de 1973. Infelizmente permanecem apenas anteprojetos... Tal “incapacidade”, no entanto, deve ser sempre apurada e declarada em processo judicial regular, com a comprovação médica da incapacidade de manifestação válida de vontade e, neste caso, será nomeado um curador que representara o incapacitado em atos da vida civil.

A incapacidade por alienação, porém, é a que resulta de uma situação permanente. Os estados transitórios como o provocado por embriaguez, por uso de substâncias usadas em medicina para mitigação de dor ou ansiedade, por traumatismos etc., não são causadores de incapacidade nos termos da lei civil. Mas, sim, podem traduzir uma “responsabilidade sem culpa” que não implica em “irresponsabilidade” civil.

O direito origina-se do fato. Alguns fatos situam-se no domínio dos acontecimentos naturais, como o nascimento e outros, embora ações humanas, são indiferentes ao direito, tais como vestir-se, alimentar-se. No campo dos fatos humanos há voluntários e os que independem do querer individual. Os fatos voluntários — em sentido estrito, atos — podem ser obedientes à ordem constituída ou contravenientes às determinações legais e, nesse caso, integram a categoria dos atos ilícitos.

Na sua conduta anti-social o indivíduo pode agir intencionalmente ou não, pode proceder por comissão ou por omissão, pode ser apenas negligente ou imprudente. Não importa. A iliceidade da conduta está no procedimento contrário ao dever preexistente importando na violação do ordenamento jurídico. No campo do Direito Civil o ato ilícito atenta contra o interesse privado de alguém e a reparação do dano sofrido é a forma de restauração do equilíbrio rompido, embora de forma indireta. O fundamento é ético, quer se trate de ilícito civil ou mesmo criminal, imputando-se o resultado à consciência do agente.

1• FUNDAMENTOS

As figuras delituais típicas conhecidas no direito romano não podiam conter todas as hipóteses de danos reparáveis e foi necessário imaginar um fundamento para o dever de reparação. Preocupou-se a doutrina com a diversificação das noções de dolo e culpa, o primeiro como infração consciente do dever

preexistente com a consciência do resultado, a segunda como violação desse dever sem a consciência do dano (PEREIRA, 1995). Porém, considerando a inutilidade prática da diferenciação o Direito brasileiro abandonou-a — no campo do direito civil — fixando na idéia de transgressão de um dever o conceito genérico do ato ilícito. No entanto, não ficou afastada a noção de culpa.

1.1. Responsabilidade e Culpa

Comumente as idéias de responsabilidade e de culpa confundem-se. Uma das definições de culpa é “responsabilidade por ação ou por omissão prejudicial, reprovável ou criminosa” e responsabilidade é definida como “qualidade ou condição de responsável”, ou “situação de um agente consciente com relação aos atos que ele pratica voluntariamente”. (FERREIRA, 1992). Assim, culpa pressupõe a ação ou omissão prejudicial ou reprovável.

Cogitou-se na distinção da culpa em razão de sua graduação a chamada **culpa grave**, que se equipararia ao dolo, **culpa leve**, ou violação de um dever e a **culpa levíssima**, situação em que estaria um homem padrão de cuidado e probidade (PEREIRA, 1995).

Culpa, originariamente, foi o termo jurídico para indicar a infração de uma norma cometida “involuntariamente”, isto é, sem tê-la planejado e em contraposição do delírio (*dolus*), a transgressão projetada. Kant expressou a questão: “Uma transgressão involuntária mas imputável chama-se culpa; uma transgressão voluntária (isto é, unida à consciência de que se trata na verdade de uma transgressão) chama-se delito.” (ABBAGNANO, 1982). Heidegger, na década de 20, distingue dois significados do ser culpado — correspondentes aos dois significados de *Schuld* que significa dívida e culpa — o estar em dívida com alguém e o ser causa, autor ou ocasião de alguma coisa: “Nesta forma de “ter culpa” de alguma coisa pode-se ‘ser culpado’ sem ‘estar em dívida’ com alguém ou ser-lhe devedor. E, vice-versa, pode-se dever algo a alguém sem ter disso culpa.” (ABBAGNANO, 1982). A base da reflexão de Heidegger é constituída de sentimentos fundamentais que se unem não a tal ou qual objeto em particular, mas à sua existência em geral e suas modalidades: inquietude, preocupação, angústia, solidão, tristeza, sentimentos que revelam a essência do mundo. (BREHIER, 1956).

Responsabilidade, à sua vez, pode ser relacionada a atos “prejudiciais” ou “reprováveis” ou, ao contrário, a atos louváveis e apreciados. Um artista é responsável pelo seu quadro e pelo deslumbramento que traz aos que o contemplam. Do mesmo modo um engenheiro ao projetar uma ponte torna-se responsável pelos fatos decorrentes de sua utilização, tanto o encurtamento de distâncias possibilitando travessias seguras sobre rios ou abismos, quanto sua eventual queda e conseqüentes danos humanos e materiais.

A responsabilidade é a possibilidade de prever os efeitos do próprio comportamento e de corrigir o mesmo comportamento com base em tal previsão. Difere da simples imputabilidade que significa a atribuição de uma ação a um agente, como à sua causa. A propósito da noção de imputabilidade aludia Platão (*República*, X, p. 617), quando afirmava que “cada qual é a causa de sua própria escolha, ela não pode ser imputada à divindade”. O conceito e o termo “responsabilidade” são recentes e aparecem pela primeira vez em inglês e em francês (HAMILTON, 1957). A noção de responsabilidade é baseada na noção de escolha e a noção de escolha é essencial ao conceito de liberdade limitada, porque em caso de necessidade, a previsão dos efeitos não poderia influenciar na ação (ABBAGNANO, 1952).

2• IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

A evolução do pensamento jurídico desdobrou-se no sentido de que o interesse geral da coletividade deve estar acima dos interesses individuais, não significando, no entanto, o sacrifício destes interesses. Necessária é a conciliação entre as duas ordens de interesses para que seja preservada a dignidade da pessoa humana. Não é fácil encontrar esse ponto de equilíbrio, no entanto. As transformações do direito civil ocorrem em todas as suas instituições: na propriedade, no contrato, na família e na responsabilidade civil.

O individualismo jurídico fundamenta a responsabilidade civil na idéia de culpa, como fez o legislador do Código Civil brasileiro. Nessa filosofia todo dever jurídico há de resultar da vontade individual. Uma vez que a responsabilidade civil consiste na obrigação de reparar o dano causado, só se explica por atividade ou abstenção ilícita. Elaborou-se, em conseqüência, a teoria subjetiva da

responsabilidade. Estabelecida a existência do nexo causal entre o comportamento do agente e o dano há **responsabilidade por fato próprio**; quando esta relação causal repercute em terceiros a quem correrá o dever de reparar o mal causado diz **responsabilidade por fato de terceiros** e quando o dano é causado por objeto ou animal cuja vigilância ou guarda era imposta a alguém há **responsabilidade pelo fato das coisas**.

Em todos os países, entretanto, vem se alargando a idéia de culpa e estendido o princípio da responsabilidade civil onde não se pode encontrá-la em sentido estrito. Criou-se a noção de culpa presumida, dando maior consideração à vítima que ao autor do dano. Em Direito Público (Direito Administrativo) a evolução levou à **teoria do risco administrativo** que faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado pela administração, bastando a lesão sem o concurso do lesado. Basta o **fato do serviço**. Esta teoria, porém, permite a prova da culpa da vítima para excluir ou atentar a indenização.

Já se chegou à inquietante conclusão de que a norma não passaria de mera convenção social. Tal ponto de vista aparece, no curso da história de modo excepcional, no entanto, porque o que caracteriza a vigência da norma na sociedade humana e à crença sempre renovada no fundamento divino da norma. As mudanças existem, indubitavelmente, mas sempre à procura de reiteradas formas de consolidação e contra todas as aparências, são valores que terminam durando muito mais que o próprio homem.

O direito é vida, é ciência brotada da vida e destinada a regulamentar a própria vida. E, por isso mesmo, na imagem de Lacerda de Almeida, citada por Wilson Melo da Silva (1974), o direito “não poderia aspirar, na sua parte formal, àquela perenidade estática das catedrais dos idos da Idade Média, talhadas no granito desafiador do tempo.”.

A lei foi feita para a sociedade e não a sociedade para a lei. Contra a rigidez das proposições legislativas viriam chocar-se os fatos. A norma deve ser suficientemente elástica para compreender, de maneira razoável, as diuturnas mutações do meio a que se destina para que nela encontrem ressonância as aspirações de dados momentos da vida social.

Sendo o direito vida, é de sua essência a mutabilidade, não a “mutabilidade revolucionária”, mas

sem perder de vista a realidade.

A propósito, merece transcrição o trecho de conferência proferida pelo Dr. Hélio Lauar, médico psiquiatra, em recente Congresso Médico (1995):

“Ao que nos parece, essa tese (responsabilidade sem culpa, ou objetiva) poderia bem atender as diversas condições psíquicas, no sentido terapêutico, e não criaria mais um suposto espaço anti-jurídico, anti-social ou amoral, porque fosse o sujeito capaz ou incapaz psiquicamente de experimentar subjetivamente a noção ética da culpa ou da indenização do dano causado a terceiros, pelo ato infrator praticado, a lei seria ela mesma instrumento de retificação ética e conseqüentemente construtor do cidadão, pelo simples fato de reconhecer como responsável aquele que pratica a ação direta ou indiretamente.”

Assim, a culpa acabou, finalmente, também ela, por ver ampliado, ao máximo, o seu próprio conceito, na tentativa de abranger e solucionar situações novas que surgiam. Vivemos na era da máquina, dos vãos espaciais, dos robôs, dos automóveis, dos grandes parques industriais quando o próprio risco se tornou anônimo. A inovação do só critério da culpa como fundamento, único, da responsabilidade civil teria um tom anacrônico.

De fato, à doutrina individualista, sucede a corrente socialista do direito. O homem é animal social por excelência, já afirmara Aristóteles, e por isso destinado a viver na comunidade política. É o princípio da associação que concorre para a superação de nossas fraquezas, multiplicando nossas forças na criação de obras que vão beneficiando as gerações que se sucedem. Os homens nem sempre nascem com as mesmas aptidões ou suficientemente dotados de naturais elementos de defesa. Há os mais fortes e os mais fracos, há os mais ou menos providos de dotes intelectuais. Há os de maior entusiasmo e há os apáticos e os pessimistas. Na doutrina individualista partir-se-ia do homem natural, tomado como ser isolado, nascidos todos absurdamente iguais. Na doutrina socialista, o homem é considerado como um ser destinado a viver em sociedade onde encontraria o meio natural de desenvolvimento de suas aptidões.

Foi sob a inspiração dessas idéias que nasceu a chamada teoria da responsabilidade objetiva. O que importa é a causalidade entre o mal sofrido e o fato

causador. O fundamento ético está na caracterização da injustiça intrínseca que tem por base a diminuição de um patrimônio, material ou não, pelo fato do titular de outro patrimônio. É um fundamento mais humano do que o da culpa e mais profundamente ligado ao sentimento de solidariedade social. Não substitui esta teoria a da culpa, mas convive ao seu lado. Cada um deve sofrer o risco de seus atos sem cogitação da idéia de culpa, deslocando o fundamento da responsabilidade civil da noção de **culpa** para a idéia do **risco**.

Por isso, a teoria da responsabilidade objetiva, também chamada “socialização do risco” ou “responsabilidade sem culpa”, por Silva (1969), conquistou aceitação na doutrina e penetrou no princípio constitucional do art. 5º, da Carta de 1988, no capítulo “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, incisos V e X. Fazem referência à indenização por dano “material, moral ou à imagem”, ou decorrente da violação da “intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas”. Danos morais, reconhecidos pela vigente Carta Constitucional, consistem em “lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico. (...) Jamais afetam o patrimônio material. (...) E para que facilmente os reconheçamos, basta que se atente, não para o bem sobre que incidiram, mas, sobretudo, para a natureza do prejuízo final.(...) Danos morais, pois, seriam, exemplificadamente, os decorrentes das ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada qual, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida, à integridade corporal.”. (SILVA, 1949).

A teoria da culpa continua a ser fundamental, e essencial no campo do direito criminal. Autores consagrados, como Damásio de Jesus (1995), entendem que a atual Constituição revogou todas as eventuais disposições penais que ainda consagravam a responsabilidade objetiva, que já anteriormente era considerada um “retrocesso” de acordo com E. Magalhães Noronha (1986). A teoria objetiva encontrou sólida base na legislação quanto a acidentes no trabalho cujo raciocínio básico está em que aquele que se serve da atividade alheia e dela aufere benefícios responde pelos riscos a que expõe quem lhes presta aquela atividade. Ninguém cogita da culpa do patrão, que é sempre obrigado à

reparação do dano sofrido pelo seu empregado por ocasião do trabalho.

Também o Código de proteção ao Consumidor (Lei 8.078/90, art. 12) abraçou a teoria da responsabilidade objetiva, que estabelece expressamente: “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador, respondem **independentemente de culpa**, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização ou riscos.”.

Dotado o homem do livre arbítrio pode optar por uma conduta obediente ou não às normas vigentes e a culpa fundamenta sua responsabilidade na reparação de eventuais prejuízos causados a outrem. Nos dias de hoje, porém, evoluindo o próprio Direito, além da consciência de cada um, tendo em vista a coletividade acima do próprio indivíduo, a responsabilidade prescinde da comprovação de culpa. Presente, ou não, a culpa, a responsabilidade por atos lesivos ao patrimônio material ou imaterial de outrem, está e estará sempre presente; insita na idéia mesma de cidadania, que consiste tanto no gozo de direitos civis e políticos, como no desempenho dos deveres para com o Estado e com os demais cidadãos.

Por meio da “socialização dos riscos” não se pode ter em vista transacionar com a desgraça alheia. O que se visa é uma harmonização de interesses; do desejo de nenhum tipo de cerceamento de atividades livres e lícitas, fonte de onde promana o crescente progresso social; da tentativa do razoável equilíbrio, em face da diversidade de situações econômicas, e, de fato, sob o impulso da superior justiça. A responsabilidade objetiva não é a solução perfeita, não existe perfeição no Direito. Um instituto jurídico não é excelente pela perfeição absoluta, mas pela média, maior, de benefícios que apresenta em cotejo com as desvantagens nele implícitas. Os indivíduos não mais continuam a aparecer como unidades isoladas, independentes, egocêntricas. Pelo contrário, reunidos, a se prestar ajuda mútua e mútua assistência dentro da sociedade para a qual tendessem todos por uma natural inclinação como já nos fez ver Aristóteles e Santo Tomás (século XIII) ensinou fazendo uma

interpretação do universo aristotélico pelo viés do cristianismo, o “aristotelismo tomista”. (BREHIER, 1952).

A socialização dos riscos (a responsabilidade objetiva, ou sem culpa), participaria da própria justiça social, como parcela que, dela fosse. A responsabilidade objetiva vem ao encontro da realidade em que o dano deixa de ser apenas um dano às pessoas para se tornar um dano à própria coletividade e, pelo critério da justiça distributiva, mais ensejaria amplas perspectivas — amplas nos vastos domínios da responsabilidade civil —, coibindo explorações, injustiças, promovendo, por várias maneiras um melhor entendimento entre os homens e uma maior garantia de harmonia, de segurança e de paz social.

Bibliografia

- ABBAGNANO, Nicola. 1982, 1952,???????
- BORNHEIM, Gerd. O sujeito e a norma. *In*: Ética. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.
- BREHIER, Émile 1956, ??????????
- FERREIRA, Aurélio B. de H. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 8. ed. São Paulo: Nova Fronteira, 1992.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. (atual.de Humberto Theodoro Júnior). 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- HAMILTON, Alexandre. *Federalist*. *apud* McKEON, R. *Revue Internationale de Philosophie*, 1957.
- JESUS, Damásio E. de. *Código penal anotado*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- LAUAR, Hélio. *Toxicomanias: implicações legais*. (Texto para conferência sobre Temas de Medicina Legal). Simpósio paralelo ao V Congresso Médico do Nordeste Mineiro, Teófilo Otoni - MG, 1995.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 1.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1995.
- _____. *Instituições de Direito Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 3, 1995.
- SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- _____. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

Nanci de Melo e Silva
Juíza do trabalho em Belo Horizonte

Revisão e soberania popular

Adalberto Amorim Júnior

Aflora, no meio político, a possibilidade de se ampliar o poder constituinte dos parlamentares a serem escolhidos nas próximas eleições. Na prática, o que se almeja é a criação de um Congresso Revisor em 1999¹, que poderia modificar a Constituição por maioria absoluta (metade mais um do total de congressistas). A idéia é polêmica e o debate efervece na matéria.

Argumentam os revisionistas mais afoitos que o processo é necessário para implementar mais rapidez às reformas das quais o país necessita e que, ademais, não existe norma proibitiva da revisão, bastando, apenas, que se aprove uma emenda na atual Carta Magna prevendo a hipótese.

É certo que o Estatuto Maior da Nação precisa de ajustes, que a nossa estrutura tributária, previdenciária, administrativa e política carece de adequações pontuais para continuar em sintonia com a evolução da sociedade. Entretanto, o intento revisor, como pretendido, deve ser recepcionado com reservas.

Não se pode esquecer, primeiro, que o poder de modificação constitucional que os atuais deputados e senadores detêm é, apenas, derivado, isto é, secundário, provindo do poder originário que elaborou a Magna Carta e limitado a agir só nas condições e nas formas nela já previstas. Assim sendo, os atuais parlamentares estão autorizados a alterar o texto constitucional somente dentro das regras já postas no corpo da Carta.

No momento, tais regras disciplinam que a alteração no Estatuto Maior só é permitida através de emenda, proposta por, no mínimo, um terço dos membros da Câmara ou do Senado; pelo Presidente da República ou por mais da metade das Assembléias Legislativas dos Estados. A emenda apresentada, por sua vez, deve ser aprovada por quorum qualificado (três quintos de cada casa, em dois turnos). Como limite material expresso, está preceituado que nenhum processo de reforma constitucional poderá tender a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto,

secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos fundamentais individuais.

Parte da doutrina entende ainda que, além das delimitações explícitas, a Constituição, outrossim, apresenta limites implícitos ao poder reformador. Defendem os publicistas dessa linha que existem preceitos e princípios na Lei Máxima que são naturalmente intangíveis. Dentre eles, estaria a impossibilidade de se aprovar emendas concernentes ao titular do Poder Constituinte, referentes ao titular do Poder Reformador e relativas ao processo da própria emenda. Como justificativa dessa tese, aponta-se que se essas matérias pudessem ser mudadas pelo poder de emenda ordinário, de nada adiantaria a Constituição estabelecer vedações circunstanciais ou materiais a esse poder, donde se infere que alterar preceito que postula a inalterabilidade de outro, é alterar essoutro, porque torna possível alteração que era impossível...

Estas, pois, são as regras firmes impostas à observância dos senhores congressistas para tocarem na Constituição da República. O parlamentar que, arbitrariamente, desrespeitá-las, que, desprovido de consentimento popular, tentar sobrepor-se ao texto e ultrapassar os limites expressos e tácitos de seu poder de reforma, estará usurpando competência e praticando ato de subversão e de infidelidade aos mandamentos constitucionais.

Nestes termos, caracteriza-se como completamente ilegítima a pretensão do atual Congresso, *de per si*, por simples emenda, “delegar” Poder Constituinte Revisor aos próximos parlamentares. Tal aventura, com toda certeza, não prosperaria ao crivo controlador do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, é de se ponderar, antes de mais nada, que o país vive num regime democrático, que como bem definiu Lincoln, é o “governo do povo, pelo povo e para o povo”. Está na essência do espírito democrático o fato de o poder residir no povo². Toda democracia, para ser tal, repousa na vontade popular no que tange à fonte e exercício do poder, em oposição aos regimes autocráticos em que o poder emana do chefe, do caudilho, do ditador.

No plano constitucional, ensina Thouret que “o povo tem sempre o direito de rever e reformar a Constituição”. Sieyes grande precursor francês da visão moderna de Poder Constituinte, leciona que

“todos os poderes aos quais uma nação se sujeita emanam de si mesma” e que “a nação independe de toda a forma, basta que ela queira para que sua vontade se converta em lei suprema”. Rousseau também estudou o tema e concluiu que “é contra a natureza do corpo social impor normas que ele não pode revogar.”.

Dessa forma, tem-se como inquestionável caber à Nação — titular primaz do Poder Constituinte — decidir, a qualquer tempo, sobre as suas leis fundamentais. Não se deve, jamais, retirar dela, sob pena de ameaça ao regime democrático, o seu poder de querer e de mudar o seu querer ou a sua vontade.

Diante disso, torna-se razoável entender que, numa democracia, a vontade soberana do povo — diretamente exercida — pode lastrear uma alteração constitucional da magnitude ora tratada. Como já visto, o povo, sujeito do poder originário que fez a Constituição, com a sua competência ilimitada, teria, como tem, a legitimidade irretorquível e absoluta para modificar o procedimento reformista.

A Constituição da República de 1988, mesmo sendo tecnicamente rígida, não fecha as portas neste sentido. Coerente com o Estado Democrático que reinstituíu, ela deixa bem claro que foi promulgada pelo povo brasileiro (“Preâmbulo”) e que todo poder dele exclusivamente emana (art. 1º, *caput* e “Parágrafo único”). Diz ainda a Magna Carta, no mesmo dispositivo, que o exercício desse poder pode ser feito também de forma direta.

Estabelece a Lei Maior, adiante, que a soberania da nação brasileira dar-se-á pelo sufrágio universal, por voto direto e secreto, inclusive através de referendo e plebiscito (art. 14, *caput*, I, e II).

O *referendum* e o plebiscito, em acepção ampla, são qualquer decisão do povo sobre uma consulta que lhe é feita³. Eles representam o sumo da democracia participativa, onde o povo manifesta-se, sem intermediários, sobre determinado ponto, aprovando ou rejeitando norma. Essas consultas podem se operar de diversas formas: a) *constituinte*, quando se refere à reforma, revisão ou emenda da Constituição; b) *legislativa*, atinente às leis ordinárias; c) *obrigatória*, quando a consulta é exigida necessariamente pelas disposições constitucionais; d) *facultativa*, no caso de ser subordinada à livre disposição de uma autoridade ou dependente de uma petição formulada por um certo número de eleitores;

e) *consultiva*, quando o povo é previamente solicitado para exprimir a sua opinião sobre a norma (caso específico do plebiscito) e; f) *pós-legislativa*, na hipótese da manifestação popular advir sobre a norma já votada pelo Parlamento (caso típico de referendo).

Saliente-se, a propósito, que ao Congresso Nacional é permitido autorizar referendo e convocar plebiscito sobre qualquer matéria e sob qualquer das modalidades acima apontadas, já que o artigo 49, inciso XV, da CF não restringe o objeto nem o exercício dessas consultas.

Assim, tudo fica a indicar que a questão revisional, se levada mesmo a efeito, pode e deve ser decidida, democrática e diretamente, pela voz do povo. Cabe a ele e somente a ele, com a sua força soberana, com o seu imane e supremo poder de, a qualquer momento, reorganizar o Estado, escolher se modifica ou não os caminhos do Direito que ele próprio constituiu.

Posto isto, é de se concluir que Congresso Revisor em 1999, só se o povo, consultado, assim o desejar.

NOTAS

¹ Esclareça-se que a revisão no atual texto constitucional foi expressamente prevista pelo artigo 3º, do “Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”, para 1993, oportunidade que, por uma série de fatores, não foi aproveitada adequadamente.

² Etimologicamente, a palavra democracia vem de *demos*, que significa povo e *arché*, que traduz a idéia de governo.

³ Explicam alguns juristas, que, embora ambos façam parte do gênero “consulta popular”, há diferenças *stricto sensu* entre referendo e plebiscito. Este visa decidir previamente uma questão política ou institucional, antes da sua formulação legislativa, ao passo que aquele versa sobre textos de projetos já aprovados pelo Legislativo. O referendo ratifica ou rejeita o projeto aprovado, enquanto o plebiscito autoriza a formulação da medida requerida.

Bibliografia

BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990.

———. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

———. *Estado de direito e constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988.

JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1993.

———. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. São Paulo: Saraiva, 1983.

MIRANDA, F. Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. São Paulo: RT, 1970.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Resenha Universitária, 1977.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

———. Limitações ao poder de reforma constitucional, *RF 159/75*.

Adalberto Amorim Júnior —
procurador autárquico federal em
Uberaba-MG, pós-graduado na
Universidade Mackenzie – SP,
presidente do Instituto Nacional de
Direito Público – INDP.

Instruções aos colaboradores

O presente periódico é regido pelas seguintes normas para publicação:

1. A UNIJUS é administrada por um Conselho Editorial, presidido pelo Coordenador do “Núcleo de Estudos Jurídicos Promotor de Justiça Luciano Ribeiro”, na condição de membro nato, e composto por mais seis bacharéis em Direito, sendo três Representantes do Ministério Público e três indicados pela Universidade de Uberaba.

2. A Revista contará com um corpo de especialistas que emitirão pareceres sobre os artigos submetidos para publicação. Os artigos serão examinados por dois pareceristas preservando-se o anonimato tanto destes quanto dos autores, a fim de que os pareceres sejam dotados de total imparcialidade. Os conteúdos dos pareceres serão sempre levados em consideração pelo Conselho Editorial para a aprovação ou rejeição de determinado trabalho.

3. A Revista aceita trabalhos de natureza jurídica, que poderão ser apresentados por Advogados, Promotores de Justiça, Magistrados, Professores e Acadêmicos do Curso de Direito, Estagiários do Ministério Público e profissionais ligados ao Direito, tanto quanto de outros profissionais que queiram contribuir com estudos voltados para o Direito.

4. São aceitos os seguintes tipos de contribuição:

a) Artigos inéditos, com até 35 laudas de 30 linhas por 70 toques, ou 73.500 caracteres, incluindo referências bibliográficas e notas. A pertinência para a publicação de artigos com número de laudas superior ao estabelecido ou inferior a 08 será avaliada pelo Conselho Editorial.

b) Ensaio bibliográfico (resenhas críticas de apenas um livro ou de vários livros tratando de assuntos correlatos), com até 15 laudas de 30 linhas por 70 toques, ou 31.500 caracteres, incluindo referências bibliográficas e notas.

c) Resenhas bibliográficas (pequenas resenhas de livros recentes), com até 5 laudas

de 30 linhas por 70 toques, ou 10.500 caracteres,

d) Excepcionalmente, serão aceitos originais em espanhol, francês e inglês. A publicação destes trabalhos ficará submetida, contudo, à possibilidade de tradução.

5. A pertinência para publicação será avaliada pelos pareceristas *ad hoc*, no que diz respeito ao conteúdo e qualidade das contribuições e, pelo Conselho Editorial, com relação à adequação ao perfil e linha editorial da Revista, bem como quanto ao conteúdo e qualidade dos trabalhos, levando sempre em consideração os pareceres emitidos.

6. Deverão ser enviados: a) três vias do texto (em espaço duplo e margens laterais de três centímetros), incluindo a original; e b) o disquete de 3,5 polegadas, com o texto digitado em processadores de texto compatíveis com as plataformas Windows ou Macintosh.

7. Os artigos deverão ser estruturados da seguinte maneira:

Preliminares:

— **Título:** claro e objetivo, escrito na mesma língua do texto, podendo ser completado por um subtítulo não extenso.

— **Sumário:** se o texto for subdividido em itens, estes devem ser numerados e relacionados num sumário, abaixo do nome do autor.

— **Resumo:** os textos deverão ser precedidos de um resumo contendo no máximo 150 palavras na língua do texto, que, deverá expressar, de maneira clara e concisa, a proposição do trabalho, seu método de estudo, resultados e principais conclusões.

— **Notas:** mencionam-se em **notas de rodapé** informações obtidas através de canais como correspondências pessoais, comunicações, documento de divulgação restrita, trabalhos não publicados, etc. e, ainda, comentários e/ou observações pessoais do autor ou outras informações. Devem ser reduzidas ao mínimo, colocadas no pé da página separadas do texto por um traço contínuo de aproximadamente 1/3 da linha, a partir da margem esquerda, em espaço simples (um), com caracteres menores do que os usados no texto.. Usa-se espaço duplo para se separar as notas entre si. As notas não devem ocupar mais de 50% do espaço total da página e as remissões devem ser feitas por números na entrelinha superior.

— **Referência bibliográficas:** deverão aparecer no corpo do texto com o seguinte formato: sobrenome do autor, ano de publicação, página (ex. Wagley, 1997, p. 13-34).

Pós-texto:

— **Abstract:** ao final do texto deverá o autor transcrever o mesmo resumo constante no início do texto, porém no idioma inglês.

— **Bibliografia:** após o Abstract deverá vir a bibliografia em ordem alfabética, obedecendo às normas da ABNT.

8. Separadamente deverá ser enviado ofício contendo nome completo e dados profissionais do autor (cargo, titulação, instituição, profissão, cidade e Estado...), bem como seu endereço para correspondência, inclusive telefone para contato e e:mail, se possível.

9. Dar-se-á sempre conhecimento ao autor da decisão do Conselho Editorial quanto à aceitação ou rejeição de seu artigo. Neste último caso serão comunicados os motivos da recusa do trabalho.

10. O envio de originais implica a cessão de direitos autorais e de publicação à Revista, que não se compromete a devolver as colaborações recebidas.

11. Os conceitos e afirmações contidas nos artigos são de inteira responsabilidade do autor.

12. Com a publicação do texto a Revista fornecerá ao autor três exemplares da edição na qual o artigo foi editado, aumentando para cinco o número, no caso de o trabalho ter sido escrito por duas ou mais pessoas. As matérias publicadas não serão remuneradas.

13. Os ensaios bibliográficos e resenhas deverão apresentar a referência completa das obras analisadas, indicando o número de páginas de cada uma. As resenhas não deverão receber título nem conter notas ou referências bibliográficas fora do texto.

Os colaboradores deverão enviar seus textos para:

Miralda Dias Dourado

*Coordenadora do Núcleo de Estudos Jurídicos "Promotor de Justiça
Luciano Justiniano Ribeiro"*

Fórum Melo Viana

Rua Lauro Borges, n° 97 — Centro

CEP 38010-060

Informações pelo telefone (034) 332-0878

e-mail: miralda@mednet.com.br

Conselho Editorial

