

Esmese

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SERGIPE



REVISTA DA ESMESE

Temas de Direito na Modernidade

Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, n° 02. 2002

©REVISTA DA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SERGIPE

Comissão Editorial: Desª Josefa Paixão de Santana - Coordenadora; Juiz Netônio Bezerra Machado e Juíza Rosa Geane Nascimento Santos - Membros.

Coordenação Técnica e Editorial: Joana Angélica de Souza Torres
Revisão: José Ronaldson Sousa
Editoração Eletrônica: Joana Angélica de Souza Torres
Capa: Juan Carlos Reinaldo Ferreira
Patrocínio: BANESE - Banco do Estado de Sergipe

Tiragem: 500 exemplares
Impressão:Gráfica J. Andrade.

Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
Escola Superior da Magistratura de Sergipe
Palácio da Justiça, Praça Fausto Cardoso,
nº 112, 2º andar, sala 22 - Centro
CEP 49010-080 - Aracaju – Sergipe
Tel. 214-0115, Fax: (079) 214-0125
http: wvw.esmese.com.br
e-mail: esmese@tj.se.gov.br

R454 Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe.
Aracaju: ESMESE/TJ, n. 2, 2002.

Semestral

1. Direito - Periódico. I. Título.

CDU: 34(813.7)(05)



Esmese

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SERGIPE

COMPOSIÇÃO

Diretora
Desembargadora Clara Leite de Rezende

Presidente do Conselho Administrativo e Pedagógico
Desembargador José Artêmio Barreto

Coordenadores de Curso
Adriano José dos Santos
Ana Leila Costa Garcez



APRESENTAÇÃO

O Poder Judiciário e A Escola da Magistratura

O Poder Judiciário brasileiro, durante um longo período de sua história, permaneceu refratário às modificações tecnológicas e às mudanças sociais, pautando-se na tradição de um poder , distante, que atuava através de uma burocracia arraigada a fórmulas estratificadas no tempo que contribuíram para formar uma imagem de um organismo conservador e dissociado da sociedade.

A relação prestação jurisdicional como fator de bem-estar social passava sempre por complexos caminhos de procedimentos e de formas exigidos por lei que não mais correspondiam a nova dinâmica da sociedade de massa e terminavam por afastar o Poder Judiciário cada vez mais de sua função constitucional de restabelecer a paz entre os cidadãos.

Seus magistrados, egressos de uma sociedade individualista, recebiam os conhecimentos jurídicos de uma universidade em descompasso com a realidade brasileira, ministrados por professores oriundos dessa cultura liberal que predominava no início do século XX e através de um sistema educacional ultrapassado que não mais correspondia à evolução socioeconômica do país. Assim é que os

nossos cursos jurídicos formavam bacharéis com conhecimentos teóricos do Direito sem desenvolver-lhes a análise crítica capaz de adaptá-los à nova sociedade a quem seria destinada a sua aplicação. Nesse universo onde se encontrava inserido o profissional do Direito, o bacharel submetia-se a concurso público para ingresso na carreira de magistrado e, aprovado, era lançado ao exercício imediato do *munus,* enfrentando a difícil missão de dirimir os conflitos em completo despreparo para fazê-lo.

Ainda que lentamente, ao longo dos anos, essa inércia comprometedora da prestação jurisdicional ia sendo quebrada e vozes foram tomando espaço para que novos conceitos começassem a ultrapassar o isolacionismo prejudicial, lançando seus tentáculos em todo território brasileiro. As gerações de magistrados mais novas traziam para o Judiciário perspectivas inovadoras que arejavam a magistratura e se encaminhavam para as mudanças através de análises críticas rigorosas do sistema e da cultura ultrapassados. De outra parte a sociedade reclamava, inicialmente com timidez reverencial e aos poucos foram crescendo o tom dessas reclamações chegando aos níveis que estamos a presenciar.

O Judiciário dispunha de uma máquina obsoleta, lenta , que não mais correspondia à explosão da demanda provocada pelas grandes transformações socioeconômicas recepcionadas na Constituição de 1988 e que abriu outros horizontes ao exercício da cidadania, criando novos direitos e mecanismos capazes de exercitá-los. Nesse passo a demanda de ações judiciais cresce desordenadamente em decorrência das reivindicações de direitos individuais, coletivos e difusos oriundos da nova ordem constitucional. O Poder Judiciário aí se incluindo a sua máquina e seus operadores, não correspondia a essa nova realidade , mostrando-se ineficiente tecnicamente, subdimensionado e desatualizado. Nesse contexto, acorda a Sociedade Brasileira e o Judiciário ao mesmo tempo em que é por ela fortemente criticado, toma consciência do momento histórico que impõe as suas mudanças .

Era imprescindível proceder-se a uma reforma enfocando todos os aspectos que estavam a impedir sua condição de Poder eficiente e acessível na solução dos conflitos oriundos da vida em sociedade.

Muitas eram as vertentes que interferiam diretamente numa eficiência desejável. A racionalização do processo, a captação adequada dos juízes, sua formação e aperfeiçoamento e a modernização de sua máquina eram metas que, todos concordavam, deveriam ser

atingidas. Projeto sobre a reforma do Judiciário tramita há 10 anos no Congresso Nacional e sabemos que dele não se pode esperar a mudança pretendida. Outras reformas foram tentadas sem sucesso. O debate com a sociedade não foi procedido como deveria. E o Estado brasileiro não passou pela reforma que se fazia indispensável.

Surge então, a grande presença da Escola Nacional da Magistratura no sentido de fazer a sua parte na superação de tais estrangulamentos.Aceitando a missão desafiadora, valeu-se de estratégia eficaz e faz passar no Congresso Nacional pequenos projetos de reformas que iniciaram a modernização do processo civil brasileiro com o objetivo de agilizar a prestação jurisdicional. De outro lado programas de informatização foram implantados pelos presidentes de tribunais de justiça na estrutura administrativa e cartorária, que resultaram numa mudança expressiva dos antigos cartórios tornando viável um atendimento mais adequado, grande parte dos magistrados também vem recepcionando a informatização em proveito de um julgamento mais célere.

Mas o universo a ser atingido para o alcance de uma Justiça ideal ainda se encontra muito distante. O processo do seu alcance passa por decisões políticas, por mudança de cultura dos magistrados brasileiros e dos demais operadores do Direito e por um maior controle da sociedade.

Nesse brevíssimo relato do quadro geral em que se encontra o Poder Judiciário, localizamos a importância das Escolas de Judiciais como veículo de transformação do magistrado brasileiro e conseqüente contribuição na superação da crise em que se encontra a Justiça no Brasil

Ela tem missão constitucional introduzida que foi a sua necessidade através da previsão de cursos oficiais de formação e aperfeiçoamento do magistrado prevista no artigo 93,IV da Constituição Federal. A Carta de 1988 quis que a sociedade brasileira tivesse julgadores competentes, atualizados e céleres e por isso a escola da magistratura há que ser desenvolvida como um centro de estudos, de debates, como fonte de evolução do pensamento jurídico e sua correta aplicação, buscando a concretização do seu objetivo, mantendo o magistrado atualizado, conhecendo profundamente a sociedade em que presta sua jurisdição para dirimir com eficácia os conflitos, restabelecendo, assim a paz social.

É preciso, entretanto, que cada magistrado tenha consciência desse dever constitucional de manter-se bem atualizado, tomar co-

nhecimento dos novos rumos traçados pelo Direito moderno, os novos direitos fundamentais, a sua nova hermenêutica, aplicando com competência os mecanismos colocados à sua disposição, para que todos os cidadãos sejam por eles beneficiados. O aperfeiçoar-se é portanto um dever imposto pela Constituição ao magistrado brasileiro, e como tal deverá ser observado.

Sabemos que o volume de serviço com que se depara a maioria dos juízes representa uma eterna espada de Damocles sobre suas cabeças tornando o trabalho frustrante pela impossibilidade de executá-lo dentro de prazos e níveis de qualidade razoáveis,causando- lhes estresse, com reflexos diretos na sua saúde. É preciso pois, saber dosar as responsabilidades partilhando o tempo de que dispomos pelas atividades pelas quais somos responsáveis, obedecida a ordem de prioridades. É preciso lutar por um Judiciário viável que nos permita cumprir nossas tarefas com eficiência e satisfação, livres dos eternos conflitos de não estar cumprindo adequadamente o dever que lhe foi destinado. É preciso também desenvolver o hábito do estudo diário, sistemático, proceder a leituras que nos mantenham sempre bem informados no contexto social. É preciso não parar de pensar e continuar sempre no caminho do aperfeiçoamento, na busca do perfil de um juiz ideal pois, assim, estaremos certo de que o nosso objetivo está sendo alcançado e a sociedade beneficiada por uma magistratura eficiente e consciente.

Este segundo número da *revista da Escola Superior da Magistratura* é mais um esforço no sentido do aperfeiçoamento. Nele se encontram temas de aulas que foram ministradas durante o semestre e temas outros que foram desenvolvidos por magistrados a partir de suas experiências e pesquisas ou de professores da escola que dessa forma estarão escrevendo a história dessa evolução.

Estamos certos que encontramos o caminho a ser percorrido. Longo, árduo mas muito gratificante pela convicção de que estamos fazendo a nossa parte na consecução do bem comum da grande nação brasileira.

DESA. CLARA LEITE DE REZENDE,
Diretora da ESMESE

PREFÁCIO

A Escola Superior da Magistratura de Sergipe vem tentando através do aprimoramento do saber jurídico conjugado com a visão humana do juízes sergipanos, com profundo respeito ao pluralismo de idéias e estimulando a liberdade criadora e construtiva, edificar um base teórica propiciadora da formulação do inseparável binômio razão e justiça, sob os auspícios da modernidade, entendida esta expressão no seu significado de ajustamento às demandas sociais dos nossos dias, banindo das nossas concepções paradigmas falsos e superados incompatibilizados com a consciência social que deve reger o comportamento do operador do Direito da atualidade.

Busca o desenvolvimento de uma base moral que, com o culturalismo social evolucionista levará, inexoravelmente, à compreensão do Estado Democrático de Direito como imperativo de factividade.

Mas, para atingir-se este estado de consciência necessita-se mais do que de mera assimilação artificial de regras pois, como na lição do PADRE ANTÔNIO VIEIRA" *As razões próprias nascem do entendimento, as alheias vão pegadas à memória; e os homens não se convencem pela memória, senão pelo entendimento".*

Não basta, então, registrar na memória o enunciado gramatical das regras, a orientação formal doutrinária, a posição dos tribunais: é preciso entender tudo isso, assentindo ou dissentindo de tais conclusões num exercício corajoso e responsável compatível com as expectativas de justiça acalentadas pelo cidadão e autorizadas pelo pacto social cujas cláusulas fundamentais estampam-se, soberanamente, na nossa Carta Política e daí se espraiam (ou devem espraiar-se) pelas proposições legislativas e pelas soluções jurisdicionais.

Numa época em que igualdade e solidariedade tendem a ser meras figuras de retóricas; em que as condições de vida entre o vértice e a base piramidal da sociedade guardam cada vez mais uma distância abismal, o que remanesce da nossa dignidade e bom senso clama por uma mudança de postura interior e exterior, no âmbito privado e na esfera pública como tentativa de racionalizar as políticas e as ações, em nome da justiça e da paz no plano interno e externo.

Muito válida a observação de JÜRGEN HABERMAS ao dizer que " *Todas as obrigações jurídicas que asseguram a liberdade civil no plano interno e a paz mundial no plano externo, apontam para esta mesma idéia da ordem plenamente justa. Coerção já não pode mais, então, ser exercida na forma de dominação pessoal ou de auto-afirmação à força, mas só de tal modo que apenas a razão tenha poder" (*MUDANÇA ESTRUTURAL DA ESFÉRICA PÚBLICA, Biblioteca Tempo Universitário-76, Tradução de Flávio L. Kothe, Editora Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro).

A contemporaneidade atual reclama uma absorção de toda a legislação como mandado de conteúdo social. E se assim o é, destina-se toda ela a produzir transformações para o grande concerto social

Ao juiz, em qualquer grau de jurisdição, é cometida a tarefa de decidir comprometido com essas transformações, num construtivismo jurídico concretista, materialmente ético e espiritualmente humanizante.

Impende, pois, por dever de ofício e ditame da consciência preparar-se, a cada dia, para realizar esse desígnio redentor.

Para tanto é imperioso perceber a direção para onde apontam os reclamos e a indignação humanos.

O maior pecado contra as liberdades públicas numa democracia que se pretende participativa, é a acomodação, o silêncio, a estagnação.

Esta revista propõe-se a ser veículo condutor de novas idéias conectadas com a racionalidade marcante no nosso tempo, notadamente no campo jurídico-social, sacudindo a poeira conservacionista no que ela tenha nocivo e antípoda do pensamento racional estruturador de uma ordem jurídica mais justa e humana, consciente de que conhecimento não é apenas observar e compreender, mas, ainda, tranformar.

DR. NETÔNIO BEZERRA,
Membro Conselho Editorial

SUMÁRIO

Escola Superior da Magistratura de Sergipe



Sumário

DOUTRINA 17

O PAPEL DO JUIZ NO PROCESSO PENAL
Adauto Suannes 19

ASPECTOS PROCESSUAIS DO USUCAPIÃO URBANO COLETIVO
Alexandre Freitas Câmara 41

EMPRESAS DE ENERGIA ELÉTRICA E O USO DO SOLO URBANO
Carlos Augusto Alcântara Machado.Promotor de Justiça/SE 53

O REGIME CONSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS
Carlos Ayres Britto 71

CONVERSIBILIDADE DE RITO, DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E LITISCONSÓRCIO EVENTUAL
Fredie Didier Jr. 85

HÁ ESTABILIDADE DO EMPREGADO PÚBLICO?
Ana Luísa Celino Coutinho 105

A CONTRIBUIÇÃO DAS DOUTRINAS SOCIALISTAS PARA O DESENVOLVIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
Fabio T. C. Ribeiro 113

RIGIDEZ E FLEXIBILIDADE CONSTITUCIONAL
André Rodrigues Espínola 131

GUARDA DE MENOR – CAMINHANDO PARA UMA ÉTICA HUMANÍSTICA
Netônio B. Machado 147

O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A PERÍCIA DE DNA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE
Francisco Alves Junior 155

A PRISÃO CAUTELAR COMO EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DO ESTADO DA INOCÊNCIA .....
José Anselmo de Oliveira 201

O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002
João Hora Neto 229

"O NOVO CONCEITO DE INFRAÇÃO PENAL DE PEQUENO POTENCIAL OFENSIVO E A AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS CRIMINAIS EM RAZÃO DA LEI DOS JUIZADOS FEDERAIS" .....
Evânio José de Moura Santos 243

A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL
José Amintas Noronha de Meneses Júnior 258

O PAPEL SOCIAL DO PROFISSIONAL DO DIREITO
Marcos Roberto Gentil Monteiro 315

OBSERVAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO DO DIREITO
Wildney Marcus de Azevedo Silva
Wilney Magno de Azevedo Silva **323**

A LIMITAÇÃO DA IMUNIDADE PARLAMENTAR – APONTAMENTOS SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 35/2001
Maurício Gentil Monteiro **347**

VERTENTES HERMENÊUTICAS DE RISCO PARA A CIDADANIA
José Sérgio Monte Alegre **361**

DOUTRINA

Escola Superior da Magistratura de Sergipe



O PAPEL DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

Adauto Suannes – Des. apos. do Tribunal de Justiça de São Paulo, membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, da Associação Juízes para a Democracia, do Instituto Interdisciplinar de Direito de Família e do Tribunal de Ética da OAB/SP.

Resumo: 1. A Finalidade do Processo Penal 2. A Grande Carta das Liberdades; 3. O Julgamento Justo; 4. O Devido Processo Legal Substancial; 5. O Devido Processo Legal Formal; 6. Defesa Técnica e Defesa Pessoal; 7. O *Due Process of Law* na Jurisprudência Brasileira; 8. O Papel do Juiz no Processo Penal

1.A FINALIDADE DO PROCESSO PENAL

Muitos de nossos autores aceitam passivamente a possibilidade de um processo penal misto (inquisitivo na procura da verdade; garantístico[1] ao limitar a atuação do juiz, por força do princípio do contraditório), em nome de um necessário combate à criminalidade, como se um processo acusatório puro inviabilizasse aquele combate, de que deve cuidar o Poder Executivo.

Tem-se dito, em realidade, que o processo penal tem por finalidade o esclarecimento de fatos criminalmente típicos e, portanto, o restabelecimento da verdade ou obtenção de certeza sobre como eles se passaram. Parece-nos, no entanto, chegado o tempo de pormos fim à velha afirmação no sentido de que o Direito Processo Penal é "a disciplina jurídica que se ocupa com a atuação jurisdicional do Direito Penal"[2], ou que, sendo o Direito Processual "uma ciência autônoma no campo da dogmática jurídica", tem tal ciência (sic) como finalidade "conseguir a realização da pretensão punitiva derivada da prática de um ilícito penal, ou seja, aplicar o Direito Penal"[3]. O último autor refe-

rido, continuando a identificar Direito Processual Penal com processo penal, afirma: “tem, portanto (o Direito Processual Penal) um caráter instrumental: constitui o meio para fazer atuar o direito material penal, tornando efetiva a função deste de prevenção e repressão das infrações penais”[4].

Que o Direito Processual Penal, como ciência, seja o ramo do Direito Público que estuda o processo penal (conjunto de atos que se sucedem logicamente e que se destinam a alguma finalidade prática) parece de todo óbvio. Mas, qual a finalidade desse processo, enquanto aplicação prática dos conceitos estudados naquela ciência?

Para o clássico Santoro, o processo penal é um conjunto de atividades voltadas para a finalidade da descoberta da existência de um crime e seu autor, objeto de condenação, se afirmativa a pesquisa[5]. Na conhecida afirmação de Cordero, pretendendo simplificar as coisas, “nel processo penale il tema della decisione consiste nel puro e semplice dovere di punire, affermato o negato secondo che sia o meno risultata l´esistenza del reato”[6]. Sua finalidade, em suma, é o dever puro e simples de punir o culpado ali reconhecido.

Coisa diversa não dizia De Marsico: “o direito processual penal estuda o conjunto das normas ditadas pela lei, para aplicação do Direito Penal na esfera judiciária, tendo por fim não só a apuração do delito e a atuação do direito estatal de punir em relação ao réu, mas também a aplicação das medidas de segurança adequadas às pessoas socialmente perigosas e a decisão sobre as ações conexas à penal”[7].

É difícil imaginar que o Estado, com todo o poder de que dispõe, necessite de um processo judicial para condenar alguém. A prisão em flagrante (quem define o que é uma prisão em flagrante é o próprio Estado, autor da futura ação penal onde invocará o conceito por ele mesmo criado) ou a prisão para averiguações (que eufemisticamente ele chama de “prisão temporária”, como se houvesse entre nós prisão que não o fosse) estão aí para demonstrar isso. Para não falarmos em tantas mortes ocorridas “em tiroteio” ou mesmo no interior de presídios, quando a suspeita de pura e simples execução não pode ser descartada.

Uma referência histórica, porém, mostrará que aqueles conceitos devem ser revistos.

2. A GRANDE CARTA DAS LIBERDADES

O sistema jurídico inglês como hoje se conhece iniciou-se nos primórdios do século XI, com a invasão da Inglaterra pelos normandos. Ao adaptar suas leis aos costumes locais, estes criaram um sistema de regras consuetudinárias, que culminaram na redação da *Magna Carta Libertatum*, normatização de princípios e regras garantísticas que deveriam reger a vida dos cidadãos ingleses.

A aplicação daqueles princípios por parte dos Magistrados veio a criar um corpo de normas não-escritas, aplicáveis judicialmente por força do precedente (a chamada *stare decisis*, ou a necessidade de serem estabilizadas as decisões anteriores sobre o mesmo tema), conhecido como Direito Comum, ou, no original, *Common Law*.

A origem daquele documento foi bastante tumultuada, valendo notar a habilidade dos nobres ingleses que, descontentes com os rumos do governo, vinham de longa data reivindicando o retorno de seus privilégios, que os reis autoritários só faziam diminuir.

O rei Ricardo, filho de Henrique II, celebrizado por Sir Walter Scott como o heróico líder das cruzadas com o epíteto de Coração-de-Leão, era, na verdade, um homem imaturo, pouco afeito a seus deveres de soberano e extrema-mente belicoso. Assumiu o trono depois de envolver-se em luta com seu pai e seus irmãos. Embora rei, abandonava as coisas do governo para dedicar-se a lutas externas e à procura do misterioso Santo Graal. Essas aventuras levaram o país a uma situação de quase-falência, o que exigia a elevação dos tributos, o que mais elevou sua impopularidade. Seu curto reinado (cerca de 10 anos), sucedendo a outro monarca bastante impopular, em nada contribuiu para o prestígio da monarquia.

John, também filho de Henrique II, sucedeu ao irmão Ricardo I no trono da Inglaterra, que assumiu em 1199, com apenas 32 anos de idade. Era um período de grande tumulto, em razão não só das dívidas por ele herdadas como por estar o país envolvido em guerra com a França, que reivindicava as regiões de Anjou, Normandia e a Bretanha, pertencentes à coroa britânica. Isso trazia inquietação entre os nobres desde o reinado de Henrique II, que, tanto quanto seu primogênito, haviam governado com poderes cada vez maiores.

John não era, como fora seu irmão, um guerreiro. Ironicamente, era culto, versado em Direito. Entretanto, herdou a situação caótica do Reino, que seu irmão havia levado praticamente à falência. Os barões, que não aceitavam o modo como os reis vinham limitando a autoridade deles, não tinham, porém, um pretexto adequado para insurgirem-se contra o soberano, mesmo porque a reivindicação do re-

torno de seus privilégios faria voltar-se contra eles a ira do povo.

O próprio rei, contudo, lhes deu esse motivo quando se recusou a aceitar a designação de Stephen Langton para assumir o Arcebispado de Canterbury, em 1206, insurgindo-se contra a autoridade papal. O papa Inocêncio III, em represália, determinou o fechamento de todas as igrejas do país, o que significou ficar o sofrido povo inglês sem o refrigério trazido por sua fé. A insatisfação popular levou o soberano a reconsiderar seu ato, submetendo-se à autoridade papal em 1213. Esse precedente seria habilmente explorado pela nobreza no futuro.

De fato, no ano seguinte, uma fracassada tentativa do rei de retomar parte das terras ocupadas pela França elevou o clima de confronto entre o baronato e o soberano. Estrategicamente, encarregaram ninguém menos do que o arcebispo de Canterbury para redigir uma petição dirigida ao rei John (alcunhado Lackland, ou João Sem-terra, em face de suas derrotas d´além-mar, ou, segundo outros, por haver sido deserdado pelo pai), onde era reivindicado o reconhecimento de alguns direitos dos súditos em face do monarca. Eram 63 temas, a maioria dos quais, porém, interessava apenas ao baronato.

Inicialmente o rei recusou-se a apor o selo real no documento, o que justificou que os nobres tomassem a cidade de Londres, ameaçando alastrar a revolta por todo o país.

No dia 15 de junho de 1215 o rei John finalmente reconheceu que não tinha escolha e acolheu a petição, comprometendo-se a pautar sua conduta em relação aos súditos de acordo com o ali proposto. Era uma saída estratégica para tentar acalmar a população, que, incentivada pelo clero, ameaçava uma insurreição. Nos poucos meses que se seguiram (o rei morreria no ano seguinte), João Sem-terra demonstrou pouco apreço às promessas feitas, o que fez retornar o clima de insurreição.

Morto João, assumiu o trono seu filho, Henrique III, que, 10 anos depois, finalmente negociou a redação definitiva do documento, pondo fim à rebelião.

A partir daí, o sistema do direito comum (*common law*) foi sendo incrementado, a partir de decisões dos Magistrados reais (os *king's judges*), que percorriam o território do Reino para decidir as controvérsias. Para bem decidir, os julgadores se informavam sobre os hábitos locais, julgando em conformidade com tais costumes, o chamado *law of the land*.

Em 1265 foi proposta a criação do Parlamento, formado por representantes do baronato e representantes da classe média, o que

consolidou de vez os preceitos da Great Charter.

Como facilmente se observa, esse corpo de regras e princípios teve o inegável propósito de reduzir o poder do soberano em benefício da segurança jurídica dos súditos. E tanto o rei percebera isso que declarara, ao assinar a Carta: “why do they not ask for my kingdom?”. Ou seja, já que querem todo o meu poder, por que não ficam logo com o reino?

A chamada due process clause teve sua origem na ressalva final do capítulo 39 da celebrada Carta. Assim dispunha, em sua redação original, aquele texto: “ne corpus liberi hominis capiatur, nec imprisonetur, nec dissuasietur, nec utlagetur, nec exsuletur, nec aliquo modo destruatur, nec rex eat vel mittat super eum vi, nisi per juditium parium suorum vel per legem terrae”.

Em português assim soaria: “nenhum homem livre será detido, preso ou sofrerá confisco, ou posto fora da lei, ou exilado, ou de outro modo destruído, nem nós (o rei) iremos sobre ele, nem enviaremos alguém contra ele, senão por força de um julgamento legal por seus pares ou pela lei do local”.

Segundo o comentarista Sir Edward Coke, a expressão “the law of the land” deve ser entendida tanto como a própria common law, como o direito codificado ou mesmo o simples costume vigente na Inglaterra.[8]

Claro que não se alude aí à expressão clássica, que teria aparecido somente em 1354, quando um ato do rei Eduardo III, atendendo a uma petição que lhe havia sido apresentada, assim se expressava: “no man, of what state or condition soever he be, shall be put out of his lands, or tenements, nor taken, nor imprisioned, nor indicted, nor put to death, without he be brought in to answer by due process of law”[9]. Em português: “nenhum homem, de qualquer estado ou condição que seja, será expulso de suas terras ou posses, nem detido, nem preso, nem indiciado nem levado à morte sem que seja chamado para responder (a uma acusação) sob o devido processo legal”.

3. O JULGAMENTO JUSTO

Basicamente, a noção de fair trial, de processo (ou julgamento) justo originalmente implica na idéia de que uma condenação somente pode sobrevir após ter sido dada ao acusado a oportunidade de ser ouvido e de apresentar sua versão dos fatos. “Justice requires that a

hearing and an opportunity to present defenses must precede condemnation".[10]

David J. Bodenhamer, estudando a evolução dos direitos do acusado na história norte-americana, registra, forte em julgados da Suprema Corte, que "a história da liberdade norte-americana é, em não pouca monta, a história do processo"[11]. Registra ele, na mesma passagem, uma epígrafe do Juiz Felix Frankfurter, que expressa "um fundamental artigo de fé em nossa herança constitucional: liberdade e direitos não podem existir sem devido processo legal".

"Procedural fairness and consistency are essential elements of due process", um conceito que tem sido há muito a pedra de toque da jurisprudência anglo-americana. Embora lhe falte uma definição precisa, os juristas têm dado dois significados à frase – "devido processo sob o aspecto procedimental (ou a insistência na observância de predeterminadas regras para os casos a serem julgados) e devido processo substancial (ou exigência de que essas regras sejam razoáveis)", diz o mesmo autor.[12] Como quer que seja, ninguém tem discordado, conclui ele, da observação do Juiz Robert Jackson de que qualquer que seja o significado da expressão devido processo, a eqüidade procedimental é "aquilo que ela mais inflexivelmente exige"[13].

Esse fundamento meta-jurídico dessas garantias proveio da Inglaterra, como posto em destaque pelo Juiz Story, membro do King´s Bench, para quem "it is a rule founded in the first principles of natural justice"[14].

Não será de admirar que se fosse à Bíblia buscar a origem dessas exigências éticas: "Tanto as leis de Deus como as dos homens dão à parte a oportunidade de apresentar sua defesa, se tiver alguma. Lembro-me haver ouvido de alguém que mesmo Deus não sentenciou Adão antes de ser ele chamado para apresentar sua defesa, assim como fez com Eva", observou o Juiz Fortescue em um de seus votos no Tribunal Real da Inglaterra.[15]

Sendo essa uma questão eminentemente ideológica (falar em Deus, por exemplo, ao proferir uma decisão é, quando menos, olvidar que em uma sociedade pluralista as pessoas têm todo o direito de não acreditarem em sua existência; se a premissa implícita é sua existência, como ficará o argumento diante de alguém agnóstico ou francamente ateu?), a história dos direitos do acusado, notadamente na sociedade norte-americana, apresenta-se como resultado da disputa entre duas mentalidades, que simplificativamente, se poderiam cunhar de conservadora (geralmente representada pelo Partido Repu-

blicano) e a liberal ou progressista (geralmente representada pelo Partido Democrata).

Em levantamento efetuado de julgados significativos da Suprema Corte norte-americana, Lawrence Baum apresenta interessantes dados estatísticos que, segundo ele, demonstram essa postura ideológica dos judices daquela Corte[16].

Segundo a visão de Baum, a diferença entre conservadorismo e liberalismo dos judices da Corte podem ser assim entendida: enquanto os juízes liberais mostram-se favoráveis à ampliação das chamadas "liberdades civis" (direitos processuais, liberdade de expressão e liberdade de religião), os conservadores dão importância maior aos valores opostos, tal como a necessidade que tem a sociedade de combater a criminalidade; enquanto os liberais tendem a agasalhar sob o manto da 14ª Emenda toda sorte de reclamação baseada no princípio da igualdade, os conservadores dão àquela emenda uma exegese mais limitativa; por fim, enquanto os liberais defendem o chamado devido processo legal substancial (questionando as opções políticas feitas pelo Congresso ou pela Presidência da República, quando implicam em restrição aos direitos dos menos favorecidos), os conservadores negam a existência dessa garantia[17].

É ainda Bodenhamer quem reconhece que "no direito penal de uma sociedade livre, a preocupação por um devido processo é crucial. Sem isso, a liberdade individual torna-se especialmente vulnerável pelo poder estatal arbitrário". E, como notou o historiador Zechariah Chafee Jr., a liberdade diante dos caprichos oficiais é essencial a todos os outros direitos humanos.[18] Este ideal é antigo e seu significado no pensamento ocidental não pode ser desprezado. É que, como observa aquele historiador, o governo possui um poder enorme. Ele não somente detém os meios necessários para fiscalizar o comportamento dos indivíduos como somente ele tem a autoridade legítima para acusar, processar e punir indivíduos. "Então, qualquer disputa judicial entre o governo e o cidadão é inerentemente iníqua. Nossa concepção de Justiça exige que esta iniqüidade seja corrigida. O Direito anglo-americano compensa o confronto entre o governo e o indivíduo restringindo o poder oficial. Isso torna os direitos dos acusados invioláveis e permite que a privação desses direitos deva resultar em absolvição"[19].

As garantias caracterizadoras do devido processo legal, trazidas da Inglaterra e expressamente referidas tanto na 5ª como na 14ª emendas à Constituição norte-americana, jamais foram claramente explicitadas em lei, ao contrário do esperado por Edward Keynes:

"Embora as cláusulas do devido processo legal sejam uma larga promessa de liberdade, elas não definem quais interesses específicos relacionados com liberdade e propriedade aí estão compreendidos. As cláusulas do devido processo expressam valores substanciais profundos que são a *raison d´être* de um governo constitucional - a proteção da vida, da liberdade e da propriedade, mas os autores da Quinta Emenda deixaram a definição dos interesses específicos relacionados com liberdade e propriedade ao Congresso e aos Tribunais".[20]

4. O DEVIDO PROCESSO SUBSTANCIAL

Em realidade, tem cabido ao Poder Judiciário daquele país definir o que se inclui na mencionada *clause*, quer sob o aspecto substantivo (eventual violação pelo Legislativo ou pelo Executivo de princípios constitucionais que cuidam do relacionamento equânime entre os indivíduos e o Estado), quer quanto ao aspecto formal (os princípios a serem observados para que o processo judicial tenha o caráter garantístico dos direitos humanos fundamentais, especialmente os relativos à vida, à liberdade e à propriedade).

Não é pacífico o entendimento de que caberia ao Judiciário avaliar a constitucionalidade das políticas governamentais adotadas pelos outros dois ramos do Governo.

Raoul Berger, um dos mais respeitados processualistas norte-americanos, insiste em que o *due process of law* (cujas cláusulas garantem que o governo nacional não pode restringir a vida, a liberdade ou o direito de propriedade de ninguém a não ser observando procedimentos judicias previamente existentes) "*is exclusively a guarantee of judicial fairness*"[21]. O festejado Juiz Hugo Black, por exemplo, sempre se negou a reconhecer caber ao Poder Judiciário a função de cuidar do *substantive due process* (isto é, fazer a revisão das políticas governamentais em face do contido na Constituição Federal). "*Black stated simply that the Court would not sit as a superlegislature to weigh the wisdom of legislation*".[22]

Inobstante a isso, admite Keynes que "os juízes (da Suprema Corte) têm reconhecido que o conceito de liberdade pessoal compreende o direito de casar-se, de procriar, de sustentar e educar a prole, bem como usar contraceptivos e por fim à gravidez. Tanto a Suprema Corte como alguns tribunais estaduais têm entendido que as *due process clauses* (sob o ponto de vista substantivo) incluem até mes-

mo o chamado right to die.[23]

Isso tudo não diz, obviamente, com os aspectos puramente procedimentais de uma ação penal.

Hoje, entre nós, vai-se firmando o entendimento de que nenhuma norma jurídica e, a fortiori, nenhuma decisão judicial, pode decorrer do arbítrio. A proporcionalidade e a razoabilidade vão-se firmando como princípios constitucionais que hão de nortear não apenas o legislador, mas, acima de tudo, o aplicador da norma jurídica.

O Min. Celso Mello, não fosse ele um constitucionalista, ponderou que "o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes", sendo ele uma das características do due substantive process.[24]

Da mesma forma, não se pode aceitar em uma sociedade democrática que uma norma ou sua aplicação se faça de modo irracional, pois acima de tudo a relação disciplinada na primeira ou julgada na segunda há de ter presente que a Justiça sempre tende para a eqüidade. Ou logos del razonable, como geralmente se diz.[25]

5. O DEVIDO PROCESSO FORMAL

A história do *due process of law*, notadamente no seu aspecto garantístico, confunde-se com a própria história do sistema jurídico norte-americano, pois, com a vinda para o novo continente dos colonizadores ingleses, muito do *common law* foi por eles trazido e buscado implantar na terra que estavam colonizando.

Valha notar que no período colonial a principal fonte do Direito era a *Bíblia*. Assim, as regras do *Deuteronômio* eram incluídas no *common law* (que se confundiria, como jocosamente acentuou um autor, com um *canon-law*,), donde presumir-se serem elas do conhecimento geral. Não será, pois, de admirar que alguém fosse condenado à pena capital pelo crime de zoofilia, pena que se aplicou tanto ao réu quanto às "vítimas" (a saber, uma égua, uma vaca, cinco ovelhas, duas bezerras e uma perua)[26].

Costuma-se dizer que a Constituição norte-americana possui apenas 7 artigos, o que, a rigor, é verdadeiro. Ocorre, no entanto, que muitos desses artigos são, na verdade, autênticos capítulos, com inúmeras seções (o artigo I possui nada menos do que 10 seções), demorando-se elas em considerações de vária ordem.

É fato, no entanto, que é uma constituição sintética, com evidente preocupação de contemplar mais princípios do que regras, até porque, ressalvados os princípios relativos à vida da União, tudo o mais continuava permitido aos estados.

Interessa registrar que ali já se previa o princípio da necessária anterioridade da lei bem como a impossibilidade de ser decretada a perda dos direitos civis sem decisão judicial (*no bill of attainder or* ex post facto *law shall be passed*). Também se aludia à garantia do *Habeas Corpus*, que somente poderia ser suspensa em caso de revolução ou guerra (*the privilege of the writ of* habeas corpus *shall not be suspended, unless when in cases of rebellion or invasion the public safety may require it*).

Curiosamente, quando da promulgação da Constituição Federal norte-americana, os responsáveis por sua elaboração entenderam ser desnecessária a explicitação de um *Bill of Rights*, pois, segundo sua ótica, tal rol de direitos implicaria em cerceamento e não em concessão, uma vez que tudo aquilo que não tivesse sido expressamente proibido era permitido, até porque o autor da Constituição referida era ninguém menos do que "*we, the people",* como se diz logo no seu intróito[27].

Assim – e segundo a ótica daqueles *framers* – a consciência de cada cidadão era suficiente para indicar o que poderia ele fazer quando se tratasse do exercício dos seus direitos fundamentais, fossem eles relativos à vida, à liberdade ou à propriedade, os três temas fundamentais de que cogitava a Constituição.

Quando o documento aprovado na *Constitutional Covention* e referendado pelo Congresso da Confederação ainda pendia de ratificação por parte dos estados (não nos esqueçamos de que, no sistema norte-americano, graças à origem da Confederação, a Constituição Federal não se sobrepõe às constituições estaduais, convivendo elas lado a lado, donde a necessidade daquela ratificação, pois alguns princípios e algumas regras implicariam em submissão do Estado à autoridade da União), inúmeros políticos já se movimentavam para fazer enunciar os direitos fundamentais do indivíduo que o Estado norte-americano pretenderia explicitamente tutelar.

Eugene W. Hickok Jr. dá conta dessa interessante questão, aludindo à conduta do congressista James Madison: inicialmente, era ele absolutamente contrário à adoção de um *Bill of Rights*, ao argumento de que "*the Confederation has no bill of rights*". Posteriormente, porém vendo perigar a continuidade de sua vida de parlamentar,

passou a adotar simplesmente a postura inversa. Donde a oportuna observação do autor: que **Madison** tenha mudado da posição de convicto opositor à adoção de um rol de direitos para a de recomendar sua adoção "*can be attibuted to the vicissitudes of politics* ".[28]

Menos de quatro anos passados (1791), eram aprovadas nada menos do que 10 emendas à Constituição Federal norte-americana, cujo conjunto passou a ser conhecido por *Bill of Rights*.

O fato, porém, longe esteve de significar uma aceitação pacífica do conteúdo desses princípios e garantias.

Em primeiro lugar, a Constituição Federal contemplar tais direitos e garantias não significou que os Estados estivessem obrigados a observá-los, dada a competência estadual para legislar sobre praticamente todos os assuntos. Segundo inúmeros juristas, tais princípios se referiam apenas às causas federais.

Em segundo lugar, sempre houve quem questionasse a competência da Suprema Corte norte-americana de dar a tais direitos e garantias interpretação que lhes aumentasse ou diminuísse o alcance. Se os *judices* daquela Casa não são – como jamais foram – eleitos pelo povo, como então lhes reconhecer o direito de expressar a vontade popular, se do povo não receberam mandato para tanto?

Como quer que fosse, já em 15 de dezembro de 1791 eram ratificadas as primeiras 10 emendas, que passaram a ser conhecidas como a Carta de Direitos, ou o *Bill of Rights*.

Na Emenda n° 5, que cuidava de princípios processuais, aparecia pela primeira vez, expressamente, referência à due process clause[29]. Contemplam-se aí, sem grande precisão técnica, alguns princípios processuais fundamentais como o julgamento pelo Júri dos crimes mais graves, a impossibilidade de ser alguém processado duas vezes pelo mesmo fato, a garantia de ninguém poder ser obrigado a depor contra si mesmo e a justa indenização em caso de expropriação, além do genérico princípio do devido processo legal.

A 6ª Emenda, de certa forma, contemplava princípios que diziam com o fair trial, pois assegurava o direito a um rápido julgamento, efetuado pelo Júri do local onde cometido o fato, devendo ao réu ser previamente informado o teor da acusação e a ele ser assegurado não só o direito de ter assistência de advogado como o de arrolar e impugnar testemunhas[30].

Da proibição de imposição de fiança ou multa de valor excessivo, bem como de penas cruéis ou não-usuais cuidou a Emenda n° 8[31], que contempla o que modernamente se chama princípio da

proporcionalidade.

Para ressalvar que a contemplação dos direitos constitucionais era meramente exemplificativa veio a Emenda n° 9[32].

Por fim, a emenda de encerramento ressalvava a competência dos Estados naquilo que não fosse objeto de expressa restrição por parte da Constituição[33].

Além dessas emendas iniciais, houve mais 16 emendas (a última das quais ratificada em 1971), a mais importante das quais sendo, em face de nosso estudo, a 14ª, ratificada em 1868, em cuja seção I volta a aparecer a expressão due process of law[34].

Como a Suprema Corte norte-americana vivificou esses princípios ao longo desses anos todos?

Foram anos de avanços e recuos, quando o alcance de alguns desses princípios foram ora ampliados, ora restringidos.

O que, mais uma vez, se quer ressaltar é que nenhuma dessas emendas teve por escopo fortalecer o Estado. São, muito ao reverso, limitações impostas ao Governo, sempre em nome dos interesses do autor da Carta Política: We, the people.

6. DEFESA TÉCNICA E DEFESA PESSOAL

Esses elementos históricos muito nos auxiliarão na avaliação do conteúdo ético dos direitos do acusado.

Se o devido processo legal é, como se acaba de ver, um remédio contra a prepotência, não faz sentido que o juiz seja alguém arbitrário, alguém voltado para o problema da criminalidade ou da segurança pública.

Cuidando do direito do réu a uma defesa digna do nome, Vittorio Denti nos recordava que esse direito é também uma garantia da sociedade. “Sotto un secondo aspetto, la difesa constituisce non già un diritto, ma una garanzia, come esigenza di un corretto svolgimento del processo, per uno interesse pubblico generale che trascende l’interesse dell ‘imputato (o della parte) ed è sodisfatto soltanto se il contraddittorio è effettivo, se l’uguaglianza delle armi è reale. Si tratta qui di assicurare un due process of law, o di realizzare un fair trial, il che può richiedere (ed, anzi, nella maggior parte dei casi, richiede) la presenza in giudizio del difensore”.[35]

Esse due process, entre nós, registrava a doutrina desde antes de sua contemplação em nossa Magna Carta[36], é de índole constituci-

onal: “Três são os princípios fundamentais que dimanam da vigente Constituição Federal, no tocante à Justiça Penal: a) o princípio da tutela jurisdicional; b) o princípio do devido processo legal; c) o princípio do juiz natural”.[37] Daí as decorrências necessárias: “O sistema acusatório, a bilateralidade do contraditório, a tutela imediata do direito de liberdade através do Habeas Corpus são decorrências daqueles postulados estruturais para mais realçar e garantir a força imperativa com que são consagrados através das normas constitucionais”.[38]

Sobre o devido processo legal e sua relevância discorreu longamente Ada Pellegrini Grinover, que esclarece: “No due process of law, o elemento a que se subordina toda a legalidade do procedimento é a possibilidade da parte de defender-se, de sustentar suas próprias razões, de ter his day in Court, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos. A preocupação principal do juiz americano é assegurar a todos um efetivo contraditório, e em cada espécie concreta à Corte cabe verificar que a oportunidade de defesa tenha sido realmente plena, não permitindo a supressão ou a limitação das provas”.[39]

Nunca será demasia repetir o que está na Declaração Universal dos Direitos do Homem, quando adverte que “é essencial que os direitos do homem sejam protegidos por um regime de direito, a fim de que ele não se veja constrangido a lançar mão do recurso extremo da revolta contra a tirania e a opressão”- partam elas, evidentemente, de onde partirem.

Donde o contido no art. 11 daquela Declaração: “Toda pessoa acusada de prática de um ato delituoso presume-se inocente até que sua culpa venha a ser apurada no curso do processo público, durante o qual se lhe assegurem todas as garantias necessárias à defesa”.

É a chamada “presunção de inocência”, que outros autores preferem chamar de um mero “estado de inocência”.[40]

O compromisso do juiz criminal, portanto, é o de assegurar ao réu, até o limite do possível, esse estado, com a necessária incumbência da sociedade, representada pelo Ministério Público, de desfazer essa presunção, que, é óbvio, é uma presumptio hominis puramente.

7. O *DUE PROCESS OF LAW* EM NOSSA JURISPRUDÊNCIA[41]

Já tivemos ensejo de discutir isso quando do VI Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada, focando a relação entre interrogatório judicial do réu e as garantias previstas no art. 153, parágs. 15 e 16 da Constituição Federal[42]. Em face da tese apresentada, concluiu o VI Encontro, à unanimidade, que: a) "é indispensável a presença do defensor, constituído ou dativo, ao interrogatório do réu"; b) "o ato citatório conterá a advertência ao citado para, querendo, fazer-se acompanhar de advogado".[43]

A relação entre Constituição e processo penal, que, basicamente, diz com o *due process of law* (parece que alguns aplicadores se esquecem de que a Constituição Federal é também lei, com entrada em vigor após o Código do Processo e com carga impositiva maior), tem sido objeto de inúmeros julgados de nossos Tribunais, ainda que de forma algo fragmentária, com avanços e recuos, como, aliás, se dá no campo das idéias, que o sedimentam dialeticamente.

Sem pretender esgotar o tema, reproduziremos, sem comentar, algumas ementas de julgados que aludem a momentos críticos do processo penal, onde se nota aquela preocupação com as garantias constitucionais do réu, haja ou não menção explícita a isso.

Seria interessante fazer um confronto entre essas afirmações e tantas outras que nossos tribunais, já depois da entrada em vigor da nova Carta Magna, passaram a adotar.

· **Direito à defesa prévia**

"O direito dativo tem o dever de apresentar defesa prévia, sob pena de não obediência ao princípio da amplitude da defesa, segundo entendimento do STF"- diz-nos Damásio de Jesus.[44]

· **Direito de presença**

"O não comparecimento do réu preso à audiência de testemunhas de acusação decisivamente influentes no julgamento e apenas com assistência de defensor *ad hoc* constitui cerceamento de defesa. Nulidade em virtude de manifesto prejuízo."[45]

· **Momento-síntese do contraditório**

"A falta de razões finais, por não haver o juiz designado defensor que as oferecesse, ante a omissão do constituído pelo réu, acarreta a anulação do processo, nos termos do artigo. 153, parág. 15 da CF."[46]

· **Princípio da vinculação temática**

"O princípio da correlação entre imputação e sentença representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa, que se acha tutelado por via constitucional. Qualquer distorção, sem a obser-

vância do disposto no art. 384 da lei penal adjetiva, significa ofensa àquele princípio e acarreta a nulidade da sentença."[47]

· **Ônus de provar a acusação**

"Se uma condenação pudesse ter por suporte probatório apenas o interrogatório policial do acusado, ficaria o Ministério Público, no limiar da própria ação penal, exonerado de comprovar a imputação, dando por provado o que pretendia provar, e a instrução judicial se transformaria numa atividade inconseqüente e inútil."[48]

· **Direito à defesa técnica**

"O réu não é capaz de saber dos efeitos resultantes do ato de sua intimação, por não ser para tanto tecnicamente capaz. O ato intimatório que ele deixa escoar *in albis* reflete, seriamente, no seu *status libertatis*, porque, se não apela, vai ter de cumprir a pena imposta. Assim, é imperativo que o seu defensor também seja intimado para aferir da conveniência ou não de recorrer da sentença condenatória. Nesse sentido é a farta jurisprudência do STF citada no parecer da douta Procuradoria-Geral da República."[49]

· **Dever de recorrer**

"O defensor dativo deve interpor todos os recursos ordinários cabíveis e, não o fazendo, configura-se o constrangimento ilegal."[50]

· **Dever de arrazoar o recurso**

"A literalidade do disposto no art. 601 do CPP, que permitiria uma prescindibilidade de razões de defesa, para o conhecimento do seu apelo no juízo do 2º grau, conflita com o princípio constitucional vigente de assegurar o mais amplo exercício do direito de defesa."[51]

· **Direito ao juízo de retratação**

"A norma do artigo (art. 589 do CPP), garantia de defesa, deve ser cumprida, sustentando o juiz, ou reformando, o despacho oposto ao recurso em sentido estrito. A falta de manifestação, nesse sentido, importa nulidade a partir do despacho."[52]

· **Dever de embargar**

"Não interpostos (embargos infringentes), a condenação não transita em julgado, devendo ser nomeado defensor dativo para esse fim, restituindo-se o prazo respectivo."[53]

Concluíamos, então, o trabalho observando, esperançosamente: "não são, certamente, expressões de uma jurisprudência pacífica. Entretanto, são prenúncios de uma reflexão que se inicia e que, por certo, tenderá a evoluir e avolumarem-se julgados a favor da pessoa humana do acusado"[54].

8. O PAPEL DO JUIZ NO PROCESSO CRIMINAL

Fiquemos com um tema específico, que é o direito previsto no inciso LXIII do art° 5° da nossa Magna Carta[55], que manifestamente minus dixit quam voluit, por isso que nada justifica que se aplicasse o princípio apenas aos presos. Qual a origem desse princípio no sistema norte-americano, de onde, inquestionavelmente, o herdamos?

Sua origem é o antiqüíssimo preceito ético segundo o qual nemo tenetur se ipsum accusare, preceito que passou para o common law, e em relação ao qual Ralph Rossum, reportando-se à lição de Leonard Levy, autor de um celebrado Origins of the Fifth Amendment, reproduz a seguinte observação: “there was no need to protect the accused at his trial, for under commn law he was not permitted to give testimony, whather for or against himself”.[56] Note-se o significativo verbo protect empregado no texto.

Ou seja, não haveria necessidade de consagrar-se um tal preceito visto que, em face da ética que sempre regeu o Direito Comum, não se pensaria jamais em colher o depoimento de alguém em um processo criminal movido contra ele.

Registra Rossum que tal contemplação expressa somente se tornou necessária em decorrência da abolição do antigo preceito do direito canônico inglês, o julgamento ex-officio. Leonard Levy assegura que o direito de alguém não ser compelido a auto-acusar-se está inextricavelmente interligado aos direitos de liberdade política, de liberdade religiosa e do processo criminal.[57]

Stephen J. Schullhoffer relata os comemorativos das chamadas Miranda warnings, contemplação jurisprudencial dos desdobramentos do princípio do direito ao silêncio e do descabimento ético da auto-incriminação, em relação a cuja adoção muitos dos comentários eram no sentido de que “the Court was vilified for handcuffing the police and for favoring the criminal forces over the peace forces in this couuntry”.[58] Os juízes estão algemando a polícia em benefício dos criminosos, eis a crítica.

É essa uma crítica que, certamente, não se ouve apenas naquele país. Sabe-se que os direitos humanos têm sido alvo de um sem-número de congressos e tratados internacionais, até porque a doutrina vem-se debruçando sobre o conteúdo deles há tantos lustros, notadamente após o advento da Declaração da ONU de 1948.

Vista inicialmente como um atributo de índole eminentemente pessoal (o direito de cada pessoa), passou ela, em um segundo momento, a ser encarada como uma relação de deveres do Estado, sendo, pois, seu conteúdo caracterizado como o direito de *todas* as pessoas.

Hoje, pode-se dizer, com Norberto Bobbio, que o problema fundamental em relação aos direitos fundamentais do ser humano não é mais, como o foi no passado, o de encontrarem-se argumentos para justificar sua realidade, mas o de buscar meios para protegê-los, pois tal assunto já adquiriu o *status* de verdade sabida e inquestionável[59]. É, assim, uma questão de cunho eminentemente político e não mais apenas de cunho jurídico, anota o Juiz Cintra Júnior no trabalho acima mencionado.

Não se trata, pois, de definir quais direitos são esses já que qualquer um de nós, por mais ignorante que seja, tem o conhecimento daquilo que está e daquilo que não está na conformidade com os propósitos de uma vida humana vivida em solidariedade e com respeito mútuo. Não é preciso ser juiz para saber o que seja respeito à dignidade humana e o que seja o desrespeito a ela. Se até os asnos empacam diante de um desfiladeiro, para preservar a própria existência, se os animais irracionais instintivamente selecionam o alimento que vão comer (quando podem fazê-lo!), a ninguém de senso apenas mediano ocorrerá que manter pessoas morando debaixo de pontes, ou crianças esmolando nas ruas, ou pessoas sendo presas para mera averiguação, ou tirar a vida de criminosos, ou considerar suspeito alguém tão só pelo fato de não ter profissão regular sejam coisas dignas de uma sociedade sadia e de pessoas comprometidas com sua própria elevação moral e espiritual.

Curiosamente, somente as autoridades constituídas - aí incluídos muitos membros do Poder Judiciário - parecem desconhecer isso, como já tivemos oportunidade de destacar há alguns anos, ao escrever sobre a finalidade do processo penal (e, portanto, do Juiz Criminal), que não se destina a instrumentalizar o Estado para que este possa punir os acusados. O Estado, como detentor do poder, não precisa de formas nem fórmulas para condenar nem para executar.

Daí o fato inegável de que se os Estados democráticos entenderam necessário editar normas que rejam a conduta dos agentes do Estado (um dos quais o Juiz!) é exatamente para limitar aquele poder, a fim de que haja alguma diferença entre o ocupante de um cargo público e um coronelão boçal que atua com o *jus vitae mortisque*

sobre os seus *protegidos,* qual um monarca de outrora, representante da divindade no seio dos mortais pecadores, pois *the King can do no wrong*[60].

Para termos uma idéia da quase aversão que nossas autoridades dedicam a tal tema, façamos um confronto: a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi proclamada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, sendo assinada pelo Brasil nessa mesma data. Já o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela ONU em 1966 somente foi ratificado pelo nosso país em 1992[61]. A Convenção sobre Tortura e Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, embora datada de 1984, somente em 1989 foi ratificada, sendo que até 1996 nossos legisladores ainda não se haviam ocupado em definir exatamente o que fosse, sob o ponto de vista jurídico, a tortura. O Brasil também assinou convenções sobre eliminação de discriminação racial (1965), ratificada somente em 1968, e especificamente em relação à discriminação da mulher (datada de 1979, ratificada com reservas em 1984, reservas essas retiradas em 1994), o que não impede que muitas mulheres negras e mulatas ainda continuem a ser humilhadas em edifícios de apartamento, quando se dispõem a utilizar-se do elevador não destinado a carga e cães.

O mais claro exemplo desse descaso, porém, se refere à Convenção Americana de Direitos Humanos. Foi ela aprovada, em San José da Costa Rica (daí ser conhecida por “Pacto de San José”) no ano de 1969. Somente em 1992, mais de 20 anos depois, o Brasil se dispôs a ratificá-la, ainda assim com reservas, até porque nosso governo ainda se apega a um conceito superado de soberania, que, na prática, principalmente no que diz com o comércio internacional, simplesmente inexiste.

Antônio Augusto Cançado Trindade, insigne internacionalista brasileiro, ora ocupando cargo de Juiz na Corte Interamericana de Direitos Humanos, relata as dificuldades enormes que encontrou, quando consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores, ao tentar convencer o Governo Brasileiro a tornar efetivas as garantias concernentes aos direitos humanos entre nós, seja em face do silêncio e da indiferença de alguns dos nossos juristas, seja pela posição contrária assumida por “expoentes do autoritarismo, que hoje se posicionam como democratas convertidos”[62].

O fenômeno não é privativo de nosso país, ao contrário do que pode parecer dessas observações. Em lúcido estudo sobre a expressão We the People, a que vimos de nos referir, Paula Rhodes, profes-

sora na Howard University School of Law, faz interessantes observações sobre o alcance da expressão ao longo do tempo. Alude ela, inicialmente, a um discurso da deputada negra Barbara Jordan sobre aludida expressão, na qual a oradora se considera não incluída inicialmente, e à ampliação do conteúdo daquela expressão por força de emendas, interpretações doutrinárias e decisões judiciais[63].

Anota Rhodes: "Barbara Jordan was not included in We The People because she is Black and Blacks were not only excluded but were deemed to be only three fifths human and that only for purposes of establishing the representation rights of white men".

Note-se que essa consideração de que os negros não seriam totalmente seres humanos foi afirmada até mesmo em decisão judicial[64].

Também estava excluída porque os Founding Fathers estavam inspirados pelo machismo então vigorante, que fez ninguém menos do que Thomas Jefferson afirmar que as mulheres fariam melhor em substituir pretensões políticas por atividades mais leves, como decoração do lar e "amusements of life...(i.e.) dancing, drawing and music".[65]

Além de mulheres e negros, também os nativos estiveram excluídos do We The People. Não bastasse isso, também estavam excluídos aqueles que não tinham propriedade, o que correspondia a cerca de 2/3 dos brancos. "Thus, the vast majority of people were not included in We the People in 1787", conclui a autora.

Prosseguindo em sua tese, salienta ela (seu artigo foi escrito em 1987, às vésperas do bicentenário do Bill of Rights, que ocorreria em 1991) a necessidade de lutar-se pela emenda da Constituição americana para ali incluir expressamente o direito de todos a bens da vida como educação, trabalho, saúde, um padrão de vida decente, constituição de família, proteção às crianças e direito à cultura, pois nenhum desses direitos está garantido na Carta americana ("none of the aforementioned economic, social or cultural rights is guaranteed by the Constitution while property and contract rights are protected"). Tal exclusão entremostra-se mais inacreditável em uma sociedade onde se valoriza - diz ela - mais as pessoas do que a propriedade ou o lucro ("Yet all of these rights are necessary in a society which values people more than property rights or profits").

Há que caminhar, jamais contentando-se com as metas já atingidas.

Lá como cá, não basta continuarmos a nos referir ao direito que todos nós temos de levar uma vida em nível material, educacional,

moral e espiritual satisfatórios, pelo fato de vivermos em uma sociedade democrática, que, aliás, nos cobra em taxas e impostos para permitir que nela vivamos. Ou aludirmos especificamente aos direitos da criança, aos direitos da mulher, aos direitos do preso, aos direitos humanos, enfim. É tempo de exigirmos que sejam incrementadas as garantias necessárias a que esses direitos sejam efetivados por aqueles que, assumindo os cargos que assumiram (e, em conseqüência, os encargos a eles inerentes), juraram tornar concretas essas garantias.

Desnecessário enfatizar, portanto, diante de tudo isso, o relevantíssimo papel social que tem o Juiz Criminal nisso tudo, como agente garantístico do fair trial, a que todo réu tem direito, pena de violar-se a due process clause, e, em conseqüência, a Constituição Federal.

---

[1] Se a palavra "arte" nos deu o substantivo "artista" e o adjetivo "artístico" e se a palavra "propaganda" nos deu o substantivo "propagandista" e o adjetivo "propagandístico", em face da palavra "garantia" poderíamos ter o substantivo "garantista" (igual a "garantidor") e o adjetivo "garantístico". Como ambos são neologismos, o uso e o tempo dirão qual das formas será dicionarizada.

[2] Edgard Magalhães Noronha, "Curso de Direito Processual Penal", Ed. Saraiva, 1964, pág. 5

3 Júlio Fabrini Mirabete, "Processo Penal", Ed. Atlas, 1991, pág. 30

4 id., ib.

[5] cf. Arturo Santoro, "Manuale di Diritto Processuale Penale", Unione Tipografico-Editrice Torinense, 1954, pág. 3

[6] Franco Cordero, "Procedura Penale", Ed. Giuffrè, 1971, pág. 13

[7] Alfredo De Marsico, "Lezioni di Dirittto Processuale Penale", apud Edgard Magalhães Noronha, ob. cit., pág. 5

[8] cf. Lucius Polk McGehee, "Due Process of Law under the Federal Constitution", editado em 1906 por Edward Thompson Company e reeditado em 1980 por Fred R. Rothman & Co, Littleton, Colorado, pág. 15

[9] cf. McGehee, ob. cit., pág. 9

[10] McGehee, ob. cit., pág. 73

[11] cf. "Fair Trial – Rights of the Accused in American History", Oxford University Press, 1992, pág. 4

[12] Bodenhamer, ob. e loc. cits.

[13] cf. Shaughnessy v. United States, 1953, apud Bodenhamer, ob. e loc. cits.

[14] apud McGehee, ob. cit., pág. 75

[15] apud McGehee, ob. e loc. cit.

[16] cf. "The Supreme Court", Congresional Quarterly, 1985

[17] ob. cit., pág. 212

[18] cf. "How Human Rights Got into the Constitution", Boston, 1952, pág. 44, citado por Bodenhamer, ob. e loc. cits.

[19] ob. e loc. cits.

[20] cf. "Liberty, Property and Privacy – Toward a Jurisprudence of Substantive Due Process", The Pennsylvania State University Press, 1996, pág. X

[21] apud Edward Keynes, ob. cit., pág. IX
[22] cf. Edward Keynes, ob. cit., pág. 1
[23] ob. cit., pág. 5
[24] cf. Roberto Rosas, "Devido Processo Legal: Proporcionalidade e Razoabilidade", in Revista dos Tribunais, vol. 783, pág. 11
[25] Roberto Rosas, ob. e loc. cits.
[26] in William Bradford, "Of Plymouth Plantation", ed. Samuel Eliot Morson, 1963, apud Bodenhamer, ob. cit., pág. 10
[27] "We, the people of the United States, in order to form a more perfect union, establish justice, insure domestic tranquility, provide for the common defence, promote the general welfare and secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America"
[28] cf. "The Bill of Rights - Introduction", University Press of Virginia, 1996, págs. 1 e 3
[29] "No person shall be held to answer for a capital or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger, nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty or property withot due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation"
[30] "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and discrict wherein the crime shall have been committed, which discrict shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defence"
[31] "Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cuel and unusual punishments inflicted"
[32] "The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage others retained by the people"
[33] "The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people"
[34] "All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty or property without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the law"
[35] Vittorio Denti, "La Difesa come Diritto e come Garanzia", in Il Problema dell'Autodifesa nel Processo Penale, p. 48.
[36] cf. Adauto Suannes, "Assistência Judiciária e Devido Processo Legal", in Revista dos Tribunais, vol. 595, pág. 302
[37] José Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, vol. I, n° 144
[38] Idem, ib.
[39] cf. Garantia Constitucional do Direito de Ação, pág. 16.
[40] Weber Martins Batista, Liberdade Provisória, pág. 26
[41] Reproduzimos aqui parte do trabalho publicado antes da entrada em vigor da Constituição de 1988, já referido anteriormente (cf. RT 595/302)
[42] O autor se referia naturalmente àquela de 1967, emendada em 1969
[43] Anais do VI Encontro dos Tribunais de Alçada, edição do Tribunal de Alçada de

Minas Gerais, pág. 233
[44] Damásio Evangelista de Jesus, Código de Processo Penal Anotado, nota referente ao art. 395, reportando-se a julgados insertos in RTJ 80/500 e 36/198
[45] STF, RTJ 95/1.070, rel. Min. Rafael Mayer
[46] STF, RT 492/418, rel. Min. Billac Pinto
[47] TACrimSP, RT 526/396, rel. Juiz Silva Franco
[48] JTACrimSP, 66/454, rel. Juiz Silva Franco
[49] STF, RTJ 102/1.005, rel. Min. Alfredo Buzaid
[50] STF, RTJ, 98/63, rel. Min. Cunha Peixoto
[51] JTACrimSP, 69/472, rel. Min. Soares Pinto
[52] STF, RT 569/430, rel. Min. Alfredo Buzaid
[53] STF, RTJ 79/422, rel. Min. Rodrigues de Alckmin, e 80/497, rel. Min. Billac Pinto
[54] cf. Adauto Suannes, ob. e loc. cits.
[55] "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado"
[56] Em português: "não havia necessidade de proteger o acusado em seu julgamento porque, sob o direito comum, não lhe era permitido depor como testemunha, nem a favor nem contra si próprio" (cf. "Bill of Rights - Self Incrimination: the Original Intent", University Press of Virginia, 1996, pág. 276)
[57] apud Rossum, ob. cit., pág. 279
[58] cf. "Bill of Rights – Reconsidering Miranda and the Fifth Amendment", University Press of Virginia, 1996, pág. 288
[59] leia-se, a propósito, o excelente estudo "O Judiciário Brasileiro em Face dos Direitos Humanos", da autoria do Juiz Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior, in "Equilíbrio Constitucional, Independencia Judicial y Derechos Humanos", nos Anais do II Seminário Internacional sobre la Independencia Judicial en Latinoamérica, 1996, editado sob os auspícios da associação "Jueces para la Democracia", da Espanha.
[60] cf. Adauto Suannes, "O Juiz Criminal em uma Sociedade Democrática", in "Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo", vol. 134, pág.s 134 e ss.
[61] cf. Flávia Piovesan, "Quadro da Ratificação de Instrumentos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos pelo Estado do Brasil", in ob. cit., pág. 335
[62] cf. entrevista in "Justiça e Democracia", publicação oficial da Associação "Juízes para a Democracia", vol. 1, pág.s 7 e ss.
[63] cf. "We The People and the Struggle for a New World: the Constitution of the United States of America and International Human Rights", in Howard Law Journal, vol. 30, n° 4
[64] id., ib.
[65] H. Zinn, "A People´s History of the United States" (1980), apud Paula Rhodes, ob. e loc. cit.s

ASPECTOS PROCESSUAIS DO USUCAPIÃO URBANO COLETIVO[68]

Alexandre Freitas Câmara. Advogado no Rio de Janeiro. Professor de Direito Processual Civil dos cursos de pós-graduação das Universidades Estácio de Sá, Cândido Mendes e Católica de Petrópolis.2 Advogado no Rio de Janeiro. Professor de Direito Processual Civil dos cursos de pós-graduação das Universidades Estácio de Sá, Cândido Mendes e Católica de Petrópolis.

RESUMO:1 Texto base de conferência proferida em 14/12/2001 na Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Publico-o, agora, como homenagem ao meu querido e saudoso amigo James Tubenchlak. Por ele sempre tive profunda amizade e admiração, manifestada em dois livros que escrevi e a ele dediquei. Agora, depois de seu falecimento, reverencio sua memória. James foi um dos mais importantes juristas do Brasil, gerenciador de idéias fascinantes, sempre preocupado em sustentar a Democracia e em ajudar os jovens. Que o ideal de James Tubenchlak permaneça sempre vivo na memória e na atuação de seus amigos e discípulos, para que, agindo sob sua inspiração, possamos fazer deste um mundo melhor para todos.

I - INTRODUÇÃO

Em um país como o Brasil, marcado por desigualdades infamantes, é necessário louvar qualquer iniciativa destinada a melhorar as condições de vida do povo. Uma dessas iniciativas é a Lei nº 10.257/2001, conhecida como “Estatuto da Cidade” (EC). Este diploma, ao regular institutos como o direito de superfície e o usucapião urbano,[68] individual e coletivo, facilita o acesso da população aos bens jurídicos mais valiosos, como por exemplo o imóvel a ser usado para fins de moradia, o que é elogiável. Registra-se, assim, o ingresso do Direito Privado brasileiro em uma nova era, anunciada por RICARDO

LORENZETTI, para quem o Direito Privado deve deixar de ser o direito de quem já tem bens para passar a ser o direito de quem pretende adquiri-los. O Direito Privado deve se preocupar muito mais com quem quer ter, por exemplo, acesso ao trabalho, do que com aqueles que já estão empregados (o que não significa dizer que estes devam ser deixados de lado, obviamente). Do mesmo modo, deve o Direito Privado se preocupar muito mais com os que pretendem se tornar proprietários de imóveis do que com aqueles que já possuem "casa própria".

Sendo assim, o usucapião urbano coletivo, objeto central desta exposição, se apresenta como legítimo instrumento de realização de justiça social, na medida em que amplia o acesso à propriedade imobiliária urbana. E deste modo, é essencial que também o Direito Processual dê sua contribuição, criando mecanismos efetivos e eficazes de reconhecimento da aquisição, por tal via, da propriedade. Isto não é senão uma exigência da promessa constitucional de acesso à Justiça.

O processo, seja permitido dizer, é – ou pelo menos deve ser – instrumento de acesso à ordem jurídica justa (na feliz expressão de WATANABE). Em outros termos, o que se quer dizer com isso é que, em um Estado Democrático (como é o Brasil, segundo a solene afirmação constitucional), o processo deve ser justo (*due process of law* – justo processo de Direito). E processo justo é o processo capaz de produzir *resultados justos*. Tem-se, aqui, portanto, o compromisso do processo (e, por conseguinte, do processualista) com os resultados a que o mesmo se dirige. É o *processo civil de resultados* (CÂNDIDO DINAMARCO), ideologia do Direito Processual moderno. Todo o sistema processual brasileiro deve ser construído e interpretado a partir dessa ótica: o processo precisa ser justo, e só o será na medida em que se revele capaz de produzir resultados justos.

Deste modo, o sistema processual precisa dispor de meios adequados ao reconhecimento, efetivo e tempestivo, do usucapião coletivo. Só assim estará assegurada a garantia de tutela jurisdicional adequada, consagrada no art. 75 do Código Civil, segundo o qual a todo direito deve corresponder um remédio processual capaz de efetivá-lo. Havendo a previsão no ordenamento jurídico do usucapião coletivo, deve haver também um processo adequado para o seu reconhecimento. E é dever do processualista interpretar as regras disciplinadoras desse processo conforme a ideologia do *processo civil de resultados* e com apoio em todas as garantias constitucionais do processo.

Esta exposição, deste modo, pretende ser uma contribuição à construção desse processo justo, através da divulgação de primeiras impressões sobre os aspectos processuais do usucapião urbano coletivo. São, porém, apenas minhas primeiras impressões sobre o ponto, manifestadas sem qualquer apoio na realidade forense, já que – segundo sei – não houve ainda nenhum caso concreto de usucapião coletivo submetido a julgamento pelo Judiciário. Fique claro, pois, que aqui são apresentadas algumas impressões, mas não a palavra final (que jurista algum poderá manifestar, seja quando for, em razão da inexorável marcha avante do Direito).

O usucapião urbano coletivo, como espécie de usucapião urbano que é, é posto no EC como um *instrumento jurídico e político* destinado a permitir que sejam alcançados os escopos daquele diploma legal (art. 4º, V, *j*, do EC). E o reconhecimento dos escopos políticos do usucapião urbano coletivo deve ser levado em conta na interpretação do sistema processual a ser empregado para o seu reconhecimento. Isto porque, como se verifica pela leitura do citado dispositivo legal, há uma expressa manifestação de vontade política do Estado no sentido de que se facilite o acesso à propriedade urbana por comunidades carentes (ou, na dicção legal, *de baixa renda*).

Esta vontade política do Estado deve ser levada em conta pelo juiz no momento da valoração da prova, como verdadeira *regra de julgamento*. Significa isto dizer que, no momento de proferir sentença, estando o magistrado em dúvida quanto à veracidade das alegações de uma das partes, deve decidir favoravelmente aos possuidores que pleiteiam o reconhecimento do usucapião.

Em outros termos, esta é uma verdadeira *regra de distribuição do ônus da prova*, favorável à população carente. Pense-se, por exemplo, em um caso no qual haja prova capaz de convencer o juiz de que a comunidade já está instalada em determinada área há quatro anos e dez meses, sendo duvidoso o preenchimento do requisito temporal dos cinco anos. Neste caso, a meu juízo, deve o juiz julgar o pedido de declaração da aquisição da propriedade procedente. Note-se: é preciso distinguir entre duas situações diferentes: na primeira, o juiz tem certeza absoluta de que não foram cumpridos os cinco anos de posse, caso em que o pedido deve ser julgado improcedente; na segunda, o material probatório existente não é capaz de permitir ao juiz formar um juízo de certeza quanto a estarem ou não cumpridos os cinco anos exigidos para a aquisição da propriedade, caso em que o pedido deve ser julgado procedente. As regras de

julgamento consistentes na distribuição do ônus da prova, como notório, só são empregadas pelo juiz como forma de suprir as deficiências do material probatório. Assim sendo, estando o juiz inteiramente convencido pelas provas produzidas nos autos, julgará conforme seu convencimento. Sendo, porém, deficiente a prova, julgará conforme a distribuição do ônus probatório, julgando a causa de modo desfavorável àquele que, segundo as regras de distribuição daquele ônus, dele não se tiver desincumbido adequadamente.

Insista-se, pois: não estando o juiz convencido, pelo material probatório posto à sua disposição, do preenchimento ou não dos requisitos da aquisição da propriedade pelo usucapião urbano coletivo, deverá proferir sentença de procedência da pretensão de reconhecimento de tal aquisição. Esta regra de julgamento, a meu sentir, se justifica em razão da hipossuficiência econômica, jurídica e política dos beneficiários da regra. Trata-se, assim, de verdadeiro corolário do princípio constitucional da isonomia, devendo ser necessariamente levada em conta na busca do escopo processual magno, a *pacificação social com justiça*.

II – A DEMANDA E O PROCESSO DO USUCAPIÃO URBANO COLETIVO

Sendo esta uma exposição de direito processual, não serão aqui abordados os relevantes aspectos de direito substancial que envolvem o instituto. Limita-se o objeto do trabalho, pois: apenas os aspectos de Direito Processual, envolvendo a demanda de declaração da aquisição da propriedade através do usucapião urbano coletivo e o processo instaurado por conta da propositura dessa demanda serão aqui apreciados.

No que concerne à demanda de declaração do usucapião urbano coletivo (que, certamente, será chamada na prática do foro de *ação de usucapião coletivo*), é preciso recordar, antes de tudo, que é essencial o preenchimento das “condições da ação” para que a mesma possa ser julgada. E as “condições da ação”, aqui como em qualquer outra demanda, são três: possibilidade jurídica, interesse de agir, legitimidade das partes.

Quanto à possibilidade jurídica da demanda, não pode haver qualquer dificuldade, vez que tal possibilidade decorre do mero fato de estar a demanda expressamente prevista no ordenamento jurí-

dico pátrio.

Quanto ao interesse de agir, tampouco há maiores dificuldades. Sendo a demanda de declaração do usucapião coletivo uma *demanda necessária* (já que a única forma de reconhecimento da aquisição coletiva da propriedade é através de sentença, nos termos do disposto no art. 10, § 2º, EC), a mera propositura da demanda já denota a existência do interesse processual.

Em outros termos, o que até aqui se expôs sobre o tema leva à afirmação de que não se poderá jamais extinguir o processo do usucapião sem resolução do mérito por impossibilidade jurídica da demanda ou por ausência de interesse de agir. [69]

Há que se examinar mais detidamente, porém, a terceira "condição da ação", a legitimidade das partes. Esta, como se sabe, é ordinariamente atribuída aos sujeitos da relação jurídica de direito material deduzida no processo (*res in iudicium deducta*). Assim, por exemplo, em uma demanda em que se pretende a condenação do demandado ao pagamento de certa dívida, a legitimidade ativa é daquele que se apresenta em juízo invocando sua condição de credor, sendo legitimado passivo aquele que o demandante apontar como seu devedor. [70] Extraordinariamente, a lei atribui legitimidade *ad causam* a quem não é apresentado em juízo como sujeito da *res in iudicium deducta*, como se dá, por exemplo, com a atribuição de legitimidade ao Ministério Público para demandar investigação de paternidade.

No caso da demanda de declaração de usucapião urbano coletivo, a legitimidade ativa é, ordinariamente, daqueles que comparecerem em juízo afirmando sua condição de possuidores que tenham adquirido a propriedade urbana através do usucapião coletivo. Cada possuidor pode demandar isoladamente, sendo ainda possível a formação de um litisconsórcio ativo, o qual será facultativo e simples. Facultativo, pois a formação do litisconsórcio dependerá da vontade de quem ajuíza a demanda. Simples, pois é perfeitamente possível conceber que algum dos litisconsortes ativos não preencha os requisitos para aquisição da propriedade, caso em que será julgada improcedente a demanda de reconhecimento de seu direito individual (ou seja, na sentença ficará acertado que esse litisconsorte não adquiriu fração ideal do terreno).

Quando um (ou alguns) dos possuidores demandar sozinho, o demandante estará em juízo não só na qualidade de legitimado ordinário, mas também como legitimado extraordinário, atuando como *substituto processual* dos possuidores que não estiverem em juízo (já

que a sentença de procedência, neste caso, reconhecerá não só a existência do direito do demandante, mas também dos outros possuidores que não forem partes da demanda). Faz-se mister, nestes casos, que a petição inicial indique quem são os substituídos processuais, a fim de que se possa reconhecer o direito de cada um deles a uma certa fração ideal de terreno (devendo a sentença de procedência declarar quem são os condôminos, e qual a fração ideal que a cada um deles corresponde).

Do que até aqui se viu, fácil concluir que é inteiramente supérfluo o inciso II do art. 12 do EC. Segundo este dispositivo, a demanda pode ser ajuizada pelos possuidores que exercem a composse da área usucapienda. Ocorre que tal hipótese já se encontra subsumida no inciso I, que afirma a possibilidade de litisconsórcio entre os possuidores.

Estabelece a lei que o litisconsórcio ativo entre os possuidores pode ser originário ou superveniente. Há aqui, pois, a previsão de uma intervenção litisconsorcial voluntária, figura de constitucionalidade controvertida.[71] Inegável é, porém, que – mesmo que não se aceite a intervenção do co-possuidor como litisconsorte – este poderá intervir no processo como *assistente qualificado* do demandante, sendo certo que a assistência é perfeitamente compatível com o procedimento a ser observado que, conforme se verá adiante, é o sumário (art. 280, I, do CPC).

É, *last but not least*, legitimada extraordinária a associação de moradores da comunidade, desde que regularmente constituída, com personalidade jurídica (art. 12, III, EC). Significa isto dizer que a associação, desde que regularmente constituída, poderá demandar em nome própria o reconhecimento de que os integrantes da comunidade adquiriram, coletivamente, através do usucapião urbano, a propriedade da área que ocupam.

Dispõe, todavia, o art. 12, III, EC, que a associação precisaria ser "explicitamente autorizada pelos representados". Surge, assim, uma dúvida: o fenômeno de que trata o aludido inciso III é *legitimidade extraordinária* ou *representação*? A questão é importante não só do ponto de vista teórico (legitimidade *ad causam*, "condição da ação", ou representação, fenômeno ligado à capacidade processual, que é pressuposto processual de validade). É importante também do ponto de vista prático. É preciso determinar se a associação de moradores atuará como substituta processual (caso em que demandará em nome próprio, na defesa de interesse alheio) ou como repre-

sentante (caso em que a demanda deverá ser ajuizada em nome dos representados, co-possuidores da área usucapienda, figurando os mesmos em juízo *representados* pela associação). Não parece ser esta última a melhor solução. A associação deve mesmo ser considerada extraordinariamente legitimada a demandar o reconhecimento da aquisição da propriedade através do usucapião coletivo. Fosse ela mera *representante*, como dá a entender a parte final do dispositivo, precisaria ela ser expressamente autorizada a estar em juízo por *todos* os co-possuidores. A ausência de autorização expressa de um só deles impediria o regular desenvolvimento do processo. Isto causaria uma estranha situação: a associação de moradores só poderia comparecer em juízo (na qualidade de representante dos co-possuidores) se todos a autorizassem, mas qualquer dos possuidores, por menor que seja sua representatividade na comunidade, poderia demandar em juízo, na defesa dos interesses do grupo, independentemente da autorização dos demais.

A associação de moradores possui *legitimacy of representation*, ou seja, é ela uma entidade legitimada a atuar na defesa dos interesses dos integrantes da comunidade. Significa isto dizer que é a associação quem, em nome próprio, deverá demandar o reconhecimento da aquisição da propriedade. Legitimada extraordinária, portanto, e não mera representante, é a associação de moradores. A parte final do inciso III do art. 12 do EC deve ser interpretada no sentido de que a integração da legitimidade extraordinária da associação depende da realização de assembléia em que seja expressamente autorizada a propositura da demanda. Não se pode exigir a autorização expressa de todos os integrantes da comunidade. Basta que, em assembléia, e com o quórum previsto no seu estatuto, seja a associação de moradores autorizada a demandar, em nome próprio, na defesa dos interesses da comunidade. A ausência de tal autorização implica “carência de ação”, por falta de legitimidade, devendo ser extinto o processo sem resolução do mérito.

Proposta a demanda pela associação, substituta processual dos moradores, deverá a petição inicial conter a indicação de todos os substituídos processuais, a fim de que o juiz possa examinar separadamente a situação jurídica de cada um dos moradores, tornando-se possível, assim, que na sentença de procedência se declare quem adquiriu a propriedade, e qual a fração ideal que a cada um corresponde.

Vista a legitimidade ativa, passa-se à legitimidade *ad*

causam passiva. Sobre esta, é silente o EC, regendo-se, pois, o tema pelas disposições do CPC. Sendo assim, a demanda de reconhecimento do usucapião coletivo deverá ser ajuizada em face daquele em cujo nome estiver registrada a área usucapienda e dos proprietários dos imóveis confinantes, entre os quais se formará um litisconsórcio passivo necessário.

No processo do usucapião coletivo intervém, obrigatoriamente, como *custos legis*, o Ministério Público.

Ajuizada a petição inicial, instaura-se o processo, em que se observará o procedimento sumário, qualquer que seja o valor da causa.

A sentença de procedência do pedido, como se dá em relação a todos os casos de usucapião, é meramente declaratória da aquisição da propriedade, devendo afirmar quem são os condôminos e qual a fração ideal que a cada um deles pertence (art. 10, § 3º, EC).

III – CUSTO ECONÔMICO DO PROCESSO

O EC assegura o benefício de justiça gratuita a quem pleiteia em juízo o reconhecimento do usucapião coletivo. Diz o art. 12, § 2º, do EC que tal benefício é atribuído ao autor, mas, a meu juízo, a lei diz menos do que pretende, devendo ser interpretada extensivamente. Considerando que, nos termos do disposto no art. 13 do EC, o usucapião coletivo pode ser argüido como defesa, parece-me que também o demandado que suscite esta matéria de defesa deverá ser atribuído o benefício. Fica, assim, aquele que argüir o usucapião coletivo, seja demandante ou demandado, isento do ônus de preparar (isto é, adiantar as custas) os atos do processo.

Não se pode, por outro lado, esquecer que o processo do usucapião coletivo é um *processo necessário* (porque, como já afirmado, a única forma de obter o reconhecimento da aquisição da propriedade através do usucapião coletivo é através do exercício da jurisdição). Assim sendo, mesmo que seja julgado procedente o pedido, reconhecendo-se o direito de propriedade coletiva, não se poderá condenar o vencido a pagar as despesas do processo e os honorários advocatícios do vencedor.

Como notório, o sistema processual brasileiro adota, com relação à obrigação de pagar as despesas processuais e os honorários advocatícios, o *princípio da causalidade*, segundo o qual aludida

obrigação recai sobre aquele que tenha dado causa, indevidamente, ao processo. Normalmente se considera que o causador do processo é o vencido, razão pela qual se fala, com muita freqüência, em *princípio da sucumbência*. A atribuição do custo do processo a quem sucumbe, porém, é apenas *id quod plerumque accidit*, ou seja, é o que normalmente acontece. Há casos, porém, em que o vencedor é o causador do processo, e sobre ele deve recair a obrigação de arcar com o seu custo. É o que se dá, por exemplo, nos casos de "carência de ação" superveniente. Pense-se, *e.g.*, em uma demanda de despejo, em que se pretende retomar o imóvel para uso de ascendente. Se, no curso do processo, o ascendente do demandante vier a falecer, perderá ele o interesse de agir, devendo o processo ser extinto sem resolução do mérito. Não foi o autor, todavia, quem deu causa indevidamente ao processo, e sim o réu, cuja resistência em desocupar o imóvel levou o locador a ter de ajuizar sua demanda. Neste caso, embora sucumbente o autor, é sobre o réu que recai o custo econômico do processo. Outro exemplo é o que se tem quando, em "ação de consignação em pagamento", o réu contesta alegando insuficiência do depósito e, em seguida, o autor o complementa. Neste caso, a sentença julgará procedente o pedido, declarando a extinção da obrigação, mas é o autor (e não é réu, vencido) quem arcará com o custo do processo, já que foi ele quem deu causa à instauração do mesmo (afinal de contas, se desde o início quisesse ele pagar o valor correto e não teria havido necessidade de consignação).

Pois bem, nos processos necessários, como o do usucapião coletivo, mesmo quando procedente o pedido, deve-se considerar que é o autor o causador do processo, já que é ele quem precisa do exercício da jurisdição para poder obter o reconhecimento da aquisição coletiva da propriedade, que por outro meio não seria alcançada. De nada adiantaria um ato extrajudicial do demandado de reconhecimento da aquisição coletiva da propriedade. Assim sendo, é sobre o demandante que deve recair o custo do processo. Ocorre que este é beneficiário da justiça gratuita.

Deste modo, conclui-se que nem o autor (por ser beneficiário da justiça gratuita) nem o réu (por não ser o causador do processo) pode arcar com o custo econômico do feito. Não haverá, pois, condenação em despesas processuais e honorários advocatícios nos processos que versem sobre usucapião urbano coletivo.

IV – A ARGÜIÇÃO DO USUCAPIÃO COLETIVO COMO DEFESA

É expressamente autorizada pelo EC (art. 13) a alegação, como defesa, do usucapião coletivo. Acolhido este fundamento de defesa (e, pois, julgada improcedente a demanda ajuizada), a sentença terá eficácia de título para registro no álbum imobiliário. Significa isto dizer que a alegação do usucapião coletivo como defesa alarga o objeto do processo, originariamente demarcado pela pretensão deduzida em juízo pelo demandante.

A ampliação do objeto do processo, *in casu*, se dá por força de lei, o que significa que o juiz deverá proferir sentença declarando a aquisição da propriedade de forma coletiva independentemente de pedido expresso neste sentido. Em outras palavras, basta que o réu alegue o usucapião coletivo como defesa, ainda que não formule *pedido* de declaração da aquisição da propriedade,[72] para que o juiz tenha de, na sentença, declarar se houve ou não a aquisição coletiva do domínio. E sendo tal declaração um julgamento do objeto do processo, tal decisão será alcançada – ao se tornar irrecorrível – pela autoridade de coisa julgada material.

Não obstante o silêncio da lei, a alegação do usucapião coletivo como defesa torna indispensável a intervenção no processo, como *custos legis*, do Ministério Público.

Por outro lado, a alegação do usucapião coletivo como defesa não implica a formação necessária do litisconsórcio entre a pessoa em cujo nome a área usucapienda esteja registrada e os proprietários dos imóveis confinantes. Este litisconsórcio, que existe quando da propositura da demanda de declaração do usucapião coletivo, é necessário *por disposição de lei*, e não pela natureza da relação jurídica de direito substancial deduzida em juízo (*res in iudicium deducta*). Não havendo expressa determinação legal no sentido de que se forme o litisconsórcio na hipótese, pois, este não se forma.

Sendo assim, a coisa julgada que venha a se formar sobre a sentença que declara a aquisição coletiva da propriedade através do usucapião coletivo argüido como defesa estará subjetivamente limitada às partes do processo, não alcançando os proprietários dos imóveis confinantes, os quais poderão, pela via própria, ir a juízo discutir qualquer questão de seu interesse (notadamente as questões relativas aos limites entre imóveis).

V – A RELAÇÃO ENTRE A DEMANDA DE DECLARAÇÃO DO USUCAPIÃO COLETIVO E OUTRAS DEMANDAS POSSESSÓRIAS E PETITÓRIAS

Trata o art. 11 do EC da relação entre a demanda de declaração do usucapião coletivo e outras demandas possessórias e petitórias, já propostas ou que se venham a instaurar. Tem, contudo, redação confusa o referido dispositivo. É o seguinte o seu texto: "Na pendência da ação de usucapião especial urbana, ficarão sobrestadas quaisquer outras ações, petitórias ou possessórias, que venham a ser propostas relativamente ao imóvel usucapiendo". Fala a lei, como se viu, em *sobrestamento* do que ainda venha a ser instaurado. Ora, como suspender o que ainda nem existe? Afinal, o dispositivo citado trata de suspensão de processos em curso ou da impossibilidade de instauração de novos processos? Ou de ambos os temas?

Há uma primeira interpretação possível para o art. 11 do EC: uma vez proposta a demanda de declaração do usucapião coletivo, ficam suspensos todos os processos, petitórios ou possessórios, que estejam em curso e tenham por objeto mediato o imóvel usucapiendo. Neste caso, se eventualmente vier a ser proposta, no curso daquele processo, alguma outra demanda que tenha por objeto mediato a mesma área, esta dará azo a um processo que deverá, assim que se tiver notícia da existência do processo de usucapião coletivo pendente, ser suspenso.

Há, porém, uma segunda interpretação possível: o dispositivo estaria criando um efeito específico da litispendência (ou seja, da pendência do processo de usucapião coletivo): tornar juridicamente impossível qualquer demanda, possessória ou petitória, que tenha por objeto mediato o imóvel usucapiendo. Tratar-se-ia, assim, de dispositivo análogo ao art. 923 do CPC. Deste modo, pendente o processo de usucapião coletivo, qualquer processo que se venha a instaurar tendo por objeto mediato o imóvel usucapiendo deverá ser extinto, sem resolução do mérito, em razão da impossibilidade jurídica da demanda.

A meu juízo, a primeira interpretação deve ser a preferida. A impossibilidade jurídica da demanda é absolutamente excepcional no sistema processual pátrio, por força da garantia de universalização da jurisdição decorrente do art. 5º, XXXV, da Constituição da República. Assim sendo, não se pode admitir a existência de uma impossibilidade jurídica de demandar, a não ser naqueles casos

em que não haja outra interpretação possível. Diante de duas interpretações razoáveis, deve o intérprete optar por aquela que afasta a impossibilidade jurídica da demanda. Assim sendo, o efeito específico da pendência do processo de usucapião coletivo é a suspensão de todos os processos, já instaurados ou que venham a se instaurar, e que tenham por objeto mediato o imóvel usucapiendo.

VI – CONCLUSÃO

Estas eram, em suma, as primeiras impressões que tinha a apresentar sobre o tema. O que posso esperar é que esta exposição seja um estopim, capaz de disparar dois diferentes tiros: em primeiro lugar, que se promova a reflexão sobre o tema aqui versado, sendo bem-vindas todas as críticas feitas às primeiras impressões aqui manifestadas; em segundo lugar, que a partir das reflexões aqui apresentadas, e das que a partir daqui venham a surgir, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro continue mostrando seu valor, realizando seu belíssimo trabalho, de alta densidade social, e permitindo que esse povo tão sofrido possa ver tornar-se realidade a solene promessa constitucional de que todas as pessoas serão dignas.

---

[68] Fala o texto da lei em ***a usucapião***, utilizando o vocábulo, assim, no gênero feminino. É tradicional na linguagem jurídica brasileira, todavia, o uso do termo como integrante do gênero masculino. É assim que o empregarei, mantendo coerência com minhas obras anteriores.

[69] Note-se: o processo não poderá ser extinto sem resolução do mérito pelos motivos apontados, mas evidentemente poderá ser extinto por outros motivos, como, *e.g.*, inépcia da petição inicial ou abandono da causa.

[70] Basta, registre-se, a alegação feita pelo demandante de que é credor, e a indicação do demandado como sendo o devedor, para que sejam eles partes legítimas, já que as "condições da ação" devem sempre ser examinadas *in statu assertionis*. Verificando-se, posteriormente, que o demandante não é credor, ou que o demandado não é devedor, será caso de improcedência da demanda, e não de "carência de ação".

[71] Não poderia deixar de registrar que sempre sustentei – e continuo a sustentar – a inconstitucionalidade da intervenção litisconsorcial voluntária.

[72] Tem-se aqui, pois, o que normalmente se chama *pedido implícito*. Trata-se, na verdade, de matéria que integra o objeto do processo independentemente de pedido, não existindo verdadeiramente um pedido formulado de forma implícita.

EMPRESAS DE ENERGIA ELÉTRICA E O USO DO SOLO URBANO

Carlos Augusto Alcântara Machado.Promotor de Justiça/SE; Mestre em Direito Constitucional; Professor de Direito Constitucional da UFS e UNIT; Coordenador do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional Processual da UFS; Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado de Sergipe (ESMESE) e Autor do livro *Mandado de Injunção – Um Instrumento da Efetividade da Constituição*, Ed. Atlas, 1999.

1.COLOCAÇÃO DO PROBLEMA:

Com a consagração da tese de inconstitucionalidade da cobrança da Taxa de Iluminação Pública, inclusive por decisão do Supremo Tribunal Federal, os Municípios de diversos Estados da federação brasileira vêm, paulatinamente, perdendo uma preciosa fonte de receita.

Em Sergipe, modestamente, contribuímos para a consolidação do entendimento com um pioneiro Parecer publicado na *Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe* (Vol. 07 – 1994) e, posteriormente, em Revistas de circulação nacional (*Ciência Jurídica* – Vol. 58 – 1994 e *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* – Vol. 06 – 1994).

Talvez em função desses reveses não previstos, as Comunas brasileiras buscaram encontrar uma outra fonte de receita: instituíram uma retribuição, devida pelas empresas concessionárias de energia elétrica, pelo uso do solo urbano em face da instalação de postes da rede de distribuição.

Leis foram criadas e antes mesmo da respectiva cobran-

ça as empresas se anteciparam e promoveram medidas judiciais preventivas.

Sem embargo de já existirem decisões judiciais assegurando o direito das empresas de energia elétrica e, consequentemente, reconhecendo a inconstitucionalidade das referidas leis municipais, ousamos, *data venia*, discordar dos fundamentos apresentados pelos arestos que chegaram em nossas mãos e, através desse breve estudo, enfrentaremos a *quaestio juris* procurando trazer outros argumentos que reputamos importantes para o esclarecimento desse polêmico tema.

Registramos, ainda, que o interesse sobre a tormentosa questão nasceu de discussões teóricas travadas com o eminente Doutor Carlos Ayres Britto, brilhante constitucionalista sergipano, que honra a cultura jurídica nacional.

Passemos, então, a enfrentar a matéria, a partir de um dos casos concretos, que servirá, exclusivamente, como paradigma para a nossa análise.

2. O MANDADO DE SEGURANÇA Nº 57/99 E A PRETENSÃO DA EMPRESA ENERGÉTICA DE SERGIPE:

A EMPRESA ENERGÉTICA DE SERGIPE S.A. - ENERGIPE, empresa privada, concessionária de serviços públicos de energia elétrica, com área de concessão em parte do território do Estado de Sergipe, com base na legislação em vigor, impetrou **MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO** contra ato na iminência de ser praticado pelo **SR. PREFEITO DO MUNICÍPIO DA BARRA DOS COQUEIROS,** em face da promulgação da Lei Complementar Municipal nº 03, de 17 de maio de 1999 que autoriza o Poder Executivo a cobrar taxa pela instalação de postes para serviços de energia elétrica.

Alegou a impetrante, sustentando a sua tese, não ser possível a cobrança, pois o tributo criado estaria eivado de ilegalidade e inconstitucionalidade.

Justificou que o tributo criado feriu o art. 155, § 3º da Lei Maior, e que o serviço de energia elétrica por ser concessão federal, reservou a Carta Magna à União a competência exclusiva para dispor sobre a matéria. (art. 21, XII, “b” e art. 22, IV – CF).

Por outro lado, aduziu a impetrante, que a legislação específica aplicada aos serviços de energia elétrica (Código de Água

e Decretos Federais) concedeu-lhe o direito de ocupar o território municipal, sem ônus para as concessionárias.

Prestando informações, o impetrado refutou a tese da ENERGIPE, lastreado na teoria da autonomia municipal e, paralelamente, justificando que a retribuição prevista na Lei Complementar nº 03/99 não tinha natureza tributária.

Sustentou, nesse passo, a inconstitucionalidade do Decreto Federal Nº 84.398/80.

Com base nesses dados, passemos a aprofundar o questionamento e a pretensão da Empresa de Energia Elétrica procurando, sobretudo, buscar a exegese dos dispositivos constitucionais e da legislação aplicável às empresas de energia elétrica, além de investigar a natureza jurídica da retribuição instituída.

Antes, porém, imperioso se torna fazer uma brevíssima exposição sobre o uso dos bens públicos, especificamente voltado para o caso objeto dessa reflexão.

3. DO USO DOS BENS PÚBLICOS:

Preceitua o art. 68 do Código Civil Brasileiro que *"o uso dos bens públicos pode ser **gratuito**, ou **retribuído**, conforme as leis da União, dos Estados, ou dos Municípios, a cuja administração pertencerem"*.

A hipótese enfrentada versa sobre a utilização de bens de uso comum (art. 66, I – CC), tais como ruas, praças e estradas.

Tais bens, no dizer de **CLÓVIS BEVILAQUA** (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil,* vol. I, Editora Rio, 1975, p. 301), pertencem a todos (*res communes omnium*). Diz o mestre, com singular clareza, que o proprietário desses bens é a coletividade, sendo confiadas à Administração Pública a sua guarda e **gestão**.

É de todos sabido e ressabido que a **regra** pela utilização dos bens públicos é a **gratuidade**. A contribuição pecuniária, no entanto, apesar de exceção, é devida em retribuição ao uso dessas coisas, em condições particulares.

A propósito do tema, esclarecedoras são as lições de **J. N. CARVALHO SANTOS** no seu sempre citado *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. II, Freitas Bastos, 1950, as quais é de se invocar neste particular (págs. 159/160):

"A gratuidade não pode ser exigida **senão para o que se pode denominar de uso ordinário e normal do domínio público**.

Isto é o que se diferenciam a circulação sobre uma praça pública, **da edificação sobre o solo desta praça**.

É contrária à sua destinação natural, **no sentido de acarretar** um **certo embaraço à circulação livre**".

O entendimento colacionado justifica-se pelo fato de representar para o beneficiário, isto é, para aquele que se utiliza do bem público, um *plus*, uma vantagem não assegurada a todos os munícipes. Esta é a razão pela qual, lastreado em argumento doutrinário de autoridade, conclui-se pela possibilidade, mesmo que excepcional, da **utilização onerosa de bens de uso comum do povo**.

Permitimo-nos trazer, à título meramente de reforço, também o magistério de **CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA**, quando, abordando a natureza inalienável e imprescritível, em regra, dos bens de uso comum do povo, com utilização normalmente sem restrições ou ônus, sentenciou (*Instituições de Direito Civil*, 16ª edição, Forense, 1994, p. 280):

"Mas não se desfiguram a sua natureza, nem perdem eles a sua categoria, se os regulamentos administrativos condicionarem a sua utilização a requisitos peculiares, ou restringirem o seu uso em determinadas condições, ou ***instituírem o pagamento de retribuição*** *(Código Civil de 1916, art. 68)".*

Adotando posicionamento similar, **THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI**, no clássico *Tratado de Direito Administrativo*, vol. III, 4ª edição, Freitas Bastos, 1960, pp. 374/375.

Evidencia-se a necessidade, averbe-se, de, em homenagem ao princípio constitucional da legalidade (art. 5º, II – CF), existir lei disciplinando a matéria, pois *"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"*.

Ademais, a atividade da Administração Pública será sempre *sub lege* (art. 37, caput – CF). Havendo lei regulando a questão, revela-se possível a retribuição pela utilização de bens públicos. **E tal retribuição não tem caráter tributário**.

Após a publicação da primeira versão do presente estudo, tivemos a oportunidade de ter acesso a dois Pareceres sobre a matéria: Um da lavra do eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal aposentado e Ex-Consultor-Geral da República **DR. LUIZ RAFAEL MAYER** e outro do festejado juspublicista **DR. TOSHIO MUKAI**. Nos

dois brilhantes pareceres, os quais nos foram encaminhados gentilmente pelo **DR. ALBERTO J. MARQUES**, Procurador Federal aposentado e Consultor Institucional da Fundação Franco-Brasileira de Pesquisa e Desenvolvimento – FUBRAS, os posicionamentos são coincidentes.

O **DR. RAFAEL MAYER**, concluiu o seu magnífico estudo com as seguintes conclusões, além de outras, sempre na linha da possibilidade de cobrança pelo uso privativo de bens públicos **(*Parecer de 02 de agosto de 2001 – Fundação Franco-Brasileira de Pesquisa e Desenvolvimento*)**:

a)Incumbe à administração o poder-dever de exigir retribuição pecuniária pela utilização privativa dos bens públicos de uso comum do povo, não lhe sendo lícito renunciar à percepção da receita pública daí advinda, salvo lei municipal isentiva, de caráter especial;

b)É cabível a cobrança de retribuição, a qualquer tempo, pelo uso privativo de bem público, mesmo quanto ao uso preexistente, não remunerado, pois não há direito adquirido à gratuidade por parte do particular beneficiário.

TOSHIO MUKAI, após uma profunda análise sobre a natureza jurídica da retribuição cobrada pelo uso de bem público municipal, por empresa de telecomunicação, manifesta-se pela possibilidade de o município impor autorizações para a passagem de equipamentos às concessionárias de serviços públicos, e, para isso exigir-lhes uma remuneração **(*Parecer de 03 de setembro de 2001 – Prefeitura Municipal de Cláudio/MG*).**

Quando da sua profunda análise o **DR. TOSHIO MUKAI**, invoca o magistério da não menos ilustre **LÚCIA DO VALLE FIGUEIREDO** que, ao comentar os arts. 73 e 74 da Lei nº 9.472/97 em estudo publicado no BDA, nº 6, NDJ 424 – *Telecomunicações e Infra-Estrutura: arts. 73 e 74 da Lei nº 9.427/97*, reconhece a nítida possibilidade de cobrança pela Municipalidade de retribuição pelo uso do solo urbano, *"dentro do critério de razoabilidade e proporcionalidade, a fim de não onerar as tarifas cobradas aos usuários pelas concessionárias"* (p. 427).

Esse o entendimento de **ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL**, Mestre em Direito Administrativo e Coordenador-Geral do Centro de Estudos sobre Licitações e Contratos – CELC (São Paulo), manifestando-se em Parecer sobre a possibilidade de ser cobrada das concessionárias de serviços públicos de gás canalizado, energia

elétrica e telecomunicações uma retribuição pelo uso do solo urbano, citado por **ALBERTO J. MARQUES**, também em valoroso Parecer sobre a matéria, em outubro de 2001, atendendo consulta do Município de Delfim Moreira, Estado de Minas Gerais.

ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL, respondendo às indagações formuladas, concluiu:

a)"O uso de bem de uso comum do povo independe de remuneração, podendo, excepcionalmente, ser cobrada, por esse uso, uma "retribuição", nos termos do art. 68 do Código Civil Brasileiro. Quanto ao uso especial desses bens, é ele, em regra passível de cobrança de remuneração pelo Poder Público".

b)"A utilização, pelas concessionárias de serviços públicos de gás canalizado, energia elétrica e telecomunicações, de faixas de domínio em rodovias concedidas deve ser objeto de permissão de uso de bem público. Em contraprestação pela outorga dessa permissão, o Poder Público pode cobrar da permissionária um preço semiprivado ou quase privado..."

Como se percebe, a doutrina invocada navega em águas tranqüilas, porquanto todos os Mestres são acordes em reconhecer devida a retribuição, com lastro inicial no art. 68 do Código Civil, **não tendo tal retribuição, caráter tributário**.

O fato de impropriamente ter a lei municipal que instituiu a retribuição dado a mesma a natureza de *taxa*, portanto tributo, ao nosso juízo é irrelevante, pois o que importa é a sua natureza jurídica e não o seu *nomem juris*.

4.A LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA INVOCADA PELA EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA E A AUTONOMIA MUNICIPAL

Procurando fundamentar a sua tese em bases estritamente jurídicas, a empresa concessionária trouxe a lume o Código de Águas e Decretos Federais (Decretos nºs 41.019/57 e 84.398/80), os quais justificariam a impossibilidade de cobrança de quaisquer retribuições pelo uso do solo urbano.

Em face das peculiaridades e considerando a nova ordem constitucional inaugurada pela Carta Magna de 1988, mister se faz uma análise cautelosa da legislação antes referida.

Dispõe o ***Código de Águas*** (Decreto nº 24.643, de 10.07.34), no seu art. 151, "a", que "*para executar os trabalhos definidos no contrato, bem como, para explorar a concessão, o concessionário, terá, além das regalias e favores constantes das leis fiscais e especiais, os seguintes direitos:*

Utilizar os terrenos de domínio público e estabelecer as servidões dos mesmos e através de estradas e vias públicas, com obrigação aos regulamentos administrativos" (sem o destaque no original).

Similar dispositivo encontramos no **Decreto Nº 41.019**, de 26 de fevereiro de 1957 que estabelece o Regulamento de Serviços de Energia Elétrica, mais especificamente o art. 108, "a".

Ninguém questiona que as eventuais servidões, notadamente as de passagem, constituem-se em servidões administrativas essencialmente afetadas de utilidade pública. E uma de suas características fundamentais é a exigência de indenização, desde que recaiam em terrenos particulares. Esse, inclusive, o entendimento consubstanciado por **ANTÔNIO DE PÁDUA NUNES** no seu *Código de Águas*, vol. II, 2ª edição, RT, 1980, pág. 72.

A legislação colacionada, em nenhum momento, dispõe que a ocupação de terrenos públicos de não propriedade do poder concedente seria, necessariamente, GRATUITA. Um outro diploma normativo, no entanto, merece uma especial análise.

O **Decreto Federal Nº 84.398**, de 16 de janeiro de 1980, modificado pelo Decreto Nº 86.859, de 19 de janeiro de 1982, trata de ocupação de terrenos públicos em geral e, de forma expressa, determina:

"Atendidas as exigências legais e regulamentares referentes aos respectivos projetos, **as autorizações serão por prazo indeterminado e sem ônus** para os concessionários de serviços de energia elétrica" (art. 2º).

Diante do conteúdo do art. 2º, o impetrante fundamentou a sua pretensão e justificou, em particular, a impetração do ***mandamus*** de natureza preventiva.

Em face dessa legislação específica poder-se-ia chegar a uma conclusão que protegeria as pretensões da empresa concessionária de energia elétrica. Todavia, quer nos parecer que tal conclusão não se coaduna com o atual espírito do ordenamento jurídico capitaneado pela *Lex Legum*, promulgada em 05 de outubro de 1988.

Não se pode interpretar um sistema jurídico da base para o topo. Vale dizer: num sistema hierarquizado de normas, o ordenamento tem que ser compreendido, sempre e necessariamente, a partir da Constituição, fundamento de validade de todas as normas infraconstitucionais. Em razão dessa análise hermenêutica, todas as vezes que ocorre a manifestação do Poder Constituinte Originário com o surgimento de uma nova Constituição, a legislação ordinária somente sobreviverá, se compatível com a recém-nascida Carta Magna. É o que a doutrina convencionou chamar de fenômeno da **RECEPÇÃO**. Desde que a legislação de inferior hierarquia se encontre em linha de colisão com a nova orientação constitucional **estará automaticamente revogada**.

A atual Constituição Federal, diferentemente de todas as anteriores, privilegiou, sobremaneira, o Município.

Concedeu-lhe **autonomia** de uma forma muito ampla, equiparando-o à condição dos demais entes federados (Estado-membro e Distrito Federal). O art. 18 se expressa de forma inequívoca. E a autonomia se situa nos planos administrativo, político e financeiro.

Como registra **HELY LOPES MEIRELLES** (*Direito Municipal Brasileiro*, Malheiros, 1993, págs. 78 e seguintes), dispõem os Municípios de *um direito público subjetivo de organizar o seu governo e prover a sua Administração, nos limites que a Lei Maior traça*. E diz mais: a atual Constituição da República **inscreveu a autonomia como prerrogativa intangível do Município**, capaz de autorizar, inclusive, a Intervenção Federal, para mantê-la ou restaurá-la (Art. 34, VII, "c").

Ora, em face do expendido, seria razoável conceber a hipótese de um Decreto Federal (não lei e mesmo que fosse lei) interferir na administração municipal, no seu patrimônio, nos seus bens, violando flagrantemente a sua AUTONOMIA, conferida constitucionalmente ?

Desde que se concluísse pela possibilidade, seria o mesmo que defender a tese de que estaria a União autorizada a instituir isenções de tributos (se fosse o caso) de competência dos municípios, prática expressamente vedada pela Lei das Leis no seu art. 151, III **e não prescrita** nas **Constituições anteriores, frise-se**.

Posição diversa era praticada no passado, sendo a matéria objeto da **Súmula do STF nº 78**, hoje inaplicável: *estão isentas de impostos locais as empresas de energia elétrica, no que diz res-*

peito as suas atividades específicas.

Destaque-se, nessa mesma linha de raciocínio, que o fato de o serviço público de energia elétrica ser de competência da União (art. 21, XII, "b" – CF) e, ainda, por competir privativamente à União (art. 22, IV – CF) legislar sobre energia, não autoriza a essa pessoa política estatal (União) interferir na **AUTONOMIA** do Município. Não se pode confundir disciplinamento sobre o serviço, na qualidade de poder concedente, com a ingerência indevida – **e portanto inconstitucional** – na disposição do patrimônio de outro ente estatal, pois o uso dos bens integra, necessariamente, o exercício da autonomia de cada ente.

Invocando, mais uma vez, o magistério de **HELY LOPES MEIRELLES** (ob. cit., pág. 232), registre-se que em qualquer dos usos dos bens municipais, cabe somente ao Município interferir como poder administrador, *"disciplinando e policiando a conduta do público e dos usuários especiais, a fim de assegurar a conservação dos bens e possibilitar a sua normal utilização, tanto pela coletividade quanto pelos indivíduos, como, ainda, pelas repartições administrativas que também usam dos próprios bens municipais para a execução dos serviços públicos".*

Diferentemente, no entanto, seria se o Município vedasse a utilização das áreas necessárias à implantação das instalações elétricas, o que não é o caso.

Isso sim é consequência imediata da concessão. Não se pode prestar o serviço, sem poder realizá-lo materialmente. Na hipótese, como ressalta o respeitado mestre **ADILSON ABREU DALLARI**, eminente Professor Titular de Direito Administrativo da PUC/SP (*Uso do espaço urbano por concessionárias de serviços de telecomunicações,* RDA 223, Rio de Janeiro, jan./mar. 2001, p. 49), *"o Município pode ser até mesmo compelido judicialmente a ceder o domínio ou o uso de seus bens para viabilizar o funcionamento de um serviço público federal, por meio de desapropriação ou constituição de servidão administrativa,* **mas não gratuitamente"** (sem o destaque no original).

Aliás, a própria legislação mais recente sobre a matéria, Lei Nº 9.074, de 07 de julho de 1995, consolidada pela Lei Nº 9.648, de 27 de maio de 1998, no seu art. 10, estabelece que *cabe à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL declarar de utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, das áreas necessárias à implantação de instalações de conces-*

sionários, permissionários e autorizados de energia elétrica.

Outra não é a inteligência do art. 29, IX da Lei Nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, mencionando, expressamente, a responsabilidade pelas indenizações, dispositivo citado somente a título de argumentação.

Assevere-se, ainda, que mesmo assim, a utilização **dos bens do município ocorrerá com prévia permissão municipal**, como já decidiu o Excelso Pretório, antes do advento da Constituição de 1988, na década de 60, quando a autonomia municipal não era tratada com a dimensão apresentada na atual Lei Maior (RTJ 00023-01, págs. 110/111 – Acórdão citado pelos advogados do Município de Barra dos Coqueiros – Escritório Carlos Ayres Britto – quando das informações prestadas no MS Nº 57/99).

Assim, se a legislação desta década menciona a necessidade de desapropriação ou instituição de servidões administrativas, cabendo à concessionária os encargos decorrentes das indenizações respectivas, de clareza solar a conclusão: não decorre da concessão, nem do poder concedente, o direito automático de utilização de bens particulares ou públicos (estaduais, distritais ou municipais) a título exclusivamente GRATUITO.

Neste momento já se pode apresentar uma **segunda conclusão**: o art. 2º do Decreto Nº 84.398/80 no que concerne à utilização dos bens públicos municipais, **sem ônus, não foi recepcionado pela nova ordem constitucional**, não podendo, por conseguinte, ser invocado.

5.EXEGESE DO ART. 155, § 3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL:

Um último ponto a ser abordado se relaciona com a eventual aplicação do art. 155, § 3º da Constituição Federal, que na redação originária da Lei Maior vigente, tinha o seguinte texto:

"Art.155.....

.....

§ 3º À exceção dos tributos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro tributo poderá incidir sobre operações relativas à energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País".

As empresas de energia elétrica valeram-se dessa regra constitucional para invocar a situação de uma pretensa imunidade parcial e, consequentemente, justificar a impossibilidade da cobrança da retribuição pelos Municípios.

Esse o fundamento dos acórdãos, cujas ementas transcrevemos nessa oportunidade:

"Tributário – Preço Público – Mandado de segurança concedido contra ato de autoridade pela cobrança de 'preço público' por ocupação do espaço público pela implantação de postes de distribuição de energia elétrica – Reexame necessário – Taxa travestida de Preço Público – Diferenciação – Município de Cachoeira Paulista – Decreto Municipal nº 26/96 – Inadmissibilidade da cobrança – **Concessionária que recebeu isenção tributária** *– Afronta aos arts. 21, inciso XII, "b", 22, inciso VI e 145, inciso II, da CF/88 – Recurso improvido." (Ac un da 10ª C do 1º TAC SP – AC 776.264-3 – j 11.08.98 – DJ SP I – 16.09.98, p. 93 – ementa oficial).*

Mandado de Segurança. Preliminares. Impropriedade do meio e ilegitimidade ativa. Argüição de inconstitucionalidade de lei na via de exceção. Rechaçadas as preliminares porque, em se tratando de controle difuso, pode ser exercido por qualquer pessoa e em qualquer processo. Conhece-se, também, a segurança, por se dirigir contra lei de efeitos concretos, que gera efeito imediato, não necessitando de ato normativo posterior e é direcionada a ente definido, não se revestindo do caráter de generalidade e abstração atinentes às leis em geral. No mérito, declara-se a inconstitucionalidade, na via incidental, da taxa de ocupação por solo público, no âmbito do município de São Cristóvão, que objetiva tarifar, à concessionária de energia elétrica, o solo de logradouros públicos para afixação de postes indispensáveis à transmissão de energia elétrica, inteligência do art. 155, § 3º da CF e legislação infraconstitucional pertinente – arts. 1º e 2º do decreto 84.398/80. (**Ac. nº 2.166/99 – MS nº 20/99 – AJU – Rel. Des. Aloísio de Abreu Lima – DJE de 25.10.99 – pág. 07).**

A primeira vista pode parecer que o dispositivo constitucional indigitado se adequa perfeitamente ao caso em tela. Teríamos, aparentemente, uma situação de "não incidência" constitucional ou, na linguagem da doutrina, uma imunidade virtual, consagrando, indiretamente, uma vedação ao legislador ordinário (federal, estadual, distrital ou municipal).

Debruçando-se sobre o caso objeto da investigação, ape-

sar de não se negar a existência da imunidade parcial, pois mandamento constitucional, é forçoso reconhecer que não tem aplicação no objeto discutido. O legislador constituinte ao trazer a presente regra afirmou que, sendo considerada a energia elétrica como "mercadoria", sobre ela e sobre as suas operações, somente incidiriam ICMS (imposto estadual), I.I. e I.E. (importação e exportação – impostos federais).

Não afirmou, direta ou indiretamente, que as concessionárias de energia elétrica estavam imunes a outros tributos. Disse, isto sim, que nas **operações de energia elétrica** não poderiam incidir outros tributos, salvo os definidos constitucionalmente.

Tanto isso é verdade que o legislador constituinte excluiu, expressamente, até mesmo as empresas públicas e sociedades de economia mista da imunidade geral prevista no art. 150, VI, "a" (ver § 3º). A impetrante, em que pese concessionária de Serviço Público, é empresa privada. Se os entes da administração indireta não possuem imunidade geral, muito menos a impetrante.

Tal disposição foi incluída na Lei Suprema em face da extinção dos chamados impostos únicos que vigoravam na antiga ordem constitucional.

A propósito do tema, é de se trazer à baila as conclusões de **SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO** após comentar o dispositivo em análise (*Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário*, Forense, 6ª edição, Rio de Janeiro, 1997, pág. 407):

"Como sabido, estas mercadorias (e a energia o é, pois é coisa móvel sujeita a tipificar o crime de furto; subtração de coisa alheia móvel) estavam, antes da CF de 1988, sujeitadas aos chamados impostos únicos. Eram assim chamados porque além de monofásicos (só podiam incidir numa das fases do ciclo de circulação, excluídas as demais fases) excluíam a incidência de outros tributos sobre os objetos por eles já incididos. Com a subsunção dos impostos únicos no título do ICMS, quebrou-se a imunidade e adotou-se a não cumulatividade. Então para previnir "outros tributos" foi lavrada a regra da imunidade virtual ora em foco".

Outro não poderia ser o entendimento, lastreado em dois argumentos insuperáveis: 1º) A imunidade é de natureza tributária e a retribuição a ser cobrada não tem o caráter de tributo, consoante registrado no item 3 desse estudo; 2º) A não-incidência se relaciona tão somente às operações de energia elétrica e não a todas e quaisquer atividades prestadas pela empresa concessionária. Ou será que a

impetrante, com fundamento em tal imunidade, iria pleitear o não pagamento de Imposto sobre a Renda, Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana ou, mesmo, Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis ?

A não-incidência existe para preservar as operações de compra, venda, transformação de **energia elétrica**. Diz respeito à atividade de geração e distribuição de **energia** em si, tão-somente. Como referiu **SACHA COELHO**, a imunidade abrange a **tributação sobre a energia, enquanto mercadoria**. E só.

O próprio Supremo Tribunal Federal, julgando o RE nº 216.286 (Informativo STF nº 233), em que se analisava a possibilidade de exigência do IPMF em operações financeiras de empresas de combustíveis, em face do disposto no art. 155, § 3º da CF, manifestou-se no mesmo sentido aqui defendido:

"O legislador constituinte federal optou por fixar, nesse caso específico, a imunidade tributária restrita às operações em si mesmas, consideradas a produção, a importação, a distribuição ou o consumo de combustíveis, sem estendê-la a outras operações realizadas pela empresa produtora. Decisão que concluísse de forma diversa, incidiria em ampliação indevida, vedada pelos princípios que norteiam a hermenêutica constitucional".

A interpretação de tal norma constitucional, já tinha na pena do **DOUTOR ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA** uma interpretação restritiva. Dizia o emérito professor que o dispositivo da *Lex Maxima* se referia tão somente a impostos (tributos não-vinculados), pois, como afirmava *"a expressão 'nenhum outro tributo' foi empregada no sentido de 'nenhum outro imposto'.* E concluía: *"...nada impede que taxas (de polícia ou de serviço) ou contribuições (v.g., contribuições sociais para a seguridade social) venham a alcançar pessoas que eventualmente pratiquem as mencionadas operações* (*Curso de Direito Constitucional Tributário*, 16ª edição, Malheiros, São Paul, p. 676).

Após sua lúcida análise, vale-se do magistério de **ALIOMAR BALEEIRO** para asseverar que a imunidade *"protege objetivamente a coisa apta ao fim, sem referir-se à pessoa ou entidade"* (op. cit., p. 678).

Caso assim não fosse, como já dito nesse mesmo tópico, a interpretação seria completamente sem sentido, porquanto, ainda na esteira do pensamento do mestre paulista, festejado professor da PUC-SP, a imunidade discutida é de **natureza objetiva e não**

subjetiva. A imunidade do § 3º do art. 155 veda a cobrança de outros impostos sobre as operações de energia elétrica, não excluindo, por exemplo, *"o imposto sobre a renda, o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, o imposto sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a ele relativos, que nascem de outros fatos econômicos e, mais do que isso, são **pessoais**".*

A interpretação levada a efeito por **ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA**, no que diz respeito à correta extensão do vocábulo "tributo", constante o disposto no art. 155, § 3º, foi absorvida pela **Emenda Constitucional nº 33, de 11 de dezembro de 2001**, uma vez que, definitivamente, modificou o dispositivo, substituinte o substantivo "**tributo**" por "**imposto**".

6.O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE E A MUDANÇA DE ENTENDIMENTO

Após a elaboração desse estudo, tivemos o prazer e a honra de encaminhá-lo a alguns Desembargadores do Tribunal de Justiça de Sergipe, os quais, após intensa meditação, modificaram seus anteriores posicionamentos (ver Ac. nº 2166/99 – TJSE), acatando a tese aqui defendida e agregando novos elementos no julgamento dos Mandados de Segurança nº 021/99 (Ac. nº 01/2000); MS nº 057/99 (Ac. nº 03/2000) e MS nº 023/99 (Ac. nº 341/2000).

Eis as respectivas ementas:

> "Mandado de Segurança Administrativo – Uso do solo urbano – Fixação de tarifa – Constitucionalidade – Autonomia Municipal.
>
> 1.Em face da autonomia Municipal, estabelecida nos arts. 18 e 29 da Constituição Federal, têm os Municípios poder e competência para legislar sobre impostos, taxas e tarifas públicas;
>
> 2. A imunidade de que trata a Constituição Federal no § 3º, do art. 155, é de natureza tributária e a retribuição cobrada, com base na Lei Municipal impugnada, não tem caráter de tributo, mas de tarifa, que difere de taxa. Assim, o fato gerador da cobrança, previsto na Lei Municipal, é de natureza adminis-

trativa e não tributária, uma vez que visa fixar o preço público para o uso do solo municipal, no exercício de suas atribuições constitucionais.

3. Mandamus denegado. Decisão por maioria."

(MS 021/99 – AC. nº 01/2000 – Rel. Des. Manuel Pascoal Nabuco D´Ávila – TJSE. Com idêntica ementa o Acórdão 03/2000 no MS 57/99).

"Administrativo e Constitucional – Taxa Municipal pela instalação e utilização de postes nas redes de energia elétrica – Preliminares de incabimento do *mandamus* – Ato normativo municipal cuja compatibilidade com a Constituição Federal, só poderá ser aferida pela via difusa – Ato normativo revestido de efeitos concretos – Prova préconstituída – Matéria de Direito – Preliminares rejeitadas – Mérito – Uso do solo urbano – Fixação de Tarifa – Constitucionalidade – Autonomia municipal – Ordem denegada – Decisão por maioria.

Em face da autonomia Municipal, estabelecida nos arts. 18 e 29 da Constituição Federal, têm os Municípios poder e competência para legislar sobre impostos, taxas e tarifas públicas;

A imunidade de que trata a Constituição Federal no § 3º, do art. 155, é de natureza tributária e a retribuição cobrada, com base na Lei Municipal impugnada, não tem caráter de tributo, mas de tarifa, que difere de taxa.

Assim, o fato gerador da cobrança, previsto na Lei Municipal, é de natureza administrativa e não tributária, uma vez que visa fixar o preço público para o uso do solo municipal, no exercício de suas atribuições constitucionais." (MS 023/99 – Ac. nº 341/2000 – Rel. Des. José Antônio de Andrade Goes).

7.A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

Posteriormente a publicação inicial do presente estudo (**Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe, vol. 16, 1999, p. 78/89; Revista Trimestral de Direito Público, vol. 27, Malheiros, São Paulo, p. 123/130 e Revista Literária de Direito,**

vol. 34, Editora Literária de Direito Ltda., São Paulo, p. 29/33), o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em 15 de maio de 2001, através da sua Segunda Turma, julgando o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 12081/SE (2000/0053957-0), enfrentou a matéria, julgando exatamente o caso do Município da Barra dos Coqueiros, Estado de Sergipe, objeto do presente estudo.

Lamentavelmente, esse Tribunal Superior manteve a posição que vinha sendo praticada em alguns Tribunais brasileiros, por intermédio do voto condutor da Excelentíssima Senhora Ministra Eliana Calmon, relatora do processo.

Eis a ementa:

"ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO – TAXA DE LICENÇA PARA PUBLICIDADE PELA EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE EM LOGRADOUROS PÚBLICOS.

1.A intitulada "taxa", cobrada pela colocação de poste de iluminação em vias públicas não pode ser considerada como de natureza tributária porque não há serviço algum do Município, nem o exercício de poder de polícia.

2.Só se justificaria a cobrança como PREÇO se se tratasse de remuneração por um serviço público de natureza comercial ou industrial, o que não ocorre na espécie.

3.Não sendo taxa ou preço, temos a cobrança pela utilização das vias públicas, utilização esta que se reveste em favor da coletividade.

4.Recurso ordinário provido, segurança concedida."

Efetivamente, a nosso juízo, agiu bem o Egrégio Tribunal, ao não conferir à cobrança pelo uso do solo urbano a natureza jurídica de taxa. Consoante registrado anteriormente, não tem a retribuição cobrada natureza tributária, pelos argumentos ali aduzidos. Entretanto, caso contivesse os elementos constitucionais necessários para a cobrança, na qualidade de *taxa*, a imunidade invocada seria inaplicável, como já explicitado no item

5. Data maxima venia entendemos equivocada a invocação da imunidade, mesmo que *en passant*, no voto da Ministra-Relatora.

Respeitosamente, a nosso juízo, laborou em equívoco o Egrégio Superior Tribunal de Justiça quando deu provimento ao Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Quer nos parecer que a hipótese vem a ser exatamente a de *"uso remunerado de bens públicos"* ,

na mesma linha de argumentação de **ALBERTO J. MARQUES**, em entrevista na Revista Jurídica *CONSULEX*, Nº 111, de 31 de agosto de 2001, p. 6/7. Como registrou, a receita auferida pela utilização de bem público é de natureza patrimonial, não tributária.

Os argumentos expostos no item 3, fundamentam o posicionamento que defendemos, engrossando fileiras com o pensamento dos renomados juristas que trouxemos a colação nessa nova versão do trabalho.

6.CONCLUSÕES:

Ao cabo dessa análise, cabe-nos apresentar as conclusões:

a)O uso dos bens públicos, em especial o do solo urbano, por expressa disposição legal, pode ser gratuito ou oneroso, não havendo nenhum óbice para, mediante lei, ser fixada retribuição pela utilização *uti singuli* do respectivo bem;

b)O Município, em face de sua autonomia como ente integrante de Federação Brasileira, **poderá fixar**, obedecendo ao princípio da legalidade, **retribuição pelo uso do solo urbano**, que não terá natureza tributária;

c)A competência privativa da União para legislar e dispor sobre concessão do serviço público de energia elétrica não tem abrangência de interferir na autonomia municipal, pois prerrogativa de raiz constitucional e inerente à estrutura do Estado brasileiro;

d)O art. 2º do Decreto Federal Nº 84.398/80, na parte que autoriza o uso do solo **sem ônus**, não foi recepcionado pela atual ordem constitucional;

e)Como decorrência da concessão do serviço público de energia elétrica a utilização do bem público é compulsória, mas necessita de autorização do ente estatal (município), a título gratuito ou oneroso;

f)A imunidade parcial constante do art. 155, § 3º da Lei das Leis diz respeito tão somente às operações relativas à energia elétrica, não se aplicando à cobrança da retribuição pela instalação de postes de energia elétrica (uso do solo urbano).



O REGIME CONSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Carlos Ayres Britto.Doutor em Direito Constitucional pela PUC de São Paulo e professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS).

SUMÁRIO: 1. A natural diversidade de interpretação dos dispositivos jurídicos. 2. O Tribunal de Contas da União enquanto órgão não-integrante do Congresso Nacional. 3. O Tribunal de Contas da União como instituição não-subalterna ao Congresso Nacional. 4. A independência e harmonia entre o Tribunal de Contas da União e o Congresso Nacional. 5. A distinção entre função, competências e atribuições. 6. Os Tribunais de Contas enquanto órgãos não-exercentes da função jurisdicional do Estado. 7. A natureza político-administrativa dos Tribunais de Contas. 6. O controle externo e seu vínculo funcional com o princípio republicano.

1. A NATURAL DIVERSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DOS DISPOSITIVOS JURÍDICOS

1.1. Sempre que participo de um ritual católico (embora seja verdade que não participo sempre), nunca deixo de rezar o "Pai Nosso". E é de longa data que verifico ser o substantivo feminino "tentação", ali, encarado como *um pedaço de mau caminho*. *Um afasta de mim esse cálice*, pois é isso que deduzo do trecho "não nos deixeis cair em tentação, mas livrai-nos do mal, amém". Entretanto, eu me remeto para **Epicuro** (341/270 a.C.), na Grécia antiga, e vou identificar sobre o mesmo tema (a tentação) um juízo de valor diametralmente diferenciado, porquanto expresso neste aconselhamento: "quando a tentação chegar, ceda logo antes que ela vá embora".

1.2. Trago à baila esta comparação prosaica para lem-

brar o fato de que, nos domínios da Ciência Jurídica, os mesmos dispositivos-objeto se prestam a interpretações diferentes e até mesmo contrárias. Tal como se dá com o Evangelho de Cristo, a suscitar nos evangelistas posturas interpretativas que vão da descoincidência lateral à oposição frontal. Com o que já antecipo minhas escusas pela discrepância de entendimento entre o que já se escreveu (e bem) sobre os Tribunais de Contas e as breves notas que, nesta exposição, levam a minha assinatura.

1.3. Como de remansoso conhecimento, a lei em sentido material quer valer para todas as ações a que se refere e por isso é que se dota do atributo da generalidade. Quer valer para todos os sujeitos a quem se destina e por esse motivo se confere a característica da impessoalidade. Quer valer para sempre (enquanto não for revogada, lógico) e daí o seu traço ontológico da abstratividade. Ora, querendo-se assim genérica, impessoal e abstrata, é dizer, querendo-se válida para tudo, para todos e para sempre, a lei não tem como fugir do discurso esquemático ou *clicherizador* da realidade; que é um discurso eminentemente simplista, reducionista. Do que decorre ter que *pagar um preço* por essa linguagem-rótulo e o preço que a lei paga por incidir nesse tipo de comunicação verbal contracta é a abertura dos seus flancos para o dissenso interpretativo.

2. O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO ENQUANTO ÓRGÃO NÃO-INTEGRANTE DO CONGRESSO NACIONAL

2.1. Feita a ressalva, começo por dizer que o Tribunal de Contas da União **não é órgão do Congresso Nacional, não é órgão do Poder Legislativo**. Quem assim me autoriza a falar é a Constituição Federal, com todas as letras do seu art. 44, *litteris*: "O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, **que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal**" (negrito à parte). Logo, o Parlamento brasileiro não se compõe do Tribunal de Contas da União. Da sua estrutura orgânica ou formal deixa de fazer parte a Corte Federal de Contas e o mesmo é de se dizer para a dualidade Poder Legislativo/Tribunal de Contas, no âmbito das demais pessoas estatais de base territorial e natureza federada.

2.2. Não que a função de julgamento de contas seja desconhecida das Casas Legislativas[73]. Mas é que os julgamentos

legislativos se dão por um critério subjetivo de conveniência e oportunidade, critério, esse, que é forma discricionária de avaliar fatos e pessoas. Ao contrário, pois, dos julgamentos a cargo dos Tribunais de Contas, que só podem obedecer a parâmetros de ordem técnico-jurídica; isto é, parâmetros de subsunção de fatos e pessoas à objetividade das normas constitucionais e legais.

2.3. A referência organizativo-operacional que a Lei Maior erige para os Tribunais de Contas não reside no Poder Legislativo, mas no Poder Judiciário. Esta a razão pela qual o art. 73 da Carta de Outubro confere ao Tribunal de Contas da União, "no que couber", as mesmas atribuições que o art. 96 outorga aos tribunais judiciários. Devendo-se entender o fraseado "no que couber" como equivalente semântico da locução *mutatis mutandis*; ou seja, respeitadas as peculiaridades de organização e funcionamento das duas categorias de instituições públicas (a categoria do Tribunal de Contas da União e a categoria dos órgãos que a Lei Maior da República eleva à dignidade de um tribunal judiciário).

2.4. Mas não se esgota nas atribuições dos tribunais judiciários o parâmetro que a Lei das Leis estabelece para o Tribunal de Contas da União, *mutatis mutandis*. É que os ministros do Superior Tribunal de Justiça também comparecem como referencial (em igualdade de condições, averbe-se) para "garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens" dos ministros do TCU, tudo conforme os expressos dizeres do x 3° do art. Constitucional de n° 73 [74].

3. O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO COMO INSTITUIÇÃO NÃO-SUBALTERNA AO CONGRESSO NACIONAL

3.1. Diga-se mais: além de não ser órgão do Poder Legislativo, o Tribunal de Contas da União **não é órgão auxiliar do Parlamento Nacional**, naquele sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional. Como salta à evidência, é preciso medir *com a trena* da Constituição a estatura de certos órgãos públicos para se saber até que ponto eles se põem como instituições autônomas e o fato é que o TCU desfruta desse altaneiro *status* normativo da autonomia. Donde o acréscimo de idéia que estou a fazer: quando a Constituição diz que o Congresso Nacional exercerá o controle externo "com o auxílio do Tribunal de Contas da União" (art. 71), tenho como certo que está a falar de "auxílio" do mesmo modo como a

Constituição fala do Ministério Público perante o Poder Judiciário. Quero dizer: não se pode exercer a jurisdição **senão com a participação do Ministério Público**. Senão com a obrigatória participação ou o compulsório auxílio do Ministério Público. Uma só função (a jurisdicional), com dois diferenciados órgãos a servi-la. Sem que se possa falar de superioridade de um perante o outro.

3.2. As proposições se encaixam. Não sendo órgão do Poder Legislativo, nenhum Tribunal de Contas opera no campo da subalterna auxiliaridade. Tanto assim que parte das competências que a Magna Lei confere ao Tribunal de Contas da União nem passa pelo crivo do Congresso Nacional ou de qualquer das Casas Legislativas Federais (bastando citar os incisos III, VI e IX do art. 71). O TCU se posta é como órgão da pessoa jurídica União, **diretamente**, sem pertencer a nenhum dos três Poderes Federais. Exatamente como sucede com o Ministério Público, na legenda do art. 128 da Constituição, incisos I e II.

3.3. Toda essa comparação com o Ministério Público é, deveras, apropriada. Assim como não se pode exercer a jurisdição com o descarte do "Parquet", também é inconcebível o exercício da função estatal de controle externo sem o necessário concurso ou o contributo obrigatório dos Tribunais de Contas. Mas esse tipo de auxiliaridade nada tem de subalternidade operacional, vale a repetição do juízo. Traduz a co-participação inafastável de um dado Tribunal de Contas no exercício da atuação controladora externa que é própria de cada Poder Legislativo, no interior da respectiva pessoa estatal-federada.

3.4. O que se precisa entender é muito simples. No âmbito da função legislativa, que é a função mais típica do Parlamento ou a função que empresta seu nome ao Poder que dela se encarrega, o prestígio que a Lei Maior confere ao Parlamento mesmo **é o maior possível**: ele é quem dá a última palavra a respeito de todo e qualquer ato legislativo (mesmo quando se trate da edição de "medidas provisórias"). Mas não é assim que ocorre no círculo da função de controle externo, pois algumas atividades de controle nascem e morrem do lado de fora das Casas Legislativas. A partir da consideração de que as próprias unidades administrativas do Poder Legislativo Federal são fiscalizadas é pelo Tribunal de Contas da União (inciso IV do art. 71 da CF). Como poderia, então, o Poder administrativamente fiscaliza-

do sobrepairar sobre o órgão fiscalizante?

3.5. Se bem observar o analista jurídico, o Congresso Nacional, em matéria de controle externo, ficou adstrito ao exercício das seguintes competências constitucionais: a) "julgar anualmente as contas prestadas **pelo Presidente da República** e apreciar os relatórios sobre a execução **dos planos de governo**"; b) "fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer das suas Casas, os atos **do Poder Executivo**, incluídos os da **administração indireta**" (incisos IX e X do art. 49 da C.F, sem os caracteres em negrito). Do lado de fora restaram, então, contas, relatórios e atos que não têm a protagonizá-los o Poder Executivo, quer por modo direto, quer indireto, exatamente porque a respectiva competência controladora cai sob a alçada do Tribunal de Contas da União (TCU). Não do Congresso Nacional, propriamente.

3.6. Mas é de todo óbvio que o Parlamento Federal, agindo por si ou por qualquer de suas Casas ou ainda por Comissão específica, é de todo óbvio que ele não fica impedido de sindicar sobre as unidades administrativas, agentes públicos e até pessoas privadas que atuem externamente ao Poder Executivo. Só que, nestas suposições, tem que recorrer aos préstimos do TCU para saber: a) da legalidade de despesas e receitas públicas; b) da regularidade de contas, sob os aspectos orçamentário, financeiro, patrimonial, contábil e operacional. Logo, tem que usar o TCU como *ponte* e para isso é que a Magna Lei fez embutir nas competências desse órgão (o TCU):

"realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, **de Comissão técnica ou de inquérito**, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II" (art. 71, inciso IV, sem grafia negritada).

3.7. De todos esses aspectos do controle externo, dois preponderam nitidamente:

I - a verificação da compatibilidade da receita e da despesa com a lei orçamentária, por ser a lei orçamentária, no cotidiano da Administração Pública, o mais importante dos diplomas normativos infra-

constitucionais. Tanto assim que o art. 85 do Texto Magno, inciso VI, categoriza como crime de responsabilidade os atentados contra ela;

II - a gestão propriamente **operacional** da *res publica*, por ser o controle operacional aquele que busca saber até que ponto os atos de aplicação administrativa da lei homenagearam os princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade, eficiência, publicidade e mais os princípios da economicidade, igualdade (que não se confunde com a impessoalidade) e eficácia[75].

4. A INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE O TCU E O CONGRESSO NACIONAL

4.1. Por este modo de ver as coisas, avulta a indispensabilidade ou a rigorosa essencialidade do papel institucional das Cortes de Contas. De uma parte, não é o Tribunal de Contas da União um aparelho que se acantone na intimidade estrutural do Congresso Nacional. De outra banda, não opera essa mesma Corte de Contas como órgão **meramente** auxiliar do Congresso Nacional. Sua atuação jurídica se dá *a latere* do Congresso, junto dele, **mas não do lado de dentro**.

4.2. Em rigor de exame teórico ou apreciação dogmática, Poder Legislativo e Tribunal de Contas são instituições que estão *no mesmo barco*, em tema de controle externo, mas sob garantia de independência e imposição de harmonia recíproca. Independência, pelo desfrute de competências constitucionais que se não confundem (o que é de um não é do outro, pois dizer o contrário seria tornar inócua a própria explicitação enumerativa que faz a Constituição para cada qual dos dois órgãos públicos). Harmonia, pelo fim comum de atuação no campo do controle externo, que é um tipo contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial de controle sobre todas as pessoas estatais-federadas e respectivos agentes, ou sobre quem lhes faça as vezes[76].

4.3. Tudo fica mais claro quando se faz a distinção inicial entre competências e função. A função de que nos ocupamos é a mesma, pois outra não é senão **o controle externo**. As competências, no entanto, descoincidem. As do Congresso Nacional estão

arroladas nos incisos IX e X do art. 49 da Constituição, enquanto as do TCU são as que *desfilam pela comprida passarela* do art. 71 da mesma Carta Magna. Valendo anotar que parte dessas competências a Corte Federal de Contas desempenha como forma de auxílio ao Congresso Nacional, enquanto a outra parte sequer é exercida sob esse regime de obrigatória atuação conjugada.

4.4. Se, por um lado, há uma zona de interseção operacional (o TCU a lavrar em seara preparatória da atuação congressual, como sucede ao nível das contas anualmente prestadas pelo Presidente da República), de outra parte esse campo de labor conjunto deixa de existir; quer dizer: o TCU *não faz plantio para outro colher*, pois se coloca ao mesmo tempo na linha de largada e na linha de chegada dos respectivos processos (*verbi gratia*, o julgamento das contas dos próprios deputados federais e senadores da República, na condição de administradores públicos).

5. A DISTINÇÃO ENTRE FUNÇÃO, COMPETÊNCIAS E ATRIBUIÇÕES

5.1. Realmente, nem toda função de controle externo, a cargo do TCU, é compulsoriamente partilhada com o Congresso Nacional. Além disso, é preciso conceituar função e competência como coisas distintas, pois a função é uma só e as competências é que são múltiplas. A função é unicamente a de controle externo e tudo o mais já se traduz em competências, a saber: competência opinativa, competência judicante, competência consultiva e informativa, competência sancionadora, competência corretiva, etc.

5.2. Primeiro, lógico, vem a função, que é a atividade típica de um órgão. Atividade que põe o órgão em movimento e que é a própria justificativa imediata desse órgão (atividade-fim, portanto). Depois é que vêm as competências, que são poderes instrumentais àquela função. Meios para o alcance de uma específica finalidade.

5.3. Necessário é reconhecer, porém, que a Lei Maior, ora habilita um só órgão público para o exercício de mais de uma função essencial do Estado, ora coloca uma só função essencial do Estado aos cuidados de mais de um órgão. A jurisdição, por exemplo,

é titularizada pelo Poder Judiciário, mas dela participa o Ministério Público (definido constitucionalmente como "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado", na legenda do art. 127, *caput*, parte inicial). Já o Poder Legislativo, esse é o órgão que exerce a função de legislar e a do controle externo. Aqui, nem sempre dando a palavra final. Ali, sempre.

5.4. Mas a dualidade função/competência ainda faz *subir ao palco* da especulação teórica o tema das atribuições, pois é verdade que o art. 73 da Constituição emprega tal substantivo. E o faz para igualar o TCU aos tribunais judiciários, sob a cláusula da mencionada expressão "no que couber". Não sendo difícil compreender que tais atribuições tomam o sentido técnico de **prerrogativas;** isto é, situações jurídicas ativas que envolucram o exercício das precitadas competências. Na perspectiva, óbvio, do empírico desembaraço de cada uma delas.

5.5. Dizendo a mesma coisa com outras palavras, as atribuições do TCU são prerrogativas e, como tais, implicam o desfrute de condições especialmente propiciadoras do melhor desempenho possível das competências que a ele, TCU, foram constitucionalmente adjudicadas. Já as prerrogativas outorgadas aos Ministros de Contas (não exatamente ao TCU), conservam elas a significação técnica de situação jurídica ativa, mas no que tange ao exercício altivo do cargo. Não às competências do Órgão em si.

6. OS TRIBUNAIS DE CONTAS ENQUANTO ÓRGÃOS NÃO-EXERCENTES DA FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO

6.1. Com esta separação conceitual, fica evidenciado que os Tribunais de Contas não exercem a chamada função jurisdicional do Estado. A função jurisdicional do Estado é exclusiva do Poder Judiciário e é por isso que as Cortes de Contas: a) não fazem parte da relação dos órgãos componenciais desse Poder (o Judiciário), como se vê da simples leitura do art. 92 da *Lex Legum*; b) também não se integram no rol das instituições que foram categorizadas como instituições essenciais a tal função (a jurisdicional), a partir do art. 127 do mesmo Código Político de 1988.

6.2. Note-se que os julgamentos a cargo dos Tribunais de Contas não se caracterizam pelo seu impulso externo ou *non-ex-officio*. Deles não participam advogados, necessariamente, porque a indispensabilidade dessa participação apenas se dá ao nível do processo judiciário (art. 133 da C.F.) Inexiste a figura dos "litigantes" a que se refere o inciso LV do art. 5° da Constituição. E o "devido processo legal" que os informa somente ganha os contornos de um devido processo legal (ou seja, com as vestes do contraditório e da ampla defesa), se alguém passa à condição de sujeito passivo ou acusado, propriamente[77].

6.3. Algumas características da jurisdição, no entanto, permeiam os julgamentos a cargo dos Tribunais de Contas. Primeiramente, porque os TC's julgam sob critério exclusivamente objetivo ou da própria técnica jurídica (subsunção de fatos e pessoas à objetividade das normas constitucionais e legais). Segundamente, porque o fazem com a força ou a irretratabilidade que é própria das decisões judiciais com trânsito em julgado. Isto, quanto ao mérito das avaliações que as Cortes de Contas fazem incidir sobre a gestão financeira, orçamentária, patrimonial, contábil e operacional do Poder Público. Não, porém, quanto aos direitos propriamente subjetivos dos agentes estatais e das demais pessoas envolvidas em processos de contas, porque, aí, prevalece a norma constitucional que submete à competência judicante do Supremo Tribunal Federal a impetração de *habeas corpus*, mandado de segurança e *habeas data* contra atos do TCU (art. 102, inciso I, alínea *d*). Por extensão, caem sob a competência dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, conforme a situação, o processo e o julgamento dessas mesmas ações constitucionais contra atos dos demais Tribunais de Contas[78].

6.4. Neste lanço, é de se enfatizar que o Magno Texto Federal não falou de atos do presidente do TCU. Falou de atos **da própria Corte de Contas**, enquanto pressupostos de ajuizamento dos citados *remédios heróicos*. Remédios que têm por objeto, como sabido, a tutela de direitos subjetivos ou direitos referidos a alguém em particular. E em se tratando de direito não amparado por *habeas corpus* nem por *habeas data*, mas também privados dos atributos da certeza e liquidez, resta patente que sua defesa em juízo pode se dar por ação ordinária.

6.5. Em síntese, pode-se dizer que a jurisdição é atividade-fim do Poder Judiciário, porque, no âmbito desse Poder, **julgar é tudo**. Ele existe para prestar a jurisdição estatal e para isso é que é forrado de competências e atribuições. Não assim com os Tribunais de Contas, que fazem do julgamento um dos muitos meios ou das muitas competências para servir à atividade-fim do controle externo.

7. A NATUREZA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

7.1. Por outro aspecto, ajunte-se que **nenhum Tribunal de Contas é tribunal singelamente administrativo** (ao contrário do que se tem afirmado, amiudadamente). Não pode ser um tribunal tão-somente administrativo um órgão cujo regime jurídico **é centralmente constitucional**. É dizer: os Tribunais de Contas têm quase todo o seu arcabouço normativo montado pelo próprio Poder Constituinte. Assim no plano da sua função, como respeitantemente às suas competências e atribuições e ainda quanto ao regime jurídico dos agentes que o formam.

7.2. Com efeito, o recorte jurídico-positivo das Casas de Contas é nuclearmente feito nas *pranchetas* da Constituição. Foi o legislador de primeiríssimo escalão quem estruturou e funcionalizou todos eles (os Tribunais de Contas), prescindindo das achegas da lei menor. É só *abrir os olhos* sobre os 6 artigos e os 40 dispositivos que a Lei das Leis reservou às Cortes de Contas (para citar apenas a seção de n° IX do capítulo atinente ao Poder Legislativo) para se perceber que **somente em uma oportunidade é que existe menção à lei infraconstitucional**. Menção que é feita em matéria de aplicação de sanções (inciso VIII do art. 71), porque, em tudo o mais, o Código Supremo fez questão de semear no campo da eficácia plena e da aplicabilidade imediata.

7.3. Ora, como afirma o jurisconsulto português **José Joaquim Gomes Canotilho**, "a Constituição é o estatuto jurídico do fenômeno político". E é claro que o fenômeno político, nesta formulação conceitual, está a se referir à política enquanto atividade de máxima abrangência coletiva. A que se reporta às relações dos órgãos de

governo consigo mesmos e às relações travadas entre governantes e governados, que são as relações jurídicas primárias por excelência. E por que primárias por excelência, tais relações implicam o manejo de competências, atribuições, deveres e direitos que têm na Constituição Positiva a sua fonte primaz de normatização.

7.4. Esse o *locus* jurídico-positivo de nascimento e movimentação dos Tribunais de Contas, a lhes conferir dimensão antes de tudo **política**. A natureza administrativa lhes advém num segundo momento lógico, já por efeito das leis infraconstitucionais; pois o certo é que a atividade administrativa está para a lei assim como a atividade governamental está para a Constituição. Daí a própria *Lex Maxima*, pela cabeça do seu art. 18, categorizar como de natureza ambivalentemente política e administrativa as pessoas constitutivas das quatro ordens estatais federadas do Brasil.

7.5. Não é do portentoso (e inesquecível) **Miguel de Seabra Fagundes** a lapidar definição de que "administrar é aplicar a lei de ofício"? Mostrando, com isso, o vínculo operacional imediato entre administrar e a lei infraconstitucional? A Administração, portanto, a operar debaixo da lei, por ser a lei o seu estatuto jurídico próprio? Mas o Governo, os órgãos de governo, os órgãos de estatura política têm o seu diploma jurídico próprio é na Constituição, e não na lei. A lei dá imediata seqüência à Constituição, retoma a materialidade desse ou daquele dispositivo constitucional, porém as linhas mestras dos órgãos públicos de existência necessária ressaem é do Magno Texto, diretamente[79].

7.6. Daqui se infere que as Casas de Contas se constituem em tribunais de tomo político e administrativo a um só tempo. Político, nos termos da Constituição; administrativo, nos termos da lei. Tal como se dá com a natureza jurídica de toda pessoa estatal federada, nesta precisa dicção constitucional: "A organização **político-administrativa** da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos nos termos desta Constituição" (art. 18, *caput*, negrito à parte). E salta à razão que se os Tribunais de Contas não ostentassem dimensão política não ficariam habilitados a julgar as contas dos administradores e fiscalizar as unidades administrativas de qualquer dos três Poderes estatais, nos termos da regra insculpida no inciso IV do art. 71 da

Carta de Outubro (salvante as contas anualmente prestadas pelo Chefe do Poder Executivo). Sequer receberiam o nome de "Tribunais" e nunca teriam em órgãos e agentes judiciários de proa o seu referencial organizativo-operacional. Muito menos se dotariam de um Ministério Público próprio ou especial.

7.7. Esse *o pano de fundo* para uma proposição complementar: a proposição de que os processos instaurados pelos Tribunais de Contas têm sua própria ontologia. São *processos de contas*, e não processos parlamentares, nem judiciais, nem administrativos. Que não sejam processos parlamentares nem judiciais, já ficou anotado e até justificado (relembrando, apenas, que os Parlamentos decidem por critério de oportunidade e conveniência). Que também não sejam processos administrativos, basta evidenciar que as Instituições de Contas não julgam da própria atividade *externa corporis* (quem assim procede são os órgãos administrativos), mas da atividade de outros órgãos, outros agentes públicos, outras pessoas, enfim. Sua atuação é conseqüência de uma precedente atuação (a administrativa), e não um proceder originário. E seu operar institucional não é propriamente um tirar competências da lei para agir, mas ver se quem tirou competências da lei para agir estava autorizado a fazê-lo e em quê medida[80].

8. O CONTROLE EXTERNO E SEU VÍNCULO FUNCIONAL COM O PRINCÍPIO REPUBLICANO

8.1. Tão elevado prestígio conferido ao controle externo e a quem dele mais se ocupa, funcionalmente, é reflexo direto do princípio republicano. Pois, numa República, impõe-se responsabilidade jurídica pessoal a todo aquele que tenha por competência (e conseqüente dever) cuidar de tudo que é de todos, assim do prisma da decisão como do prisma da gestão. E tal responsabilidade implica o compromisso da melhor decisão e da melhor administração possíveis. Donde a exposição de todos eles (os que decidem sobre a *res publica* e os que a gerenciam) à comprovação do estrito cumprimento dos princípios constitucionais e preceitos legais que lhes sejam especificamente exigidos. A começar, naturalmente, pela prestação de contas das sobreditas gestões orçamentária, financeira, patrimonial, contábil e operacional[81].

8.2. É essa responsabilidade jurídica pessoal (verdadeiro elemento conceitual da República enquanto forma de governo) que demanda ou que exige, assim, todo um aparato orgânico-funcional de controle externo. E participando desse aparato como *peça-chave*, os Tribunais de Contas se assumem como órgãos impeditivos do desgoverno e da *desadministração*.

8.3. O desiderato constitucional é este. Se, na prática, os Tribunais de Contas muito se distanciam da função que lhes confiou a gloriosa *Lex Legum* de 1988, trata-se de disfunção ou de defecção que urge corrigir. Tal como se deu no âmbito do Ministério Público, instituição que, zelosamente guardada pela Constituição, da Constituição cuida com um tipo de zelo que mais e mais desperta na consciência coletiva toda admiração e todo aplauso. No que já está sendo seguido (o Ministério Público) por largos segmentos do Poder Judiciário, notadamente os formados por juízes singulares.

8.4. A própria vida animal é dominada pelo princípio de que a função é que faz o órgão, numa típica relação de fim para meio; ou seja, a função comparece enquanto fim e o órgão enquanto meio. A significar, então, que todo o prestígio do órgão é derivado, pois sua valiosidade fica na dependência do serviço que possa prestar à função. E o certo é que tudo isto se reproduz na estrutura anátomo-fisiológica dos órgãos que formam o aparelho de Estado. Ou eles funcionam bem, ou tendem a embotar. E pelo embotamento operacional, assujeitam-se mais e mais a pressões sociais de pura e rasa extinção.

---

[73] A Constituição de 1988 deixa claro que é da competência exclusiva do Congresso Nacional "julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo" (inciso X do art. 49).

[74] De lembrar que as disposições constitucionais sobre o Tribunal de Contas da União se reproduzem nas Constituições e Leis Orgânicas dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, respectivamente, por expresso desígnio da própria Lei Maior do País. Confira-se: "Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios".

[75] É velando pela observância do princípio da moralidade que os Tribunais de Contas se põem a serviço do mais expressivo conteúdo desse princípio, que é a probidade administrativa. Cujo desrespeito é também tipificador do crime de responsabilidade (inciso V do art. 85 da C.F.) e ensejador das seguintes sanções: "(...) suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível" (x 5° do art. 37 da mesma Carta Federal).

[76] Convindo asseverar que o controle operacional diz com a exigência que faz o art. 37 da Magna Carta Federal quanto ao modo de se aplicar a lei, administrativamente, que é um modo inafastavelmente impessoal, moral, público e eficiente. Os Tribunais de Contas fazem esse tipo de julgamento e é assim que eles se tornam órgãos especialmente habilitados pela Constituição para o impedimento da *desadministração*. Tornando-se, além do quê, muito mais que simples órgãos de aplicação da lei para se transformar em órgãos de aplicação do Direito, pois o certo é que o artigo constitucional em causa estabeleceu para o Direito Positivo um tamanho maior do que o da lei (visto ser o princípio da legalidade um necessário ponto de partida para a Administração, mas não um necessário ponto de chegada).

[77] Para tanto é que a Magna Carta vai além da garantia "aos litigantes" para estender sua malha protetora "aos acusados em geral". Mesmo que tais acusados estejam a responder por ilícitos apurados em processo não-judicial e não-administrativo, tais como os processos levados a efeito pelas comissões parlamentares de inquérito e os processos de contas.

[78] Deixa-se de citar o inciso XXXV da Constituição como garantia de acesso ao Poder Judiciário para impedir lesão ou ameaça a direito, porque, nessa passagem, a Lei Maior dirige o seu comando proibitivo é para o autor de qualquer dos atos do art. 59, *caput* (emendas, leis complementares, leis ordinárias, etc.). Não para ela mesma.

[79] O arrimo conceitual que se busca em **Seabra Fagundes** não obscurece o fato de que, por força do art. 37 da Constituição Republicana, o administrador público tem que retirar da lei a sua regra de competência, é verdade, **mas no puro conteúdo da lei ele não fica**. É preciso, ainda, que o administrador aplique a lei por um modo impessoal, moral, público e eficiente, o que termina por fazer da atividade administrativa uma atividade de aplicação *ex-officio* do Direito. Ou, por outra, há toda uma corrente de juridicidade a reger o atuar administrativo, da qual o primeiro elo é a lei. A lei como um dos conteúdos desse novo continente que é a juridicidade, e não como todo o continente.

[80] Um certo embaraço dogmático surge, quando se pensa nos atos de fiscalização e julgamento que os TC's praticam sobre os seus próprios agentes e unidades administrativas. Mas aí já se labora no espaço da situação-limite ou hipótese extrema, em que atua a lógica do impedir que as coisas se percam no infindável. Algum órgão público tem mesmo que dar a última palavra em todo e qualquer processo e não foi por outra razão que RUI BARBOSA disse, ironicamente, a propósito das competências do STF, que somente essa instância judiciária tinha o direito de errar por último...

[81] Tamanha é a importância da prestação de contas, no espectro republicano, que o Texto Magno a positivou na sobranceira posição de "princípio" (art. 34, inciso VII, alíena *d*). Garantindo-se a efetividade desse princípio com os atos de intervenção da União no governo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que venham a fazer parte de Território Federal (art. 35, inciso II). Tanto quanto com a intervenção dos Estados nos respectivos Municípios (art. 35, inciso II, ainda uma vez).

CONVERSIBILIDADE DE RITO, DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E LITISCONSÓRCIO EVENTUAL

Fredie Didier Jr. **Professor de Processo Civil da UNIFACS —Universidade Salvador. Professor da Universidade Católica do Salvador. Professor da Pós-graduação da FDV (ES) e UNIPÊ (PB). Professor do JusPODIVM – Centro de Preparação para a Carreira Jurídica. Membro do Conselho Diretor da Gênesis — Revista de Direito Processual Civil. Sócio do Instituto dos Advogados da Bahia. Mestrando em Direito (UFBA). Advogado.**

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. — **2.** Breve sinopse da causa. — **3.** Mudança do pedido. Do requerimento de falência à ação ordinária de cobrança: 3.1. Da conversibilidade do procedimento antes da citação. Fulcro da questão: alterabilidade do *petitum*; 3.2. O procedimento e a tutela do direito material. A transposição para o pedido de cobrança e os princípios da economia processual e do não-prejuízo. — **4.** A relação jurídica de direito material. Pretensão de cobrança. — **5.** A satisfação da dívida. A alteração subjetiva da demanda. A possibilidade de futura aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica: 5.1. Generalidades; 5.2. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação no caso concreto; 5.3. A citação dos sócios e o devido processo legal. Necessidade de, em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa, chamá-los à integração da demanda desde o processo de conhecimento. O litisconsórcio eventual. — **6.** Bibliografia utilizada.

1.CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Consultados por determinada sociedade comercial, atuante no ramo petroquímico, a respeito da possibilidade de aproveitamento de certo processo de falência (que tramitava em uma das varas cíveis da

Comarca de Camaçari, Bahia, estagnado havia três anos), entendemos por bem ingressar com um pedido de alteração objetiva e subjetiva da demanda.

De um lado, pedimos a conversão da demanda falimentar para uma demanda ordinária de cobrança; de outro, pedimos a inclusão, no pólo passivo, dos sócios da empresa ré, valendo-nos da técnica do litisconsórcio eventual.

Esta conversão, aparentemente esdrúxula, teve como objetivo principal trazer aos autos os sócios, para, em um procedimento de cognição plenária (ordinário), poderem ter seus bens submetidos à futura excussão patrimonial. Com isso, discutem-se, aqui, questões processuais relevantes, tais como a alteração objetiva da causa, o litisconsórcio eventual e a desconsideração da pessoa jurídica.

Eis, em síntese, as razões que nos moveram a tomar este posicio

namento.

2.BREVE SINOPSE DA CAUSA

Em maio de 1997, a requerente pediu a falência da ré com fulcro na titularidade de cinco duplicatas, devidamente protestadas, vencidas e não pagas em, tudo em perfeita consonância com o que autoriza o Decreto Lei n.º 7.661 de 21.06.45.

Proposta a demanda, expediu-se, em 31 de janeiro de 1998, mandado de citação. Sucede que, consoante atestava certidão acostada aos autos (fl. 31), datada de 14 de abril daquele mesmo ano, fora o referido mandado devolvido ao cartório, não se completando, pois, a *ius vocatio*.

Depois de uma série de desencontros, requereu, a acionante, em setembro de 1999, novamente, a citação da ré, conforme petição à fl. 36; procedimento este que, mais uma vez, restou frustrado. De fato, de acordo com a certidão exarada pelo ilustre meirinho, no endereço constante da certidão da JUCEB —Junta Comercial do Estado da Bahia, encontrou-se o suposto local da sede da empresa em estado de completo abandono.

Dessa arte, decorridos mais de três anos da propositura da demanda, sem que fosse possível a *triangularização* da relação jurídica processual e, ciente de meio mais eficaz para satisfação de seus direitos frente à requerida, pretendeu a autora providenciar as seguin-

tes mudanças, objetiva e subjetiva, da sua petição inicial.

3.MUDANÇA DO PEDIDO. DO REQUERIMENTO DE FALÊNCIA À AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA

Tenciona a modificação do pedido: de decretação da falência para uma cobrança dos valores devidos e não-pagos. Nesse desiderato, já tendo sido ajuizada a demanda falimentar e não se tendo completado a citação da empresa requerida, a via processual adequada seria a mudança do pedido, por meio da alteração da exordial.

Doravante, demonstrar-se-á a procedência de semelhante requerimento, valendo-se, principalmente, de dois argumentos, a saber: **a)** conversibilidade procedimental, antes da citação, por inteligência do art. 264 do CPC (possibilidade de mudança dos elementos objetivos da demanda); **b)** tutela, pelo procedimento, do direito material em lide e o atendimento aos princípios da economia processual e do não-prejuízo.

A eles, pois.

3.1 Da conversibilidade do procedimento antes da citação. Fulcro da questão: alterabilidade do *petitum*.

Na linha da tradição luso-brasileira, o CPC, imantado da preocupação de conferir estabilidade à demanda, estabelece, no art. 264, a impossibilidade de se alterarem os elementos objetivos desta, sem anuência do demandado, depois de efetivada a sua ciência. É o que se infere da letra clara da norma: *"**Feita a citação**, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu..."*

Assim, portanto, é unânime o entendimento de que é permitida a mudança do libelo, desde que ainda não tenha sido a relação jurídica processual validamente angularizada por intermédio da citação.

Dessa compreensão, de acordo com o que nos informa a doutrina mais autorizada, *e.g.*, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Edson Ribas Malachini, avulta a possibilidade de ser alterada a petição inicial, desde que não perfectibilizada a angularização do processo, a fito de modificar o procedimento outrora escolhido, por outro, mais adequado a *"res in judicio deducta"*.

Com efeito, segundo o magistério de Malachini *(Da Conversibilidade de um Processo em Outro, por Emenda à Petição Inicial. JB 163/36-43)* quando se está na fase inicial do processo; quando os erros podem ainda ser muito mais eficazmente corrigidos; quando a

petição inicial pode ser emendada (art. 284), adaptada *"ao tipo de procedimento legal"*; quando se permite que o autor livremente mude o pedido ou a causa de pedir (art. 264), não há porque deixar de permitir a alteração procedimental.

Registre-se: o legislador processual escolheu como critério para concreção do princípio da estabilidade do processo a possibilidade de modificação dos elementos da causa.

E só.

É por isso que, com o passar dos atos compreendidos na fase postulatória, vão-se diminuindo as possibilidades de alteração dos elementos da causa (partes, causa de pedir e pedido), até se chegar ao seu término, com o saneamento do processo, em que qualquer modificação dos mencionados elementos é impossibilitada. Atinge-se o cume da estabilidade processual.

Assim sendo, não há qualquer óbice para —depois de exercitado o direito processual do autor de, antes da citação, modificar a causa de pedir ou o pedido— se adotar um outro procedimento. Em outras palavras: na hipótese de ainda não ter sido o réu chamado a integrar o processo, motivos não existem para se proibir a alteração do procedimento, afinal, repita-se, nessa fase vige expressa permissão legal à transformação do libelo (alteração do pedido e da causa de pedir).

Nessa seara, recorre-se aos ensinamentos de Malachini quando autoriza a conversão, inclusive, de processo de execução em ação de conhecimento: *"Como há pouco indagamos, que essencial diferença existiria entre a alterabilidade do pedido ou da causa petendi — expressamente permitida, pelo art. 264, antes da citação — no âmbito de um mesmo processo (de conhecimento, de execução ou cautelar) e a mesma alterabilidade com transposição de um tipo de processo para outro? Porque não seria possível — sempre nessa fase inicial do processo, repita-se — (mediante a emenda, a adaptação à petição inicial) de um pedido de prática de atos executivos para satisfação do credor, com citação para pagamento em 24 horas sob pena de penhora, para um pedido de condenação do réu ao pagamento da mesma quantia reclamada (por se chegar a conclusão de que, na verdade, não se dispõe de título executivo) desde que na emenda a inicial se indique, então, a causa da obrigação, que ficaria abstraída na petição de execução?" (Da Conversibilidade de um Processo em Outro, por Emenda à Petição Inicial. JB 163/39).*

Na mesma linha de intelecção, se posiciona Carlos Alberto Al-

varo de Oliveira, referindo-se à hipótese propalada pelo multicitado doutrinador paranaense: *"Nada impede, porém, dentro do permissivo legal do art. 284 do Código de Processo Civil, antes da citação e mesmo por sugestão do juiz, v.g., a adaptação da petição inicial de ação executiva para processo de conhecimento, ou vice-versa, pois, conforme o art. 264 desse Código, o autor pode promover semelhante modificação."* *(Do Formalismo no Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1997, p.145 —grifos nossos).*

Logo, por esse prisma, é perfeitamente possível a alteração procedimental na demanda deduzida em juízo.

Com efeito, incide, aqui, o velho argumento ***a maiori ad minus***: se pode o autor transpor processo de execução em processo de conhecimento, ainda com maior tranqüilidade poderá ele postular a troca de requerimento de falência por pedido de cobrança, haja vista se tratar ambos de ação de conhecimento —pelo menos, quanto à primeira fase daquela.

Se assim é, a pretensão de conversão procedimental, no caso, é perfeitamente lícita, eis que se expressa em simples alteração, em momento autorizada pela ordenança processual, de pedido inicialmente formulado, mantida a *"causa petendi".*

De fato, baseando-se na mesma causa de pedir, apenas se requer a condenação do réu a pagar determinada importância — cobrança — ao invés de se intentar "a declaração de falência da devedora qualificada, depois de citada, para que no prazo de 24 (vinte e quatro) horas elida o presente pedido, depositando o débito apurado..."

3.2 O procedimento e a tutela do direito material. A transposição para o pedido de cobrança e os princípios da economia processual e do não-prejuízo.

Conforme acentua Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (ob. cit., p. 112), o procedimento, há muito, deixou de ser enxergado como um *"pobre esqueleto sem alma"*. Sofre ele, hodiernamente, inextricável influência do direito material a que serve de trilho para a efetivação da tutela. Assim, as normas procedimentais devem cercar-se da constante preocupação de emprestar ao processo a maior efetividade possível no desempenho de sua tarefa básica de composição do litígio.

Na questão "*sub judice"*, o ponto nevrálgico reside no procedimento. Eleito o rito falimentar, agora se intenta a transposição para ação ordinária de cobrança. No item anterior, atentamos para a possibilidade legal dessa conversão (art. 264), agora, cumpre demonstrar

de que maneira esse requerimento corrobora com a idoneidade do processo, nos termos já demonstrados.

Vejamos.

Por ocasião da exposição dos fatos, lembramos ter sido a presente demanda intentada nos idos de 1997. Recordamos, ainda, o fato de serem as duplicatas que embasam o pleito falimentar vencidas, não pagas e protestadas em 1996. Pois bem, naquele momento avultava para a autora um concurso de pretensões processuais: ou requeria a falência ou simplesmente executava os títulos de crédito.

Entretanto, escolhida a via falimentar, por uma série de vicissitudes, inclusive a impossibilidade de encontrar a ré, passaram-se três anos sem que ao menos fosse possível a angularização da relação jurídica processual; imagine-se findar o processo. Assim, a técnica eleita acabou por condenar a autora a uma verdadeira "*via crucis*" na tentativa de recuperar seu crédito.

Deveras, a relação de direito material aponta para a adequação do procedimento... Ciente da ineficiência da via falimentar para tutelar suas pretensões, optará a demandante, induvidosamente, pela ação de cobrança.

Por que então lhe impor o ônus de uma desistência, implicando a propositura de nova ação e de novo pagamento de custas (orçadas no mais alto valor) e a conseqüente perpetuação do litígio? Está-se, assim, observado o princípio basilar da Economia Processual?

Certamente não.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (ob. cit., pp. 143/145) informa que os ordenamentos de diversos países, em nome da economia processual, já vêm expressamente admitindo a alterabilidade da demanda, mesmo quando já citado o réu e sem o seu consentimento, *v. g*, o § 264 da Ordenança Processual alemã, o § 235, 3, da Ordenança Processual austríaca e o §94 da Ordenança Processual de Berna. Em verdade, para todos esses sistemas jurídicos, interessa, de um lado, extirpar rapidamente a lide e, do outro, evitar a proliferação de processos inúteis.

Outrossim, esclarece Piero Calamandrei *(Instituzioni di diritto processuale civille. In: Opere giuridiche. Napoli, Morano, 1970, v. 4)*, comentando as normas do então novo ***Codice di Procedura*** italiano, que, a fito de privilegiar o mesmo princípio, deve, o rito, adaptar-se às circunstâncias, extinguindo o formalismo exagerado para propiciar às partes, no curso do procedimento eleito, a faculdade de seguir o itinerário que melhor se afeiçoe às dificuldades e ao ritmo da causa.

Ora, se a adequação procedimental pleiteada segue a maré das novas tendências mundiais sobre o processo, no caso concreto, reveste-se de ainda mais lídima juridicidade, por ser pleiteada quando, pela lei brasileira, pode o autor, **potestativamente**, mudar o pedido e a causa de pedir.

Por fim, vale ressaltar que a propalada mudança não tem o condão de trazer qualquer prejuízo à demandada. De fato, não tendo sido ainda cientificada da demanda, receberá, por intermédio do ato citatório, todo o material processual, sobre o qual debruçará sua resistência.

É o que afirma Edson Ribas Malachini: *"Na hipótese em exame, absolutamente nenhum prejuízo pode sofrer o réu ou o executado: a alteração do pedido ou da causa de pedir, permitida pelo art. 264, com ou sem mudança do tipo de processo (de cognição, de execução ou cautelar), se faz mediante emenda da petição inicial (art. 284), antes da citação; de modo que, quando o réu ou o executado for apresentar a resposta ou os embargos a ação já estará perfeitamente individualizada, com esses dois elementos objetivos essenciais; o processo estará estabilizado, estará assegurada a unidade da relação processual." (**ob. cit., p. 43)***

Ademais, veja-se que, ***in casu***, a ação de cobrança oferece possibilidade ampla de defesa. Não há, pois, substancial diferença entre opor-se ao original pleito de falência e desconstituir o crédito vindicado pela demandante.

A contrário, sendo este último procedimento de ampla cognição, com largo e longo debate processual, faltaria mesmo interesse processual da parte adversária em procedimento cuja cognição e possibilidade de defesa são deveras reduzidas.

Por tudo quanto exposto é de palmar clareza a licitude da conversão dos procedimentos.

4.A RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO MATERIAL. PRETENSÃO DE COBRANÇA

Pacificada a transposição dos procedimentos, cumpre demonstrar o substrato fático, fundamento da presente pretensão material de cobrança. Como exulta da narração dos fatos, em razão de venda mercantil, a demandante sacou cinco duplicatas, em nome do acionado. Vencidos, sucessivamente, cada título, não procedeu, a de-

mandada, ao pagamento das dívidas. Ato contínuo, foram as duplicatas devidamente protestadas no Cartório de Títulos. Não resta, portanto, alternativa senão recorrer aos auspícios do Poder Judiciário, para que possam, os réus, efetivamente, pagar a quantia devida, além dos juros moratórios e correção monetária —cujo índice utilizado foi o INPC (IBGE)— e demais encargos devidos em razão do inadimplemento.

5.A SATISFAÇÃO DA DÍVIDA. A ALTERAÇÃO SUBJETIVA DA DEMANDA. A POSSIBILIDADE DE FUTURA APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

5.1.Generalidades

Resta perquirir sobre quem arcará —ou poderá arcar— com o dever jurídico de adimplir as obrigações.

É cediço que, pelos débitos contraídos em nome de pessoa jurídica, responde o seu capital social. Entretanto, hipóteses há em que se permite olvidar o princípio da autonomia patrimonial da empresa para alcançar, nos bens pessoais dos seus membros, a satisfação do crédito vindicado. O direito brasileiro prevê inúmeras hipóteses de responsabilidade dos sócios, muitas delas, entretanto, não interessam ao caso. A que se faz pertinente é a situação legitimante da invasão do patrimônio dos sócios pela aplicação da chamada teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Um dos grandes problemas relativos à aplicação processual da teoria da desconsideração da pessoa jurídica consiste em saber como se proteger as garantias do devido processo legal, ofertando-se aos sócios a possibilidade do contraditório e da ampla defesa. Pensamos, então, que a formulação de **pedido** pela técnica alcunhada de **litisconsórcio passivo facultativo eventual** seja uma boa solução. Na eventualidade de se não satisfizer a dívida através do patrimônio social da pessoa jurídica, imputar-se-á, aos sócios, a responsabilidade por seu pagamento (aplicação da *"disregard doctrine"*).

5.2.A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação no caso concreto.

O art. 20 do Código Civil brasileiro determina ter a pessoa jurídica *"existência distinta da dos seus membros"*, dessa forma, adquire patrimônio próprio e autônomo em relação aos bens pessoais daqueles que a constituem.

Nessa seara, propagam os doutrinadores que a ordem normativa vigente privilegiou o entendimento de que a pessoa jurídica só pode ser concebida, sob o prisma de uma instrumentalidade jurídico-formal, para a consecução de interesses e fins aceitos e valorizados pela sociedade. Neste esteio, leciona Flávia Lefévre Guimarães ***(Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código do Consumidor - Aspectos processuais. São Paulo: Max Limonad, 1998, capítulos I e II, pp. 17/90)*** que *"a personalidade jurídica constitui instrumento que encontra razão de ser na necessidade da comunidade de se organizar comercialmente para a utilização da força de trabalho, exploração dos meios de produção e obtenção do lucro"*.

Ora, se assim é, o caráter de instrumentalidade implica o condicionamento do instituto ao pressuposto do atingimento do fim jurídico a que se destina.

Situações há, entretanto, que a utilização da pessoa jurídica é feita ao arrepio da função para qual o direito a albergou... Não se olvidam as inúmeras fraudes que vêm sendo perpetradas sob o manto da incomunicabilidade patrimonial. Não raras vezes, deparamo-nos com notícias de utilização indevida do ente moral para fins de locupletamento pessoal dos sócios, ocultos pela licitude da conduta da sociedade empresária.

Pois bem.

É forçoso admitir que, nesses casos, assim como o direito reconhece a autonomia da pessoa jurídica e a conseqüente limitação da responsabilidade que ela invoca, a própria ordem jurídica deve encarregar-se de cercear os possíveis abusos, restringindo, de um lado, a autonomia e, do outro, a limitação. É nesse cenário, portanto, que desponta a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, visando corrigir essa eventual falha do direito positivo.

É como diz o pioneiro Rubens Requião: *"Se a personalidade jurídica constitui uma criação da lei, como concessão do Estado à realização de um fim, nada mais procedente do que se reconhecer no Estado, através de sua justiça, a faculdade de verificar se o direito concedido está sendo adequadamente usado. A personalidade jurídica passa a ser considerada doutrinariamente um direito relativo, per-*

*mitindo ao juiz penetrar o véu da personalidade para coibir os abusos ou condenar a fraude através do seu uso."**(Ob. cit., p.15)***

De casuística cada vez menos incipiente, os pretórios apontam para o uso dessa doutrina, como se extrai dos seguintes julgados do **STJ**:

"RESP-CIVIL – LOCAÇÃO - ALUGUEL - PAGAMENTO.

No contrato de locação, o pagamento é a obrigação principal do inquilino. **Se a avença foi realizada por pessoa jurídica, fraudulentamente, os bens do sócio respondem pelo pagamento**." **(RESP 150809/SP, 6ª T, rel. Min. Luís Vicente Cernichiaro, publicado no DJ em 29/06/98)**

"DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRESSUPOSTOS. EMBARGOS DO DEVEDOR.

É possível desconsiderar a pessoa jurídica utilizada para fraudar credores. **(RESP 86502/SP, 4ªT, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, publicado no DJ em 21/05/1996)**

Outrossim, o *Código de Defesa do Consumidor*, em seu art. 28, já faz expressa menção ao instituto.

De mais a mais, a desconsideração tem natureza episódica, para o caso (episódio) concreto. Ainda Requião: *"O mais curioso é que a 'disregard doctrine' não visa a anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas e os bens que atrás dela se escondem. É caso de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo todavia a mesma incólume para seus outros fins legítimos." (Ob. cit., p. 14)*

Assim, não restando dúvidas quanto aos termos da aplicação da *«Disregard Doctrine»* no direito pátrio hodierno, cumpre elencar os pressupostos para sua utilização nos casos concretos. De acordo com o que nos informam a doutrina mais autorizada e os julgados do Superior Tribunal de Justiça, será possível afastar a autonomia patrimonial do ente moral sempre que se caracterizar a manipulação fraudulenta ou o uso abusivo do instituto. Em hipóteses, pois, em que se restar caracterizado o seu desvio de finalidade.

De interesse para a questão em tela, tem-se a desconsideração fundada em fraude.

Recorrendo-se ao escólio de Fábio Ulhoa Coelho ***(Curso de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 31-56)***, haverá propósito fraudulento sempre que, encoberto pela "máscara" da pes-

soa jurídica, o sócio vise a prejudicar interesse de terceiros, em nome de anseios próprios.

Em contrapartida, o mesmo jurista pontua a dificuldade de se provar a fraude, haja vista ser dado eminentemente subjetivo. Dessa forma, no atual estágio da relação jurídica processual (fase postulatória), só resta à demandante apontar os indícios que levam à sua configuração, a serem, pois, oportunamente reforçados na dilação probatória ampla existente no processo cognitivo —perícia contábil, investigação do patrimônio pessoal dos sócios etc.

O pleito de desconsideração, no caso, fulcra-se em três indícios, a saber: **a)** abissal diferença entre as quotas dos sócios que integram a sociedade demandada; **b)** fechamento irregular da sede da empresa; **c)** a insolvência da sociedade.

No concernente à **primeira prova indiciária**, deve-se observar o quanto subscrito na certidão exarada pela JUCEB (Junta Comercial do Estado da Bahia). Denota o referido instrumento que a **composição do capital social** da sociedade-ré apresenta uma curiosa peculiaridade: dos R$60.000 (sessenta mil reais) que o integram, R$ 59.880 (cinqüenta e nove mil, oitocentos e oitenta reais), **99,8% (noventa e nove inteiros e oito décimos por cento)**, pertencem ao sócio **A. H. S.**, enquanto o restante, a ínfima quantia de R$120 (cento e vinte reais), **0,2 % (dois décimos por cento),** corresponde à "participação" de sua familiar **M.E.S.**

Está-se, assim, provavelmente, em deparo com situação semelhante ao célebre caso inglês Salomon vs. Salomon Co.,[83] semente de toda a discussão acerca da supressão da autonomia patrimonial. Com efeito, incontáveis são os exemplos de "sociedades fictícias" formadas com parentes ou amigos, apenas para o locupletamento de seu membro quotista amplamente majoritário. Em ocasiões tais, portanto, devem os magistrados se apegar ao magistério sempre atualizado de Rubens Requião: *"... é preciso repelir a idéia preconcebida dos que estão embaídos do fetichismo da intocabilidade da pessoa jurídica, que não pode ser equiparada tão insolitamente à pessoa humana no desfrute dos direitos incontestáveis da personalidade."* ***(Revista dos Tribunais, 410/24)***

Outrossim, encaixando-se, como uma luva, à questão em voga, encontramos o julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

"Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Execução fiscal com penhora dos bens do sócio-gerente. Embargos de Terceiro.

Sociedade realmente fictícia, em que o sócio é dono de 99,2% do capital, sendo o restante 0,8% de sua mãe e de um cunhado. A assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde com a do sócio é um princípio jurídico básico, não um tabu, e merece ser desconsiderada quando a sociedade é apenas um "alter ego" de seu controlador, na verdade comerciante em nome individual. Lição de Konder Comparatto. Embargos de Terceiros rejeitados (...)"(TJRS, RDM, 63/83).

O julgado mencionado refere-se ao posicionamento do Prof. Fábio Konder Comparato (sem dúvida alguma um dos maiores juristas vivos deste país), o qual, tentando **objetivar** o estudo da teoria da desconsideração, formulou bela teoria, de ampla aceitação nacional. Sintetizemo-la.

Quando se autoriza a desconsideração fundada na fraude — hipótese básica—, está-se em terreno movediço, porquanto adstrito às lindes subjetivas —de fato, confere-se destaque ao intuito do sócio ou administrador. Tal formulação dificulta sobremodo a prova. Afirma Fábio Ulhoa Coelho: *"Quando ao demandante se impõe o ônus de provar intenções subjetivas do demandado, isso muitas vezes importa a inacessibilidade ao próprio direito, em razão da complexidade de provas dessa natureza."* ***(Curso de Direito Comercial, Saraiva, v. II, p. 43)***

Assim, para facilitar a tutela de alguns direitos, preocupa-se a ordem jurídica (e a doutrina) em estabelecer presunções, que, no campo da teoria da *disregard*, se revela na tese do Fábio Comparato, em sua formulação objetiva: a confusão patrimonial. Em uma sociedade cujo patrimônio quase total é de um dos dois sócios, a confusão patrimonial aí é absoluta, não havendo a necessária distinção patrimonial.

Esta tese está sufragada no Projeto do Novo Código Civil Brasileiro:

*"**Art. 50.** Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, o juiz pode decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determi-*

nadas relações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios das pessoas jurídicas."

Eis o primeiro dado objetivo a justificar a aplicação da teoria da desconsideração.

O próximo cristaliza-se no **fechamento irregular da sede da empresa**. Na narração dos fatos, aduzimos ter o ilustre oficial de Justiça, por ocasião do cumprimento do mandado citatório, encontrado a sede da sociedade demandada em completo abandono. De fato, ainda que conste no multicitado documento da JUCEB a situação "ATIVA", as atividades da ré, no endereço fornecido pela certidão, estão paralisadas.

Neste esteio, observem-se as seguintes decisões:

"Agravo de Instrumento. Penhora. Ausência de bens em nome da empresa, que **não se encontra mais estabelecida no local referido em seu contrato social.** Incidência sobre bens particulares de sócio. Empresa que se omite, em oferecimento de bens à penhora, **inclusive com dificuldades para ser citada em execução fiscal, já' que não mais domiciliado no endereço constante de seu contrato social, evidencia o abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica. Aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, com o precípuo escopo de constrição em bens de seu sócio, para garantia do débito judicialmente reconhecido. "Disregard of Legal Entity". Provimento. (Agravo de Instrumento nº1999.002.9500, TJRS)**

"EMENTA: EMBARGOS. RESPONSABILIDADE PASSIVA DO SÓCIO. SOCIEDADE IRREGULARMENTE DISSOLVIDA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Dissolução irregular. Desconsideração da personalidade jurídica. Responsabilidade solidária dos sócios pelos débitos da empresa. **Alteração contratual não registrada perante órgão competente. Legitimidade passiva do sócio na ação de execução.** Apelo improvido." **(Apc nº 598386803, 10ªCC, TJRS, rel.: des. Paulo Antonio Kertzmann, julgado em 19/11/1998**)

E a razão para isso talvez sejam as inúmeras formalidades para o encerramento das atividades empresariais, entre as quais se pode ressaltar a quitação de dívidas fiscais...

Demais disso, há a derradeira causa apontada, **insolvência da sociedade**, que completa o rol dos indícios que contribuem para a visualização da fraude. Assim, após formar sociedade fictícia, desligar irregularmente a sede de suas atividades, o *"grande final"* se consubstancia no descaso com as obrigações contraídas em nome da pessoa jurídica. Duplicatas vencidas, protestadas, sem que houvesse qualquer manifestação dos requeridos. Ora, sob o fantasma da separação patrimonial, não há razões para temer a Justiça...

Veja-se que não estamos falando da insolvabilidade comum, típica do insucesso dos negócios, mas sim, de descumprimento obrigacional afetado ao desvio de função da empresa. **Eis o entendimento jurisprudencial a respeito**:

"EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. SOCIEDADE POR COTA DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

O risco sério de frustrar-se o pagamento de credores justifica a adoção da desconsideração da personalidade jurídica e a penhora de bens pessoais dos sócios se inexistentes bens de empresa constituída por marido e mulher. A sociedade não pode funcionar como escudo ao enriquecimento ilícito em detrimento de credores e terceiros que com ela contratam. Agravo provido." **(AGI n.º 598452142, 22ª CC, TJRS, rel.: des. Ilton Carlos Dallandrea, julgado em 23/02/1999)**

Destarte, por tudo o quanto expendido, avulta cristalino o uso fraudulento da sociedade.

1.3 A citação dos sócios e o devido processo legal. Necessidade de, em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa, chamá-los à integração da demanda desde o processo de conhecimento. O litisconsórcio eventual.

Muito se discute a respeito do problema do cerceamento de defesa e da ofensa ao princípio do contraditório em sede dos pleitos de desconsideração da personalidade jurídica. Em verdade, o cerne

da questão está nas preocupações em que, no processo de conhecimento, em sendo demandada unicamente a sociedade, se estaria violando o direito dos sócios de participar da evolução do litígio, vindo a sofrer, na execução, constrição patrimonial sem que ao menos pudessem ser ouvidos.

A despeito da discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema — alguns se mostram mais flexíveis quanto à exigência de citação dos sócios na etapa de certificação— ficamos, *ad cautelam,* com a posição, *e. g.,* de Fábio Ulhoa Coelho ***(ob. cit., 54-56)***, para quem, inexoravelmente, deve o membro da sociedade ser citado, já na fase de conhecimento, haja vista ser o entendimento mais afinado à segurança no processo. A propósito, observe-se o que preconiza o ilustre professor: *"...será sempre inafastável a exigência de processo de conhecimento de que participe, no pólo passivo, aquele cuja participação se pretende, seja para demonstrar sua conduta fraudulenta (se prestigiada a formulação maior da teoria) seja para condená-lo, tendo em vista a insolvabilidade da pessoa jurídica (quando adotada a teoria menor)."* ***(ob. cit., p.56)***

É com olhos postos na cláusula *«due process of law»*, aplicada para garantir aos sócios o direito à ampla defesa e ao contraditório que se deve postular, desde logo, a sua citação como litisconsortes facultativos eventuais.

Está-se, deste modo, diante de um tema jurídico extremamente complexo: o litisconsórcio eventual. Nesta seara, poucas penas marcaram papéis; poucos doutrinadores se atreveram a dilucidar a matéria. Só agora, com a promulgação, por incrível que pareça, do Código de Defesa do Consumidor, é que o tema foi inserto na faina diária dos juristas.

Cândido Rangel Dinamarco, um dos poucos que enfrentou a questão —com a costumeira lucidez, diga-se—, desde antes do CDC, assim imprecou em sua monumental obra *Litisconsórcio*, a melhor monografia destas plagas tropicais sobre o tema: *"Questão elegantíssima, sobre a qual nada se conhece na literatura especializada brasileira, é a que diz respeito à admissibilidade do litisconsórcio alternativo ou eventual em nosso sistema de direito positivo. Igualmente na Itália pouco se escreveu a respeito, existindo*

*algumas manifestações no direito alemão. Será lícito colocar em juízo, cumulativamente, duas demandas dirigidas a pessoas diferentes, invocando o art. 289 do Código de Processo Civil (**cúmulo eventual**), para que uma delas só seja apreciada no caso de rejeitada a primeira? Será lícito comparecerem dois autores, na dúvida sobre qual deles seja o verdadeiro credor, pedindo que o juiz emita um provimento contra o adversário comum, em benefício de um dos dois (**cúmulo alternativo**)?" (**Litisconsórcio. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 390/391**)*

Percebe-se, pois, pelas palavras do mestre paulista, que o tema não é fácil. O nosso Código de Ritos autoriza que se formulem mais de um pedido, em ordem sucessiva, a fim de que o segundo seja acolhido, em não o sendo o primeiro. São os chamados pedidos sucessivos (ou subsidiários, ou cumulação eventual etc.), concretizados no artigo 289 deste diploma legal.

O ensinamento de Nelson Nery Junior e de Rosa Maria Andrade Nery é, em tudo, esclarecedor*: "**Pedido sucessivo.** O autor pode deduzir dois ou mais pedidos em ordem sucessiva. Pedido sucessivo é a pretensão subsidiária deduzida pelo autor, no sentido de que, em não podendo o juiz acolher o pedido principal, passa a examinar o sucessivo. Por exemplo, pedido de nulidade ou anulação de casamento (principal) e subsidiário de separação judicial (sucessivo). O pedido sucessivo só é examinado pelo juiz se não puder ser deferido, no mérito, o pedido principal." **(Código de Processo Civil Comentado. 3ª ed. São Paulo: RT, 1997, p.571, art. 289, nota 1).***

Em assim sendo, repita-se a pergunta de Cândido Rangel Dinamarco: será lícito colocar em juízo, cumulativamente, duas demandas dirigidas a pessoas diferentes, invocando o art. 289, do Código de Processo Civil? ***(DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. cit., p. 391).***

A resposta é positiva.

Denomina-se o fenômeno de **litisconsórcio eventual**.

A parte autora não tem o poder de vaticinar que, no decorrer da batalha procedimental, seja imprescindível a aplicação da teoria da

disregard doctrine. Logo, é inteiramente legítimo a propositura da demanda pelo procedimento ordinário, com o litisconsórcio passivo entre a sociedade e os sócios.

O **litisconsórcio eventual**, aplicado à hipótese em comento, permite atacar o patrimônio pessoal dos sócios, **apenas e tão-somente**, se for impossível liquidar o débito por intermédio do capital social da pessoa jurídica.

Ora, na medida em que se poderá desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade comercial—e, consequentemente, se instaurando a busca no patrimônio de seus sócios de bens para a satisfação da obrigação—, nada mais razoável, assim, que sejam citados, *ab ovo*, os sócios, já que, com a desconsideração, poderão ser tomadas medidas que acarretem a excussão dos seus patrimônios para a satisfação das pretensões de direito material postas em juízo.

A integração do feito com a presença, no pólo passivo, tanto da sociedade como dos sócios é inteiramente lídima. Tal inserção passiva atua, aliás, muito mais, em benefício dos sócios do que do autor que afora a demanda, visto que, participando estes da relação jurídica travada no processo de conhecimento, podem, com maior intensidade, exercitar os seus direitos fundamentais, garantidos pela Carta Política de 1988, de ampla defesa e contraditório.

Considerando o processo de execução como um processo cuja cognição é, na feliz expressão dos eminentes professores **Adroaldo Furtado Fabrício e Kazuo Watanabe**, ***rarefeita*** ou ***punctualizada,*** seria muito melhor —até para os próprios sócios— que eles sejam partes da relação jurídica existente no processo de conhecimento, para que, em razão da cognição ampla e exauriente, possam participar da formação do título executivo judicial e, precipuamente, defender-se em caso de uma ventura medida judicial de desconsideração da pessoa jurídica.

Os direitos fundamentais de devido processo legal (artigo 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988), ampla defesa e contraditório (artigo 5º, LV, do Estatuto Político Pátrio) estariam amplamente respeitados com a inclusão dos sócios desde o início da demanda.

É o que pensa, por oportuno, Genacéia da Silva Alberton, em estudo acerca da matéria:

"Ora, no caso de responsabilidade subsidiária, na aplicação do art. 28 do CDC entendo possível ser proposta a demanda com litisconsórcio facultativo eventual. Se não for condenada a pessoa jurídica ou empresa-mãe, acolhida a desconsideração, será possível, desde logo, ser condenada a pessoa física, a empresa coligada ou integrante de grupo societário (art. 28 do CDC c/c art. 289 do CPC)

(...)

Não vejo, pois, óbice à aplicação do litisconsórcio facultativo eventual em hipóteses de desconsideração previstas no Código do Consumidor como garantia não apenas para o autor mas também para os demandados que, integrando a lide, terão condições de exercer plenamente o direito de defesa." **(ALBERTON, Genacéia da Silva. A Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código do Consumidor - Aspectos Processuais. Revista de Direito do Consumidor, julho-setembro de 1993, v. 7, São Paulo, RT, pp. 25/26.)**

Em razão disso, aconselha Flávia Guimarães, na obra citada:

''Portanto, o ideal é que o consumidor prejudicado, ao ajuizar a ação declaratória condenatória, já faça integrar a lide, com fundamento nos arts. 46, 292, do Código de Processo Civil, todos os co-responsáveis.

(...)

Do contrário, em fase de execução, caso os co-responsáveis não tenham participado do processo, seja como parte, seja como terceiro, poderão alegar ilegitimidade para estarem figurando no processo de execução." (ob. cit., p. 147)

Aliás, a razoabilidade dos argumentos já é aceita inclusive pela Justiça Laboral —tradicionalmente favorável às posições em prol do empregado—, tendo o **Tribunal Superior do Trabalho** editado Enunciado que corrobora tudo o que foi dissertado até aqui. Diz o Enunciado 205 do TST: *«**205.** O responsável solidário, integrante do grupo econômico, que não participou da relação jurídica processual como reclamado e que, portanto, não consta do título executivo judicial como devedor, não pode ser sujeito passivo na execução.»*

Eis a razão da necessidade de formação do litisconsórcio eventual para a aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. Não se pode, na ânsia por uma efetividade do processo, atropelarem-se garantias processuais conquistadas após séculos de estudos e conquistas. Imaginar a aplicação de uma teoria eminentemente excepcional, que inquina de fraudulenta a conduta deste ou daquele sócio, sem que se lhe dê a oportunidade de defesa —ou somente se lhe permita o contraditório eventual dos embargos à execução, com necessidade da prévia penhora[84]—, é afrontar comezinhos princípios processuais; é, nas lúcidas observações do Prof. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, privilegiar a efetividade perniciosa em detrimento daquela que todos queremos: a virtuosa.

2.BIBLIOGRAFIA UTILIZADA

ALBERTON, Genacéia da Silva. *A Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código do Consumidor - Aspectos Processuais.* Revista de Direito do Consumidor, julho-setembro de 1993, v. 7, São Paulo, RT, pp. 25/26.

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil.* São Paulo: Bookseller, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* São Paulo: RT, 1977.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio.* 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Breves Notas sobre Provimentos Antecipatórios, cautelares e liminares*". Em Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães, coord. Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. *Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código do Consumidor - Aspectos processuais*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MALACHINI, Edson Ribas. *Da Conversibilidade de um Processo em Outro, por Emenda à Petição Inicial.* JB 163/36-43.

MEIRELES, Edilton. *Legitimidade passiva do sócio na execução judicial. In: Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 1998, v. 9, pp. 460/468.

NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravangante*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1997.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do Formalismo no Processo Civil.* São Paulo: Saraiva, 1997.

REQUIÃO, Rubens. *Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica (Disregard Doctrine)*. RT 410/12-24.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil.* São Paulo: RT, 1987.

[8]() **Resumo do caso:** *"O comerciante Aaron Salomon havia constituído uma "Company", em conjunto com outros seis componentes de sua família, e cedido o seu fundo de comércio à sociedade assim formada, recebendo 20000 ações representativas de sua contribuição ao capital, enquanto para cada um dos outros membros foi distribuída uma ação apenas; para a integralização do valor do aporte efetuado, Salomon recebeu ainda obrigações garantidas de dez mil libras esterlinas. A companhia logo em seguida começou a atrasar os pagamentos, e um ano após, entrando em liquidação, verificou-se que seus bens eram insuficientes para satisfazer as obrigações garantidas, sem que nada sobrasse para os credores quirografários. O liquidante, no interesse desses últimos credores sem garantia, sustentou que a atividade da company era ainda a atividade pessoal de Salomon para limitar a própria responsabilidade; em conseqüência Aaron Salomon devia ser condenado ao pagamento dos débitos da company, vindo o pagamento de seu crédito após a satisfação dos demais credores quirografários." (**Rubens Requião,** ob. cit., p. 18).*

[3] Cf MEIRELES, Edilton. Legitimidade passiva do sócio na execução judicial. *In:* Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênesis, 1998, v. 9, pp. 460/468.

HÁ ESTABILIDADE DO EMPREGADO PÚBLICO?

Ana Luísa Celino Coutinho, Profª da Faculdade de Direito da UFPB, Profª. convidada do curso de Especialização em Direito Administrativo da UFPE, Mestra e Doutora em Direito Público pela UFPE.

Numa primeira análise do texto constitucional, especificamente do caput do seu art. 41, chega-se precipitadamente à conclusão de que o empregado público não tem direito à estabilidade, ou seja, ao direito de permanecer no serviço público, desde que atenda às exigências previstas em lei e limitado pelas prescrições legais de como este direito pode ser perdido, vez que o referido dispositivo constitucional dispõe expressamente: "São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público". Sabe-se, entretanto, que o empregado público não ocupa cargo público, pois, segundo a própria definição legal do termo, cargo público "é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser acometidas a um servidor."[85]

Entretanto, para se verificar a existência de determinado instituto jurídico e para compreender a sua extensão é fundamental que se transcenda uma análise isolada de textos legais e se proceda à verificação do ordenamento jurídico, ao menos daquelas legislações que pertencem ao mesmo ramo do Direito ao qual pertence o instituto jurídico que se quer compreender. Ou seja, é necessário que se faça uma análise da legislação administrativa referente ao tema (não só daquela hoje vigente, mas de textos legais já revogados), relacioná-los entre si e com a Constituição.

A questão do direito à estabilidade e dos destinatários desse direito está inserida num contexto mais amplo que seria o dos regimes jurídicos que a Administração Pública, ao longo do tempo, adotou para disciplinar os direitos e deveres de seu pessoal.

Bezerra Cavalcanti[86] observa que, desde o final do século XIX, a

doutrina brasileira já observava na Administração Pública a existência da pluralidade de regimes de servidores. Esta tendência foi confirmada ao longo dos tempos até ser rompida com a Constituição de 1988 que, em seu art. 39, dispunha sobre a obrigatoriedade da adoção de regime jurídico único para os servidores da Administração Pública direta, autarquias e fundações públicas.

Com o advento da EC 19/98, houve uma alteração da redação do mencionado artigo e, a partir disso, uma volta à tradição jurídico-administrativa nacional da pluralidade de regimes jurídicos.

É neste contexto, que corresponde à realidade jurídico-administrativa nacional da atualidade, que pretendemos responder ao nosso questionamento-título.

Primeiramente, apenas com o intuito de demonstrar que, ao longo do tempo, houve a concomitância dos dois regimes jurídicos e que as diferenças entre as duas espécies de relação jurídica dos que serviam à Administração Pública, muitas vezes, não restavam tão nítidas, trataremos desta questão a partir da edição do Decreto-lei nº 200/67 (pois nosso objetivo não é proceder a uma análise histórica dos diversos regimes jurídicos dos servidores públicos). Isto porque, conforme relaciona Dallari Bucci,[87] foi nessa época que se observou a grande disseminação das empresas estatais e das sociedades de economia mista, cujas relações com o seu pessoal foram disciplinadas pelo regime de direito privado da Consolidação das Leis do Trabalho. Conforme já nos referimos anteriormente, a Constituição de 1988, no caput de seu art. 39, estabeleceu que todos os entes da federação deveriam estabelecer, no âmbito de sua competência, regime jurídico único para os servidores de suas respectivas administrações diretas, autárquicas ou fundacionais. Com isso, afirmou Martins da Silva,[88] não se podia admitir na mesma entidade da Administração Pública a permanência de mais de um regime jurídico para reger a relação entre a administração e seu pessoal. O que significa que, quem ingressasse na Administração Pública dali em diante teria que ser regido pelo mesmo regime jurídico. Entretanto, quem tinha ingressado no serviço público por outra forma que não o concurso público, conforme disposto no art. 37, II, da CF, permanecia com sua relação sendo disciplinada pelo regime contratual, apesar de o art. 19 do ADCT do referido texto constitucional ter garantido estabilidade aos servidores (usando este termo em sentido amplo, englobando os empregados) de todos os entes federativos que contassem com no mínimo cinco anos de serviço, considerando a data da promulgação da CF de 1988, e não

tivessem sido admitidos através de aprovação em concurso público. Então, a estabilidade foi presenteada àqueles servidores que não atendiam aos requisitos previstos no corpo do texto constitucional. Em 1990, com a criação do RJU destes servidores, além de estáveis passaram a ser efetivos. A EC 19/98 modificou a redação do art. 39 da Constituição. Isto posto, tem-se novamente a possibilidade de existência concomitante de mais de um regime jurídico.

A ocorrência de dualidade de regimes jurídicos do pessoal na Administração Pública não acontece sem problemas, e alguns autores, dentre os quais Dallari Bucci,[89] colocam a tendência permanente de aproximação dos direitos conferidos por cada um desses regimes jurídicos que, com o passar do tempo, redunda na descaracterização desses regimes. Tal aproximação é fruto de movimentação, organização e reivindicação dos próprios servidores públicos.

Ao movimento de reivindicação pelos servidores estatutários de direitos assegurados pela CLT, a referida autora[90] deu o nome de "celetização" dos funcionários e, ao movimento oposto, ou seja, àquele em que os empregados da administração buscam a incorporação de prerrogativas dos funcionários públicos, chamou de "funcionarização" de empregados públicos. Como exemplo do fenômeno da celetização, tem-se a extensão do 13º salário, direito de greve e sindicalização aos servidores públicos. Como exemplo do fenômeno inverso, estão o art. 19 do ADCT de 1988 e o próprio art. 3º da Lei nº 9.962/00.

Vimos, acima, direitos de servidores estatutários que paulatinamente foram conquistados por empregados públicos. A Constituição, em seu art. 39, § 3º, dispõe sobre os direitos de natureza trabalhista que se aplicam aos servidores públicos. Existem ainda direitos previstos na CLT que não se aplicam ou que sofrem alguma restrição na aplicação aos empregados públicos,[91] entre os quais estão: pagamento em dobro de férias acumuladas, direito a serem salário e remuneração estipulados por lei específica (art.61, II, alínea *a* da CF).

Voltando para o fenômeno da funcionarização, ou seja, extensão de direitos de servidores (sentido estrito) a empregados públicos, coloca-se em evidência o direito à estabilidade. Alguns doutrinadores[92] entendem que os empregados públicos, cuja relação com a administração é disciplinada pela CLT, podem adquirir a estabilidade em seus postos de trabalho, seja na administração direta ou indireta, desde que tenham ingressado no serviço público mediante concurso público e que tenham sido aprovados em estágio probatório.

A Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, disciplina o regime de emprego público do pessoal da administração federal direta,

autárquica e fundacional, em seu art. 3º, trata das hipóteses em que será permitida a rescisão do contrato de trabalho por iniciativa unilateral da Administração Pública.

O inciso I do art. 3º da referida lei dispõe sobre a prática de falta grave, dentre as enumeradas no art. 482 da CLT. Muitas das faltas graves previstas como ensejadoras de rescisão do contrato de trabalho do empregado público por força da Lei nº 9.962/00 são coincidentes com as possibilidades de demissão do servidor público previstas nos arts.132 e 117 da Lei nº 8112/90. São elas:

a) ato de improbidade – improbidade administrativa (art.132, IV da Lei nº 8112/90);

b) incontinência de conduta ou mau procedimento – incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição (art. 132, V da Lei nº 8112/90);

c) desídia – proceder de forma desidiosa (art.117, XV da Lei nº 8112/90);

d) violação de segredo da empresa – revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo (art. 132, IX da Lei nº 8112/90);

e) ato de indisciplina ou de insubordinação – insubordinação grave em serviço (art. 132, VI da Lei nº 8112/90);

f) abandono de emprego – abandono de cargo (art. 132, II da Lei nº 8112/90);

g) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra empregador, superiores hierárquicos ou contra qualquer pessoa, salvo em caso de legítima defesa própria ou de outrem (art. 482, alíneas j e k da CLT) – ofensa física em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem (art. 132,VII da Lei nº 8112/90);

h) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena – em virtude de sentença judicial transitada em julgado (art. 41 da CF).

Baseado neste paralelo, percebe-se que grande parte das causas ensejadoras de rescisão do contrato de trabalho do empregado público coincide com os motivos que levam à demissão do servidor público.

É importante atentar para o seguinte detalhe: as correspondentes causas de demissão de servidor público estável não ensejam demissão imediata; é necessário que haja processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa, ou, se for o caso, sentença judicial transitada em julgado, conforme dispõe o art. 41 da Constituição.

O inciso II do art. 3º, da Lei nº 9.962/00 dispõe, como causa de

resolução unilateral do contrato de trabalho pela Administração Pública, a acumulação de cargos, empregos ou funções públicas. Tal fato também é causa de demissão de servidor público, prevista no art.132, XII, da Lei nº 8112/90.

O inciso III da referida lei trata da resolução do contrato de trabalho do servidor público por iniciativa unilateral da Administração Pública, quando o motivo ensejador for o excesso de despesas. Este inciso remete à lei complementar referida no art.169 da CF, ou seja, à Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que trata das normas de finanças públicas voltadas para responsabilidade na gestão fiscal**.** Aos empregados públicos se aplica o que já afirmamos quando tratamos da perda de cargo por servidor estável, pois o art.18 desta lei refere-se ao pessoal da administração, independente do regime jurídico, ou se é ativo, inativo ou pensionista.

O inciso IV da Lei nº 9.962/00 trata da demissão do empregado público por insuficiência de desempenho, e assegura ao empregado público pelo menos um recurso hierárquico com efeito suspensivo e, também, no caso de continuidade da relação, o conhecimento dos padrões mínimos exigidos para a continuidade no emprego. Devido às indiscutíveis semelhanças, a comparação com a demissão do servidor público estável por insuficiência de desempenho torna-se inevitável e indispensável. Sobre esta questão, o que existe até o momento é o projeto de lei complementar em tramitação no Congresso. O art. 5º, § 4º do referido projeto de lei prevê a possibilidade de o servidor pedir reconsideração do conceito para a mesma autoridade que homologou a avaliação, e o art. 6º do referido projeto de lei prevê a possibilidade de recurso de ofício e voluntário, no caso de decisão que confirmar o conceito atribuído ao servidor. Percebe-se que se possibilita a revisão do conceito por duas vezes, embora a primeira vez seja para a mesma autoridade que o homologou. Muito semelhante é o que foi disposto no art. 3º, IV, da lei nº 9.962/00, que dispõe que se assegure pelo menos um recurso hierárquico para decisão que concluir pela insuficiência de desempenho do empregado público.

Diante desta análise, percebe-se uma clara identidade entre as causas de perda do cargo do servidor estável e aquelas ensejadoras da rescisão do contrato do empregado público por iniciativa unilateral da Administração Pública, o que nos leva a concluir que, com a EC 19/98, que flexibilizou a estabilidade do servidor, e com a edição da Lei nº 9.962/00, o governo atribui também a mesma estabilidade maleável aos empregados públicos. Por que se voltou a permitir um

outro tipo de vínculo entre a Administração Pública e o seu pessoal, regido por regime jurídico diverso, no caso, o privado, e depois lhe foram conferidas garantias de permanência no emprego quase iguais às conferidas aos servidores públicos estáveis?

Tal indagação se explica pelo fato de ser o principal objetivo da reforma administrativa, na verdade, a diminuição das despesas do Estado com pessoal, desde que, voltando-se a permitir a contratação de empregado público, futuramente, quando esses empregados passarem à inatividade, o gasto do Estado com aposentadoria será bem menor do que se permanecesse o regime estatutário como o único a reger as relações com a Administração Pública.

Diante do disposto no art. 3º da Lei nº 9.962/00, entendemos que os empregados públicos também possuem estabilidade, mas discordamos em parte de Robertônio Pessoa,[93] quando o mesmo afirma que só adquirem estabilidade os empregados que forem aprovados em concurso público e em estágio probatório. Inexiste previsão legal de estágio probatório de empregado público.

Atualmente, após as modificações constitucionais implementadas pela EC 19/98 e com a Lei nº 9.962/00, a estabilidade é um direito muito mais fácil de ser adquirido pelo empregado público do que pelo servidor, vez que o primeiro não está sujeito ao estágio probatório.

BIBLIOGRAFIA:

CAVALCANTI, Francisco Queiroz Bezerra. Alterações do regime dos servidores públicos, as emendas 19 e 20 e a limitação com gastos de pessoal. Figueiredo, Carlos Maurício e Nóbrega, Marcos (org.).*Administração Pública, Direito administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas.* São Paulo: RT, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Regimes Jurídicos dos Servidores Públicos: Aplicação do Regime Geral dos Empregados à Administração Pública. *RTDP*, São Paulo, n.14, p.196-206, 1996.

SILVA, Larissa Carotta Martins da. Servidor Público "Celetista" – Estabilidade. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, s/ cid., s/ed., n. 8, p. 115-117, 1997.

DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. O Regime Jurídico do Servidor Público Federal (Lei nº 8112/90. RJU). *Fórum Administrativo*, Belo

Horizonte, n.5, ano I, p. 585-587, julho, 2001.

PITAS, José. Servidor público: regime privado e estatutário. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n.135, ano 34, p. 45-48, setembro,1997.

PESSOA, Robertônio. *Curso de Direito Administrativo Moderno*. Brasília: Consulex, 2000.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*, V. 2, São Paulo: Saraiva, 1990.

[1] Ver art 3º da Lei nº 8.112/90.

[2] CAVALCANTI, Francisco Queiroz Bezerra. Alterações do regime dos servidores públicos, as emendas 19 e 20 e a limitação com gastos de pessoal. Figueredo, Carlos Maurício e Nóbrega, Marcos (orgs).*Administração Pública, Direito administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas*. São Paulo: RT, 2002, p.236.

[3] BUCCI, Maria Paula Dallari. Regimes Jurídicos dos Servidores Públicos: Aplicação do Regime Geral dos Empregados à Administração Pública. *RTDP*, São Paulo, n.14, 1996, p.198.

[4] SILVA, Larissa Carotta Martins da. Servidor Público "Celetista" – Estabilidade. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, s/ cid., n. 8, 1997, p. 115.

[5] Idem ibidem, n. 3, p.203.

[6] Idem ibidem, n. 3, p.203.

[7] Sobre este assunto, ler: DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. O Regime Jurídico do Servidor Público Federal (Lei nº 8112/90. RJU). *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, n.5, ano I, jul./2001, p. 585-587; PITAS, José. Servidor público: regime privado e estatutário. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n.135, ano 34, set./1997, p. 45-48.

[8] Neste sentido ver: PESSOA, Robertônio. *Curso de Direito Administrativo Moderno*. Brasília: Consulex, 2000, p. 348; e FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. V. 2, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 421

[9] : PESSOA, Robertônio. *Curso de Direito Administrativo Moderno*. Brasília: Consulex, 2000, p. 348.



A CONTRIBUIÇÃO DAS DOUTRINAS SOCIALISTAS PARA O DESENVOLVIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Fabio T. C. Ribeiro. Juiz do Trabalho e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará.

"O destino de uma época que comeu da árvore do conhecimento consiste em ter de saber que não podemos colher o **sentido** do decurso do mundo do resultado da sua investigação por mais completo que ele seja, mas temos que estar aptos a criá-los nós próprios, que 'visões do mundo' jamais podem ser produto da marcha do conhecimento ***empírico*** e que, portanto, os ideais mais elevados, que mais fortemente nos comovem, somente atuam no combate eterno com outros ideais que são tão sagrados para outros quanto os nossos para nós[95].(Destaques no original).

1. APRESENTAÇÃO:

Os direitos fundamentais não nasceram de uma hora para outra, como algo acabado e perfeito. De outro lado, as suas três dimensões[96] não surgiram ao mesmo tempo, antes resultaram de ideais filosóficos, políticos e éticos e de condições econômicas vivenciadas pela humanidade nos últimos três séculos.

Para compreender os direitos fundamentais em suas especificidades, faz-se mister conhecer as fontes de inspiração de cada uma de suas gerações hoje conhecidas, desde a idéia de liberdade, passando pelas doutrinas socialistas - inclusive a doutrina social da Igreja - que postulavam a igualdade, até o pensamento hodierno, dotado de altíssimo teor de humanismo, que chama a atenção de todos para a necessidade de reconhecer em cada indivíduo o "outro".

A contribuição das doutrinas socialistas para o desenvolvimento dos direitos fundamentais, tendo como norte a convicção de que as

condições históricas objetivas são a sua primeira fonte de inspiração - essa a matéria em estudo.

Não procuro, por óbvio, indicar todas as conseqüências (políticas, filosóficas, jurídicas, sociológicas etc.) produzidas, direta ou indiretamente, pelas doutrinas socialistas, a repercussão delas em todos os ramos do conhecimento humano. Não pretendo, portanto, escrever um tratado sobre o pensamento socialista desde Marx aos nossos dias.

O fim colimado é bem delimitado: indicar, objetiva e sinteticamente, de que forma o pensamento socialista interferiu na formulação da teoria dos direitos fundamentais e quais as conquistas - para o homem, na sua expressão individual e social (se elas houve) - aí produzidas.

2. DESENVOLVIMENTO:

2.1.O caráter social do homem:

Já Aristóteles - na Grécia Antiga - pontificava ser o homem um animal gregário, que necessita do concurso dos seus pares para bem viver e desenvolver as pontencialidades e virtualidades do seu gênio, no limite de suas possibilidades psicossomáticas. Com efeito, os que levam vida de ermitão são exceção. A vida em comunidade bem se poderia dizer uma realidade histórico-sociológico-política, que, com o passar dos tempos, acabou paulatinamente juridicizada. Essa juridicização foi e é produto da inafastável necessidade de normar a convivência humana, garantindo, a partir da limitação da liberdade do indivíduo, naquilo que for estritamente indispensável, a liberdade de todo o corpo social. Parece paradoxal, mas é fato: limita-se a liberdade para que seja garantido mais utilmente o gozo da própria liberdade[97].

Dessa necessidade humana, que se poderia dizer psico-fisiológico-cultural, de conviver com o seu semelhante, surge o problema dos agrupamentos humanos, primeiro de forma assimétrica e atômica - a tribo e a família -, depois ordenada e molecular - a cidade. É claro que entre umas e outras o passo foi gigantesco e muitos séculos se passaram até que a racionalização do intercâmbio social, num mesmo espaço físico, se fizesse nos moldes do que hoje se conhece.

Essas colocações propedêuticas, que num primeiro lance de vista parecem refugir ao problema sob foco, servem, não obstante, para estabelecer a premissa básica, que gostaria de ressaltar, de que

o concreto das relações intersubjetivas é geratriz de tensões e conflitos - daí a existência de normas de conduta, que, não fosse assim, inexistiriam, por falta de utilidade e destinação. E o Direito, diga-se de logo, é produto do poder, institucionalizado ou não.

A imediata e precedente afirmação vai feita porque, já agora, almejo destacar que o elenco de direitos fundamentais acatados numa dada ordem jurídica é a síntese resultante da visão de mundo da sociedade instituidora dessa mesma ordem. A postura de cada sistema normativo, ou seja, a perspectiva de cada uma das sociedades, será a resultante das suas aspirações e de suas ideologias.

Nesta medida, descabe falar em teoria dos direitos fundamentais, sendo lícito referir as teorias dos direitos fundamentais, porquanto, como bem acentuado pelo constitucionalista Gomes Canotilho[98], aqueles direitos têm como pressuposto concepções de Estado e de Constituição que são decisivas na tarefa de interpretação e integração das normas constitucionais. Vale dizer: a interpretação da Constituição está condicionada por uma compreensão prévia dos direitos fundamentais. Daí as teorias liberal, da ordem dos valores, institucional, social, democrática funcional e socialista.

2.2 A superação do pensamento liberal clássico:

De 1649 em diante - e durante mais de um século - o Parlamento inglês lutou contra o absolutismo monárquico, que só veio a ser vencido às portas do séc. XVIII, quando ficou estabelecido o sistema representativo, com a tripartição das funções do Estado (função executiva, função legislativa e função judiciária) e, o que é mais importante, com o estabelecimento definitivo da intangibilidade dos direitos fundamentais do homem.

Os princípios inscritos na declaração do Parlamento inglês tomaram acento em quase todas as constituições liberais e na própria Declaração de Independência Americana, em 4 de julho de 1776[99]. Estava, pois, consolidado o axioma da igualdade do homem e de sua liberdade. Esse último, o maior lema do pensamento liberal clássico. O liberalismo, por força mesmo de seus postulados, admite a liberdade civil e política, religiosa e econômica. Para que isso se fizesse possível, era necessário sustentar, como sustentaram os liberalistas científicos, que todos os homens eram absolutamente iguais.

Tais as propostas políticas do liberalismo, que se espraiaram pela economia, pelo direito[100], como de resto por todos os campos da atividade humana. Não é por acaso, já se vê, que a teoria econômica

liberal repousa sobre quatro princípios básicos: o da liberdade de empresa; o da propriedade privada; o da liberdade de contrato e o da liberdade de câmbio.

O primado da liberdade de empresa sustenta, antes do mais, a livre concorrência no mercado aberto, onde todos, porque iguais, estão aptos à disputa pela produção. Se assim é, pressuposta está a propriedade privada, já que a concorrência antevê o afastamento do Estado do domínio econômico. O Estado deve-se omitir de interferir nos negócios dos cidadãos, os quais transitam livremente pelas cercanias da produção, guiados pelos seus interesses e nada mais.

Se todos eram iguais e livres, então o Estado não se deveria imiscuir nos contratos firmados pelos particulares, os quais poderiam estabelecer, em virtude da autonomia da vontade privada, as cláusulas que bem entendessem para regular os seus negócios, desde que não contrariassem lei preexistente. Aqui a origem dos contratos leoninos!

O último dos postulados do liberalismo econômico é o da liberdade de troca ou de câmbio[101], bem ao gosto de Adam Smith, para quem o mercado deveria ser deixado em paz (*laissez-faire*), pois só assim se auto-regularia e alcançaria a estabilidade desejável e necessária ao seu bom funcionamento.

É evidente que os resultados sociais de uma visão de mundo como esta foram os mais perversos possíveis. O dogma da igualdade do pensamento liberal clássico fechava os olhos para a realidade do cotidiano e do homem[102]. Parece claro que as desigualdades entre os homens são, ao contrário do que sustentava o liberalismo, naturais. Desse modo, se é certo que moralmente o homem deve ser considerado igual a outro homem, porque ambos têm em comum a seiva da humanidade; se politicamente todos são iguais, porque cada qual representa a unidade da vontade geral; se civilmente todos devem ser iguais em direito, porque assim o impõe o sentimento ético; é certo também que as diferenças de condições práticas entre pobres e ricos denunciam a necessidade de que os pobres sejam protegidos em face dos ricos, uma vez que, economicamente, não havia nenhuma igualdade entre eles - preconizavam algumas vozes inconformadas com a situação do "proletariado"[103].

Ante dito cenário de desolação da imensa maioria das pessoas (proletariado), duas foram as alternativas que se apresentaram à consideração: a primeira, defendida pelo socialismo materialista, que apregoava a necessidade de promover a igualdade efetiva entre os homens, superando-se a igualdade meramente formal e perante a lei;

a segunda, a da Igreja, através de sua doutrina social, a qual propugnava a comunhão dos homens e uma prática de justiça pelo Estado. O Estado, por meio de sua atuação jurídica, deve agir no sentido de compensar, juridicamente, a desigualdade econômica que se verifica no seio da comunidade social[104]: toma corpo, dessa forma, a tendência socializante do Direito.

2.3.Os antecedentes históricos dos direitos fundamentais:

A doutrina francesa, segundo preleciona José Afonso da Silva[105], aponta o pensamento cristão e o jusnaturalismo como fontes principais de inspiração das declarações de direitos do século XVIII, olvidando, todavia, as condições históricas, materiais e imateriais, co-responsáveis pelo surgimento da idéia de direitos fundamentais. E que condições eram essas? Se se lançar um olhar, ainda que perfunctório, sobre a estrutura sócio-política de antanho, ver-se-á que o paradoxo insustentável de uma monarquia absoluta, anquilosante e sufocadora, e uma classe burguesa - ávida por expandir seus negócios, superar fronteiras, vencer grilhões - era insustentável. Dessa dialética - enriquecida pelo pensamento iluminista - surgem os assim chamados direitos fundamentais de primeira geração[106], que são os direitos de liberdade, do homem individual, oponíveis contra o Estado. Representam eles, a bem de ver, uma barreira que se pretende intransponível à ingerência do Estado.

A sua marca central é a noção de liberdade do homem frente ao Estado: os direitos civis e políticos. A liberdade, tão almejada pelo homem, de poder desenvolver o seu gênio sem que o temor de uma mão soberana, de repente, sem prévio aviso, lhe castre a iniciativa ou lhe subtraia as possibilidades de atuação. A liberdade de participar ativamente dos negócios do Estado, sem receios de reviravoltas espetaculares; a liberdade de negociar e poder enriquecer; a liberdade, enfim, expressão do próprio “eu” subjetivo.

Ocorre, todavia, que a idéia de liberdade absoluta, decantada pelos adeptos do liberalismo, fechava os olhos para o cotidiano, em cuja realidade viam-se fundas diferenças imperantes entre os segmentos sociais, de modo a promoverem a fartura de uns, a escassez de outros. Nesse sentido, com a expansão comercial e a Revolução Industrial - de que resultou o proletariado urbano[107] - o processo histórico-dialético passa a tomar em consideração o referencial econômico. Além da liberdade, necessário se fazia postular o lema da igualdade, conducente a uma vida digna para todos. As fontes das novas

idéias foram as doutrinas sociais, que inspiraram o Manifesto Comunista[108] e a concepção de intervenção estatal no domínio econômico e social, de modo a tutelar os mais fracos. A doutrina social da Igreja Católica, a partir de Leão XIII, expressa nas encíclicas papais, com destaque para a *Rerum Novarum*[109], aspirava a uma ordem jurídica mais justa e clamava por ela.

Não se confunda, no entanto, a doutrina social da Igreja com as concepções do socialismo, até porque a Igreja posicionou-se francamente contra este e contra o comunismo, chegando mesmo a apontar-lhes os defeitos[110]. Nem o socialismo nem o comunismo - segundo a visão do Vaticano - eram respostas satisfatórias aos problemas dos homens das classes inferiores, imersos numa "*situação de infortúnio e de miséria imerecida*".

O Papa Leão XIII augurou indicar as causas do conflito entre os agentes da produção, enxergando-as na destruição das corporações, ocorrida no século anterior (XVIII), sem que fosse colocado nada em seu lugar, deixando, assim, os operários sem qualquer proteção; no desaparecimento do sentimento religioso das leis e das instituições públicas, em virtude do que os trabalhadores ficaram isolados e sem defesa, entregues à "*cobiça duma concorrência desenfreada*". S. Santidade ainda apontou para a usura voraz que, não obstante condenada reiteradamente pela Igreja, continuava a campear, impelida pela ganância; e, ainda, o monopólio do trabalho e dos papéis de crédito[111], que, na sua augusta visão, tornaram-se o quinhão de pequeno número de ricos e opulentos.

A Igreja, através da *Rerum Novarum*, propugnava que a solução para o conflito estaria antes na concórdia das classes sociais do que em sua luta. Mas sem abrir mão jamais da propriedade privada, um apanágio do direito natural, sancionado pelo costume de todos os séculos. Nesse ponto, em abono de suas considerações e para justificar a justeza da propriedade privada, S. Santidade invoca Santo Tomás de Aquino e a própria Bíblia Sagrada[112]. No que respeita às relações entre operários e patrões, chega até a propor uma pauta de deveres para ambos, vaticinando que o primeiro postulado a pôr em evidência é o de que o homem deve aceitar, com serenidade, a sua condição[113]. Nesse diapasão, seriam deveres dos pobres e dos operários: fornecer integral e fielmente o trabalho a que se haviam obrigado por sua livre vontade; não lesar o seu patrão, nem em seu patrimônio nem em sua pessoa; reivindicar sem violências ou sedições; fugir dos "*homens perversos*" que, através de discursos atrativos, enchem-lhes

os corações de esperanças vãs e exageradas, as quais só conduzem a frustrações e ruína das fortunas.

De seu turno, competia aos ricos e patrões: não tratar o operário como escravo, respeitando nele a dignidade de homem, sobrevalorizada pela de cristão; não o usar como vil instrumento de lucro; levar em consideração os interesses espirituais do operário e o bem de sua alma; velar para que o operário não seja entregue à sedução e às solicitações corruptoras; não submeter o operário a jornada superior às suas forças ou em desacordo com a sua idade ou o seu sexo. Antes de qualquer outro, porém, o maior dever do patrão é dar a cada operário o salário que convém[114]. Mas - é de perguntar-se - qual seria o salário justo? O Sumo Pontífice não o diz, mas aponta direções algo genéricas. Assevera que a exploração da pobreza e da miséria são coisas reprovadas tanto pelas leis humanas quanto pelas leis divinas e que seria um crime contra o céu defraudar a qualquer pessoa o preço do seu labor.

Se se pensar o momento histórico em que vieram à liça essas palavras, perceber-se-ão o impacto e a importância delas no mundo ocidental.

Além de lecionar para os operários e patrões, também para o Estado dirigiu-se a dicção papal. Ele - o Estado - tinha o dever de assegurar os direitos de todos os cidadãos, prevenindo ou vingando a violação deles. Outrossim, nessa tarefa hercúlea, deveria preocupar-se, de forma especial, com os fracos e indigentes, porque esses, em virtude de suas fraquezas, não tinham como se pôr ao resguardo das injustiças. O Estado, portanto, deveria chamar a si a tarefa de proteger a classe pobre – tal era o seu dever impostergável.

Se, por um lado, o indivíduo e a sua família não podem ser absorvidos pelo Estado, entende S. Santidade, igualmente, que eles não devem agir de modo a prejudicar ninguém. Ao governante compete, então, proteger a comunidade e suas partes: a comunidade, porque o poder soberano hauriu na natureza a sua legitimidade e força; as partes, porque, sendo de direito natural, o governo deve almejar o bem daqueles que lhe são submetidos.

Percebe-se, de pronto, que, da mesma forma que os direitos de primeira geração, os direitos fundamentais de segunda geração tiveram, por primeiro, uma fundamentação filosófico-política de marcado teor ideológico - como não poderia deixar de ser, aliás. Uma vez proclamados nas Cartas Políticas de ideário marxista e na social-democracia de Weimar, disseminaram-se no constitucionalismo do

segundo pós-guerra. Enquanto os direitos fundamentais de primeira geração dominaram o século XIX, os de segunda geração vêm de dominar o século XX.

2.4.A visão marxista do homem:

Aqui ficarão apenas esboçadas algumas idéias de Marx[115].

Filósofos como Rousseau e Hegel já haviam tentado, ao seu tempo, relativizar a idéia do indivíduo singular, como "*substância em si*"; o fim da sociabilidade e da própria condição humana. No século XIX, todavia, essa tendência generaliza-se e se faz um dos pontos centrais de toda a discussão jusfilosófica e sociológica. O próprio Habermas, citado por Tâmara de Oliveira[116], é incisivo ao asseverar que um dos eixos centrais da crítica hegeliana da modernidade diz respeito ao caráter alienado das relações intersubjetivas.

Voltava, portanto, com intensidade vigorosa, ao centro da discussão, a relação homem/sociedade. Para entender bem essa relação, era de mister compreender cada um dos seus pólos.

Para Marx, o homem é um ser natural e social[117]. Ou seja, o homem está ante duas realidades concretas e inafastáveis: a natureza e o conjunto de todos os outros homens. É a relação dos impulsos e forças do homem com essa dupla realidade (a natureza e o outro) que dá conteúdo e consistência ao SER HOMEM. Segundo Marx, fora dessa dupla relação (homem-natureza; homem-homem) o homem não passa de uma abstração. Logo, o homem é um ser social[118] (revisita-se, assim, sob novas perspectivas, a postura aristotélica).

A relação do homem com a natureza é uma relação criativa, através do trabalho. O trabalho não apenas no sentido estrito da produção, mas na perspectiva ampla da apropriação e do potencial de transformação de tudo aquilo com o que o homem se relaciona por meio de seus sentidos. O trabalho, assim, confere SER à espécie humana.

O homem é, em síntese: natural, por estar em a natureza com um corpo dotado de sensibilidade; social, porque, mediante a sua relação com outros homens, age sobre a natureza e a transforma, bem como a si próprio; autocriativo, porque se cria a todo o tempo, teórica, prática e sensorialmente.

O problema da liberdade e da individualidade, para Marx, segundo tais escólios, apresenta nova conformação. A liberdade do homem depende da qualidade da dupla relação que ele mantém com a natureza e com os seus semelhantes: se essa relação se dá de

forma a que os seus sentidos e as suas necessidades sejam atendidas pelo objeto apropriado, o homem é livre e pleno de individualidade.

Mas a liberdade do homem depende também da consciência, de uma consciência que se eleva, de forma a que se expandam no homem a sua percepção de mundo e o seu sentido de vida. Com isso, Marx pretende esvaziar a contradição, apontada por muitos, entre o indivíduo e a sociedade. Efetivamente, se a essência do homem está em representar o todo coletivo, então, ao relacionar-se de forma múltipla com o mundo que o cerca, o homem estar-se-á relacionando com o outro, sem se opor a ele. Por essa razão, não existe paradoxo entre a sociedade e o indivíduo, porque aquela é produto e produtora desse.

Na condição de produto, resulta da atividade dos indivíduos em inter-relação para a criação e obtenção de meios que satisfaçam suas necessidades; na condição de produtora, é o pressuposto para que a atividade autoconsciente e multiforme do homem se possa realizar.

Uma tal relação de harmonia ideal entre o homem e a sociedade é quebrada pela apropriação dos meios de produção ao longo da história[119], o que ocasionou a negação de realização das possibilidades humanas. O indivíduo, na sociedade capitalista, já não é consciente, mas alienado[120]; não mais multiforme, antes unidimensional; egoísta; e, em sua grande maioria, desprovido de bens aptos a permitir-lhe uma existência digna. Isso decorre do fato de que as características do homem - sentidos, multiformidade, atividade criativa, autoconsciência - são substituídos, na sociedade industrial, pela imperiosa necessidade do ter, pelo lucro, pelo ganho.

A sociedade burguesa, antes de garantir ao homem a liberdade que lhe prometera, escravizara-o e fizera-o refém do mundo que ele próprio criou. Mas se foi a sociedade industrial quem erigiu as condições para a opressão dos pobres pelos ricos, tem-se que a revolução operária deverá buscar a sua redenção mediante a superação da propriedade privada[121].

2.5 As conseqüências das doutrinas socialistas para os direitos fundamentais:

As doutrinas socialistas tiveram - na linha do que ficou dito - notável importância para o desenvolvimento dos direitos fundamentais, porque, uma vez garantidos os direitos de liberdade, pela emancipação da sociedade burguesa, fazia-se necessário dar um passo à frente, no sentido de incorporar ao patrimônio jurídico dos povos civili-

zados os direitos e garantias relativos ao "*homem total*". Cumpria, dessarte, prestar ao homem as garantias dos planos econômico, social e cultural, ou, em apertada síntese, outorgar-lhe os direitos sociais, cujo corolário radica-se na dignidade humana, aí compreendida a dimensão material da existência. Essa postura decorreu, portanto, da nova visão antropológico-marxista, para a qual apenas numa nova sociedade, que respeitasse a essência social do homem, poderia ele - o homem - emergir como realidade totalizada.

Os direitos sociais, que compõem os assim chamados direitos fundamentais de segunda geração, ou segunda dimensão, na expressão feliz do Professor Willis Santiago Guerra Filho, ao contrário dos direitos de primeira dimensão, exigem uma prestação do Estado, um fazer e não meramente uma abstenção. Vejam-se, para confirmá-lo, os artigos 3º e 170, inciso VII, da Constituição Brasileira de 1988, nos quais está posta a redução das desigualdades sociais tanto como um dos objetivos fundamentais da República pátria como também um princípio da ordem econômica.

O reflexo das doutrinas socialistas faz-se sentir, por exemplo, nas cartas supranacionais que declaram direitos, como a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 10 de dezembro de 1948[122]; a *Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado*, de 1918; a *Carta das Nações Unidas*, de 26 de junho de 1945; e, para citar uma realidade com a qual trabalho mais de perto, as *Resoluções da Organização Internacional do Trabalho* - OIT etc.

De par com haver integrado tais cartas, o constitucionalismo moderno e contemporâneo igualmente não ficou imune às injunções das concepções socialistas, absorvendo muitos dos seus postulados. No nosso caso, isso é evidente. Tome-se, *verbi gratia*, o enunciado de direitos sociais do artigo 6º, *caput*, da Magna Carta, e ali se verá um leque expressivo, abarcando desde a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, até a assistência aos desamparados.

Caminhando por outras searas e em reforço do que venho de sustentar, se a doutrina liberal impõe o respeito à propriedade privada (art. 5º, inciso XXII), a doutrina socialista predica que a propriedade atenderá à sua função social (art. 5º, inciso XXIII) - e essas pautas valorativas convivem lado a lado em um mesmo diploma! - numa clara demonstração de superação da conformação individualista dos direitos, prevalecente nos albores da doutrina constitucional[123].

O artigo 7º da *Lex Legum* - destinatário constante do ódio iroso,

ou ira odienta, dos corifeus da igualdade formal e da liberdade individual levada às suas últimas fronteiras, que fazem o apanágio do Estado ausente e mínimo, entre nós - é o retrato emoldurado do processo evolutivo por que vem passando o nosso constitucionalismo.

A própria idéia de liberdade adquire novos matizes, deixa de significar a liberdade contra o Estado e incorpora a noção de liberdade no Estado, evoluindo para a compreensão da necessidade de intervenção do Estado para regular as atividades privadas, de modo a não permitir que os mais aquinhoados valham-se de sua condição para tripudiar sobre os desvalidos, assim como na busca de minorar a exploração do trabalho pelo capital. Sintomático, a esse respeito, é, por exemplo, o desenvolvimento do Direito do Trabalho[124], do Direito do Consumidor[125] etc.

Poderia resumir as reflexões precedentes ao afirmar que a contribuição mais significativa das doutrinas socialistas para o desenvolvimento dos direitos fundamentais consistiu no fato de a Humanidade, através delas e por elas, haver-se adiantado (e não superado!) no momento de eleição desses direitos, amalgamando, ao plano individual, o plano coletivo, social.

É curial que a convivência espácio-temporal de postulados dessa jaez - muitos dos quais com vetores que apontam rigorosamente direções opostas - não se faz sem choques e tensões, como os choques que se observam entre as partículas atômicas e subatômicas, os quais se dão na razão direta de seu grau de entropia. No entanto, se aqui há os princípios físico-químicos que lhes impõem - a ditas partículas - a unidade da matéria, ali, por sua vez, prepondera o princípio da proporcionalidade[126], que tem por tarefa otimizar os direitos fundamentais instituídos pela ordem jurídica, ainda quando entre eles ocorra algum nível de oposição, não permitindo que qualquer deles seja apoucado naquilo que tem de essencial.

3.CONCLUSÃO:

Após as considerações expendidas, são as seguintes as inferências a que cheguei:

3.1 - as idéias revolucionárias de direito, como de resto acontece em quase tudo na vida, não têm fundamento meramente ideal, mas igualmente e sobretudo histórico;

3.2 - os direitos fundamentais de primeira dimensão tiveram como grande estuário o desejo da classe burguesa de libertar-se das

correntes impostas por uma monarquia absoluta e estagnada, castradora das liberdades individuais;

3.3 - na sua luta para vencer a monarquia absoluta, a burguesia fundou a moderna concepção de liberdade e o princípio da personalidade humana em bases eminentemente individualistas[127];

3.4 - nessa faina para limitar o poder do Estado e garantir a liberdade do homem contra a opressão estatal, a burguesia instilou as idéias dos direitos fundamentais e da divisão dos poderes;

3.5 - a liberdade apregoada pelos liberais era uma liberdade meramente formal, porque baseada em uma igualdade também meramente formal, que fechava os olhos para as fundas diferenças que havia entre os detentores de capital e os destituídos de qualquer bem material;

3.6 - as doutrinas socialistas denunciaram as condições de miséria a que eram relegadas as massas operárias em virtude do progresso da sociedade industrial e do acúmulo de capital, incitando os operários a se unirem contra os detentores dos meios de produção e empreenderem a revolução proletária, na perspectiva de realizarem seus ideais de dignidade;

3.7 - a Igreja não se furtou a também denunciar a miséria dos proletários, mas insistiu na necessidade da manutenção da propriedade privada e na união entre as classes da produção, conclamando o Estado ao papel de intervir na comunidade social no sentido de proteger os menos afortunados;

3.8 - a grande contribuição das doutrinas socialistas para o desenvolvimento dos direitos fundamentais, aí com destaque para a doutrina social da Igreja Católica, foi fornecer o fundamento político-ideológico para a institucionalização dos direitos de segunda dimensão, assim considerados aqueles que exigem do Estado uma prestação positiva e não apenas uma postura negativa, como no caso dos direitos fundamentais de primeira dimensão.

4. BIBLIOGRAFIA:

4.1. Livros:

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª edição; Malheiros Editores, São Paulo, 1997;

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 6ª Edição; Malheiros Editores, São Paulo, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da*

Constituição, 2ª edição; Editora Almedina, Coimbra, 1998;

MARX, Kalr e Engels, Friedrich. *O Manifesto Comunista*, Tradução de Maria Lúcia Como, Coleção Leitura; Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1996.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 2ª edição; Coimbra Editora, Coimbra, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*; Editora Atlas, São Paulo, 1997.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios Gerais de Direito Sindica*", 2ª edição; Forense, Rio de Janeiro, 1997.

SOUZA, J. C. Martins de. *Economia Política - História das Doutrinas Econômicas, Conceitos Fundamentais*, 2ª edição; José Bushatsky Editor, São Paulo, 1971.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 12ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1996.

4.2 Artigos:

LIMA GUERRA, Maria Magnólia. *Direito de Propriedade*. Nota de aula proferida no Mestrado de Engenharia em Edificações da UFC.

OLIVEIRA, Tâmara de. *Trabalho, multiformidade, sociedade: indivíduo livre e racional, segundo Marx*. Trabalho não publicado.

3.3. Encíclicas Papais:

"*Encíclicas e Documentos Sociais - Da 'Rerum Novarum' à 'Octogésima Adveniens'*, vol. 1; Editora LTR, São Paulo, 1991.

[95] Max Weber, transcrição fiel de Gabriel Cohn, *In "Max Weber, Sociologia*", Editora Delta.

[96] A expressão "dimensão", para catalogar os direitos fundamentais até então havidos por direitos fundamentais de primeira 'geração', segunda 'geração' e terceira 'geração', foi proposta, entre nós, pela primeira vez, pelo Professor Willis Santiago Guerra Filho. Segundo ele, o termo melhor expressa teoricamente a realidade descrita, haja vista que a idéia de geração implica a de superação do passado, do que integra a geração que ficou para trás. Já o vocábulo "dimensão" sugere, ao seu ver mais apropriadamente, a idéia de que os direitos que se vão consolidando em sua qualidade de fundamentais, pelas conquistas históricas do homem, não fazem superar os da categoria anterior, antes lhes propõem novo redimensionamento e nova validade, mantida a sua atualidade.

[97] Não é à-toa que, para Kant, o Direito é um sistema de limites à liberdade.

[98] "*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*", Almedina.

[99] São esses os princípios em referência: *"Cremos axiomáticas as seguintes verdades: que os homens foram criados iguais; que lhes conferiu o Criador certos direitos inalienáveis entre os quais o de vida, o de liberdade e o de procriarem a própria felicidade; de que, para a segurança desses direitos se constituíram entre*

os homens governos cujos justos poderes emanam do consentimento dos governados; que sempre que qualquer forma de governo tenda a destruir esses fins assiste ao povo o direito de mudá-lo ou aboli-lo, instituindo um novo governo cujos princípios básicos e organização de poderes obedeçam às normas que lhe pareçam mais próprias a promover a segurança e a felicidade gerais". (*In* "*Economia e Política - Histórias das Doutrinas Econômicas - Conceitos Fundamentais*"; J. C. Martins de Souza, p. 128).

[100] Ora, da igualdade natural, preconizada pelo liberalismo, resultava a igualdade jurídica, que não distinguia o homem de outro homem, quer pela cor, pelo sexo, pela raça etc. Nessa linha de pensamento, o homem não estaria obrigado a fazer nada, senão em virtude de lei.

[101] Nos dias de hoje, verifique-se o que se passa nas Bolsas de Valores de todo o mundo, dando claras demonstrações de como é atual a assertiva do texto.

[102] Para o pensamento liberal clássico, o homem é não mais que uma unidade de produção. Dessa forma, diante do racionalismo econômico gerado pelo liberalismo, todos os homens gozavam de idêntica racionalidade, daí porque a igualdade que preconizava. Não se cogitava da fonte do trabalho (o homem), mas apenas do trabalho em si, que era, já então, considerado outro qualquer fator da produção, como a máquina. O trabalho não era, nas linhas dessa consideração, força humana dinâmica, era tão-somente fator de produção, plenamente substituível pela máquina. Ambos sem alma.

[103] Para Marx, o capitalismo contém o gérmen de sua própria destruição, qual seja, o proletariado.

[104] Interessante notar que todo o Direito do Trabalho no Brasil está fundado nesse pressuposto e assim é apontado pelos grandes autores nacionais: Amauri Mascaro Nascimento, José Augusto Rodrigues Pinto, José Martins Catharino, Manoel Antônio Teixeira Filho, Mozart Vitor Russomano, Tostes Malta, Wagner Giglio etc.

[105] "*Curso de Direito Constitucional Positivo*", Malheiros Editores.

[106] "*Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente*" (*In* "*Curso de Direito Constitucional*", Paulo Bonavides, p. 517).

[107] De par com as inúmeras transformações que provocou, o advento da máquina esvaziou a aristocracia e o latifúndio, que até então representavam o poder político-econômico. Sobrevieram as grandes concentrações urbanas, gravitando em torno da fábrica. O que ocorreu? A liderança exercida pelos líderes do campo passou a ser exercida, ainda por eles, no mundo industrializado. Trocou-se o enredo mas foram mantidos os personagens: a influência exercida pelo latifúndio passou às mãos do industrial, que era o outrora latifundiário.

[108] A denúncia da desigualdade social, acelerada após a Revolução Industrial, foi virulentamente empreendida por Marx e Engels, no Manifesto Comunista: "*A indústria moderna transformou a pequena oficina do mestre-artesão patriarcal na grande fábrica do capitalista industrial. Massas de operários, aglomerados nas fábricas, são organizadas militarmente. Como simples soldados da indústria, são postos sob a vigilância de uma completa hierarquia de suboficiais e oficiais. Não são apenas servos da classe burguesa, do Estado burguês, mas são também, a cada dia e a cada hora, escravizados pela máquina, pelo capataz e sobretudo pelo singular burguês fabricante em pessoa. Tal despotismo é tão mais mesquinho, odioso e exasperador quanto mais abertamente proclama ser o lucro seu objetivo último*".

[109] A *Rerum Novarum* é datada de 15 de maio de 1891 e foi considerada por Max Turmann um termo e um início: o fim de um longo trabalho e a alvorada de um promissor desenvolvimento. Sua base filosófica foi haurida na *Bíblia*, no Velho como no Novo Testamento, nos ensinamentos dos pensadores cristãos dos séculos II a X, na doutrina de Santo Tomás de Aquino, em particular no que diz respeito à lei, à justiça e à política.

A *Rerum Novarum*, a partir da observação da situação dos operários, apresenta uma crítica densa das concepções e práticas do liberalismo então reinante e conclama a que todos se irmanem na tarefa de realizar uma ordem social mais justa. Ela foi, sem dúvida nenhuma, um marco na história do pensamento social da Igreja, porque chegou mesmo a apresentar um audacioso, para a época, programa social, abarcando pontos como: a intervenção do Estado em defesa dos trabalhadores e na estruturação dos direitos sociais (é aqui que começam a tomar corpo e se desenvolver as leis de proteção ao trabalho subordinado e a legislação previdenciária), proteção e aquisição da propriedade, greve, repouso dominical, limitação do tempo de trabalho (que não encontrava limites, após a Revolução Industrial, havendo casos, narrados por inúmeros autores de Direito do Trabalho, em que a jornada chegava a até 18 horas de trabalho), salário, poupança e repouso remunerado.

É interessante perceber que essa Encíclica, que foi buscar fundamento no Direito Natural, fez ressurgir o direito de associação, objeto de forte estigma, dando ensanchas, inclusive, ao desenvolvimento do sindicalismo.

[110] Para o Papa Leão XIII, o Estado não deveria ser aquela potestade autoritária e onipotente, ideada pelo marxismo, todo poderoso, que se colocava acima do homem. Para a Igreja, o Estado deve ser justo. Lê-se na *Rerum Novarum*, a propósito do socialismo: "*Os socialistas, para curar este mal, instigam nos pobres o ódio invejoso contra os que possuem, e pretendem que toda a propriedade de bens particulares deve ser suprida, que os bens dum indivíduo qualquer devem ser comuns a todos, e que a sua administração deve voltar para os Municípios ou para o Estado. Mediante esta trasladação das propriedades e esta igual repartição das riquezas e das comodidades que elas proporcionam entre os cidadãos, lisonjeiam-se de aplicar um remédio eficaz aos males presentes. Mas semelhante teoria, longe de ser capaz de pôr termo ao conflito, prejudicaria o operário se fosse posta em prática. Outrossim, é sumamente injusta, por violar os direitos legítimos dos proprietários, viciar as funções do Estado e tender para a subversão completa do edifício social".* Sobre o comunismo, que o Sumo Pontífice considera *'princípio de empobrecimento'*, escreve: "*Mas, além da injustiça do seu sistema, vêem-se bem todas as suas funestas conseqüências, a perturbação em todas as classes da sociedade, uma odiosa e insuportável servidão para todos os cidadãos, porta aberta a todas as invejas, a todos os descontentamentos, a todas as discórdias; o talento e a habilidade privados dos seus estímulos, e, como conseqüência necessária, as riquezas estancadas na sua fonte; enfim em lugar dessa igualdade tão sonhada, a igualdade da nudez, na indigência e na miséria. Por tudo o que nós acabamos de dizer, se compreende que a teoria socialista da propriedade coletiva deve absolutamente repudiar-se como prejudicial àqueles mesmos a que se quer socorrer, contrária aos direitos naturais dos indivíduos, como desnaturando as funções do Estado e perturbando a tranqüilidade pública. Fique, pois, bem assente que o primeiro fundamento a estabelecer para todos aqueles que querem sinceramente o bem do povo, é a inviolabilidade da propriedade particular. Expliquemos agora onde convém procurar o remédio tão desejado.*"

[111] É interessante perceber como essa discussão continua atual nos dias de hoje, sobretudo no que respeita aos mercados de capitais, aos movimentos financeiros

nas Bolsas de Valores de todo o mundo, cujas operações bilionárias são responsáveis, do dia para a noite, pela glória ou pela desgraça de um país, com um potencial de destruição da vida de milhões de pessoas. Esse processo foi francamente incrementado pelos progressos tecnológicos, sobretudo pelo desenvolvimento técnico havido nos meios de comunicação à distância, com o surgimento da Internet.

[112] O trecho transcrito pelo Papa Leão XIII é o seguinte: "*Não desejarás a mulher do teu próximo, nem a sua casa, nem o seu campo, nem o seu boi, nem a sua serva, nem o seu jumento, nem coisa alguma que lhe pertença* (Dt 5, 21)".

[113] Para muitos, essa passagem repete aquilo que os críticos da Igreja apontam como uma de suas maiores características: a preparação do homem para o conformismo.

[114] E aqui, novamente, há a invocação de texto bíblico: "*Eis que o salário, que tendes extorquido por fraude aos vossos operários, clama contra vós; e o seu clamor subiu até os ouvidos do Deus dos Exércitos* (Tg 5, 4)".

[115] Não abordarei precisamente a teoria marxista em seu caráter geral; importa-me aqui lançar breves considerações sobre a visão do homem e da sociedade segundo o ponto de vista marxista - é o quanto basta para os propósitos do trabalho.

[116] "*Trabalho, multiformidade, sociedade: indivíduo livre e racional, segundo Marx*". Artigo não publicado.

[117] "*O homem é diretamente um ser natural. Como tal, e como ser natural vivo, ele é, de um lado, dotado de poderes e forças naturais, nele existentes como tendências e habilidades, como impulsos. Por outro lado, como ser natural, dotado de corpo, sensível e objetivo, ele é um ser sofredor, condicionado e limitado, como os animais e vegetais. Os objetos de seus impulsos existem fora dele como objetos dele independentes; sem embargo, são objetos das necessidades dele, objetos essenciais indispensáveis ao exercício e à confirmação de suas faculdades. O fato de o homem ser dotado de corpo, vivo, real, sensível e objetivo, com poderes naturais, significa ter objetos reais e sensíveis como objetos de seu ser, ou só poder expressar seu ser em objetos reais e sensíveis. Ser objetivo, natural, sensível e, ao mesmo tempo, ter objeto, natureza e sentidos fora de si mesmo, ou ser ele mesmo objeto, natureza e sentidos para um terceiro, é a mesma coisa.*" (Tâmara de Oliveira, citando Erich Fromm, *op. cit.*, p. 14).

[118] "*Acima de tudo, é mister evitar conceber a 'sociedade' uma vez mais como uma abstração com que se defronta o indivíduo. O indivíduo é o ser social. Embora o homem seja um indivíduo único - e é justamente esta particularidade que o torna um indivíduo, um ser comunal realmente individual - ele é igualmente o todo, o todo ideal, a existência subjetiva da sociedade como é pensada e vivenciada. Ele existe na realidade como a representação e o verdadeiro espírito da existência social, e como a soma da manifestação humana da vida*". (Tâmara de Oliveira, citando Marx, *op. cit.*, p. 14).

[119] Não é por outra razão que Marx e Engels iniciam o Manifesto Comunista alardeando que a história da humanidade tem sido a história da luta de classes.

[120] Como se vê no Manifesto Comunista, não é que a alienação seja produto da sociedade industrial capitalista, mas é que, nessa, ela atingiu seu apogeu.

[121] Eis a declaração de intenções dos comunistas, expressas por Marx e Engels, no Manifesto Comunista: "*Os comunistas não escondem suas idéias e seus objetivos. Declaram, abertamente, que suas finalidades só poderão ser conseguidas se derrubarem, pela força, todas as relações sociais existentes. Os operários nada têm a perder senão suas cadeias. Mas, têm o mundo a ganhar*".

[122] Extremamente significativos são os considerandos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, dos quais, finda a guerra, sobressaem as preocupações dos povos com os traumas ocasionados pela miséria e pela fome. Dada a sua importância, passo a transcrevê-los, *in verbis*:

"*Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;*

Considerando que a desconsideração e o desrespeito dos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que o homem tenha a liberdade de palavra e de crença, libertados do medo e da miséria, foi proclamado como a mais alta aspiração do homem;

Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos por um regime de direito para que o homem não seja compelido, como último recurso, à revolta contra a tirania e a opressão;

Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações;

Considerando que as Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e calor da pessoa humana, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla;

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a assegurar, em cooperação com a Organização das Nações Unidas, o respeito efetivo aos direitos humanos e às liberdades fundamentais;

Considerando que uma concepção comum desses direitos e liberdade é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso."

Em seguida, vêm os dispositivos da Carta. Entre os direitos ali elencados, destacaria, como hauridos, direta ou indiretamente, da dialética travada entre as doutrinas socialistas e o pensamento liberal, os seguintes: art. XXIII (direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições justas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego); art. XXIII, n. 4 (direito à sindicalização); art. XXIV (direito ao repouso e ao lazer, à limitação da jornada de trabalho e a férias remuneradas); art. XXV (direito à condição de vida digna, com possibilidades de acesso à alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, além de segurança em caso de desemprego, doença ou invalidez).

[123] O conceito mesmo da propriedade sofreu modifkcações profundas após a crítica socialista, perdendo o caráter absoluto do qual se revestia, segundo a visão liberal. Como diz a Professora Magnólia Lima Guerra (*In Direito de Propriedade*, nota de aula proferida no Mestrado de Engenharia em Edificações da UFC, não publicado): "*A **propriedade**, portanto, fato social e econômico que acompanha o homem em suas relações, é também uma construção jurídica e, como tal, condicionada ideologicamente. Estão a condicioná-la, decisivamente, as concepções vigentes em cada época e lugar, a respeito de **liberdade** e **igualdade***". (Sem destaques no original). Tanto o que está dito é fato, que, no mesmo estudo, a ilustre professora cearense refere a circunstância de que, nos dias de hoje, o direito de construir em propriedade imóvel, ao contrário do que sempre fora consagrado em Direito Civil, começa a ser apartado do direito de propriedade (na Itália, por exemplo), o que seria impensável na visão liberal.

[124] Através do Direito do Trabalho, o Estado interfere nas relações privadas de produção para não permitir que os empregadores explorem os seus trabalhadores, garantindo a esses condições legais mínimas de proteção. É bem verdade que, atualmente, após a queda do Muro de Berlim e a derrocada dos países do Leste Europeu, houve e há uma séria discussão quanto à matéria, em que se notam vozes apregoando a flexibilização da legislação de proteção ao trabalho subordinado.

[125] Pela Lei de Proteção e Defesa do Consumidor, o Estado interfere nas relações

privadas de consumo para, emprestando uma maior proteção jurídica ao consumidor, o pólo mais fraco da relação, minorar a desigualdade econômica que há entre ele e a empresa moderna, o mais das vezes de estrutura para além das fronteiras de um país. Alguns dos mecanismos que a referida lei disponibiliza são a inversão do ônus da prova, no processo judicial, e a possibilidade de demandas coletivas, quando consente ao consumidor que se una aos seus pares (através de ações coletivas, incoadas muitas delas por substitutos processuais como as associações de proteção, o Ministério Público, os Procons etc.) para, mais bem apetrechado, enfrentar as agruras do litígio.

[126] O introdutor dos estudos sobre o princípio da proporcionalidade, entre nós, foi o Professor Willis Santiago Guerra Filho, após os seus estudos para doutoramento, na Alemanha.

[127] "Do Estado Liberal ao Estado Social", Paulo Bonavides, Malheiros.

"O destino de uma época que comeu da árvore do conhecimento consiste em ter de saber que não podemos colher o sentido do decurso do mundo do resultado da sua investigação por mais completo que ele seja, mas temos que estar aptos a criá-los nós próprios, que 'visões do mundo' jamais podem ser produto da marcha do conhecimento empírico e que, portanto, os ideais mais elevados, que mais fortemente nos comovem, somente atuam no combate eterno com outros ideais que são tão sagrados para outros quanto os nossos para nós"[95]. (Destaques no original).

RIGIDEZ E FLEXIBILIDADE CONSTITUCIONAL

André Rodrigues Espínola.Advogado.

1.CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nas épocas mais remotas as constituições eram ditas eternas, isto é, o poder constituinte era acionado apenas uma única vez, tornando-se a vontade dali emanada imutável.

Na Grécia Antiga consoante nos ensina UADI LAMMÊGO BULOS,

"Licurgo quis tornar as leis de Esparta imutáveis e eternas, fazendo todos os seus concidadãos – governantes e governados – jurarem mantê-las inalteradas durante sua viagem para Delfos, a fim de consultar o oráculo sobre as instituições que fundara. Obtendo de Apolo a resposta de que suas leis eram perfeitas, não retornou à sua pátria, e pôs fim aos seus dias, exigindo do seu povo o cumprimento da promessa de manter imodificadas as suas leis." (1997:1)

Tem-se notícia, que o Código de Hamurabi foi a mais viva expressão das constituições permanentes. Não é difícil perceber isso quando se analisa alguma de suas passagens: ***" Nos dias que hão de vir, e para todo o sempre, o governante que estiver no País observará as palavras de justiça que estão escritas sobre o meu obelisco. Ele não alterará o direito do estado, por mim formulado, ou as leis, por mim promulgadas, nem danificará as minhas esculturas."***

É de bom alvitre ressaltar que a nossa Carta Magna de 1824 trazia, em sua estrutura, caracteres de imutabilidade relativa, ou melhor, estabelecia limites temporais para que o legislador constituinte pudesse reformá-la. O seu artigo 174, assim determinava: *"Se passados quatro anos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual deve ter origem na Câmara dos Deputados, e ser*

apoiada por terça parte delles."

Por outro lado, temos na Carta Constitucional Francesa de 1793 um paradigma de evolução, no que concerne à mudança de normas constitucionais. O seu artigo 28 assim declarava: *"Um povo tem sempre o direito de rever, reformar e mudar a sua Constituição. Uma geração não pode submeter as suas leis às gerações futuras."*

Nos tempos hodiernos, nota-se facilmente que a "Teoria das Constituições" eternas já não logra respaldo na doutrina constitucional, pois a idéia de imutabilidade já é debate superado. Diante das evoluções sociais, políticas e econômicas, seria obsoleta a prática de tentar condicionar o Poder Constituinte de tempos pretéritos ao Poder Constituinte de tempos ulteriores.

A dinâmica social cambiante, a todo instante criando novas situações, necessidades e exigências, acaba por detonar mudanças constitucionais, ainda que haja resistência, através das interpretações jurisprudenciais, costumes, atos revolucionários, etc. Isso acontece fatalmente, pois chega o tempo em que o ordenamento constitucional e a conjuntura sociopolítica começam a trilhar caminhos diversos, "criando", desta forma, uma carta política totalmente superada, sem vida, totalmente desprovida de qualquer aplicação prática.

Faz-se mister, esclarecer, desde logo, que nem sempre mutabilidade e instabilidade possuem pontos de contato. Insta ressaltar, que a estabilidade e mudança são componentes imprescindíveis do conceito de rigidez constitucional, perfeitamente conciliáveis na vida constitucional dos Estados, do qual extrai-se como corolário, o princípio basilar do Direito Constitucional Moderno: Supremacia Constitucional.

Ora, sendo a Constituição a manifestação legal suprema de um Estado, regulando a sua organização política e jurídica, seria uma aberração pensar em uma Carta Magna instável, precária, insegura, comprometedora das suas instituições, dos direitos e garantias individuais e coletivos. Por isso, falar-se em estabilidade adstrita às transformações do fato social.

Dessa forma, somos levados a crer que as constituições representam verdadeiros organismos vivos que nascem, desenvolvem-se, amadurecem, sempre de prontidão para acompanhar a evolução da realidade social mutante.

Perfilhando essa linha de pensamento, Ana Cândida da Cunha Ferraz, ao reportar-se sobre o assunto, cita George Burdeau: ***"Uma constituição não se conserva como um momento histórico. É***

explorando as possibilidades que ela oferece aos governantes de agir regularmente que se pode mantê-la entre as regras vivas". (1986:06)

1.1 SUPREMACIA E RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

Antes de mais nada, faz-se necessário classificar as constituições quanto a sua estabilidade.

No conceito de José Afonso da Silva (1997: 45/6), rígida é a constituição somente alterável mediante processos, solenidades e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que os de formação das leis ordinárias ou complementares. Ao contrário, a constituição é flexível quando pode ser livremente modificada pelo legislador seguindo o mesmo processo de elaboração das leis ordinárias. Semi-rígida é a constituição que contém uma parte rígida e outra flexível.

A rigidez das normas constitucionais tem por escopo dificultar o processo reformador da Constituição, assegurando a estabilidade constitucional, resguardando os direitos e garantias fundamentais, mantendo estruturas e competências e primando pela proteção das instituições, ou seja, toca-se no Texto Supremo apenas em caso de urgência e necessidade.

Como já fora salientado outrora, a constituição rígida é a lei fundamental, a lei suprema, ou melhor, a lei das leis de um Estado. Sendo assim, todas as leis estabelecem com ela um grau de subordinação, não podendo de forma alguma ir de encontro aos seus dispositivos, pelo simples fato de ela emanar de um poder que constitui os demais, que é o Poder Constituinte.

Dessa forma, não é tarefa difícil perceber que a Constituição encontra-se no vértice da pirâmide jurídica de Kelsen inaugurando o Estado, definindo seu regime político, a sua forma de governo, a organização dos poderes, os direitos e garantias individuais, coletivos e sociais, enfim, fornecendo os fundamentos de validade aos microssistemas jurídicos e orientando a conduta política dos entes estatais e direcionando, na interpretação sistemática, a elaboração dos estatutos legais que regram as relações intersubjetivas dos cidadãos.

Enfim, entender como algumas Constituições podem mudar via legislador ordinário de forma livre, sem maiores solenidades, e outras reclamam um processo legislativo mais solene e dificultoso, pode le-

var os mais desavisados a pensar que só as constituições rígidas é que possuem estabilidade, o que é absolutamente errôneo. Nada melhor que exemplos práticos para esclarecer o ponto.

O professor Uadi Lammêgo Bulos (1997:76) ao contemplar o assunto, nos remete ao pensamento de J.H. Meireles Teixeira, que algumas Constituições, a exemplo das histórico-costumeiras, apresentam uma estabilidade que lhes advêm da sua própria natureza, de sua lenta formação, da sua progressiva adaptação às necessidades políticas e sociais e da educação política do povo ao qual se aplicam. Trata-se de estabilidade real, autêntica, ao passo que as cartas escritas, dogmáticas, por faltar-lhes aquelas condições, procuram criar, artificialmente, uma estabilidade técnica ao consagrar processos jurídicos complicados, difíceis, demorados e solenes de reforma.

A Carta Inglesa é um exemplo consagrado de Constituição histórico-costumeira, sendo por sua vez, uma constituição flexível, dotada de uma estabilidade natural capaz de resistir aos diversos impactos, que porventura venham ocorrer, ocasionados por crises políticas e sociais. É o que alguns autores chamam de estabilidade sociológica, ao contrário da estabilidade legal, que é forçada, artificial, imposta. As Constituições rígidas, como é o caso do Brasil, muitas vezes, apresentam uma estabilidade política muito menor do que as Cartas flexíveis, pois não apresentam uma perfeita adequação entre a constituição e a conjuntura social e política.

Isto posto, não podemos deixar adormecida a importante diferença existente entre supremacia formal e supremacia material. A supremacia formal decorre da mera superioridade, institucionalmente configurada, da eficácia obrigatória e validez superior do texto constitucional. A segunda resulta do reconhecimento dessa conformação nas relações sociais, conferindo efetividade à supremacia da lei fundamental na prática social.

2. O PODER CONSTITUINTE

Antes de adentrarmos no tema, seria de boa técnica discorrermos acerca do Poder Constituinte, ressaltando suas nuanças e raízes históricas.

2.1. REMISSÕES HISTÓRICAS

Perlustrando-se a gênese da doutrina do Poder Constituinte, observamos que é a partir do século XVIII, com a "explosão" das grandes revoluções, Revolução Inglesa-1688; Revolução Americana-1776 e Revolução Francesa-1789, influenciando decisivamente o surgimento do Estado Constitucional Moderno, nascendo uma teoria do Poder Constituinte, e com ela, a noção de legitimidade do poder, conduzindo à elaboração de constituições formais com características modernas.

Urge salientar que, conforme nos ensina PAULO BONAVIDES, ***"o Poder Constituinte e a sua teoria são coisas distintas. Poder Constituinte sempre houve, porque jamais deixou de haver o ato de uma sociedade estabelecendo os fundamentos de sua própria organização".*** (1980:135)

Dessa forma, infere-se do pensamento do mestre, que o Poder Constituinte possui raízes na Antigüidade, pois, a medida em que as comunidades iam se formando, fazia-se necessário o estabelecimento de normas fundamentais de organização.

Na Grécia Antiga, observamos o fomento da idéia diferencial entre leis que versam sobre a organização da política do Estado e as demais. Aristóteles, em sua relevante obra, *Política*, distinguia tais leis, ou melhor, já acusava a existência de leis constitucionais e não constitucionais, estas modernamente chamadas de leis ordinárias. Vale ressaltar, que esta distinção era com relação ao conteúdo e não quanto à forma de elaboração.

No pensamento medieval, encontramos situação análoga. Defendia-se a tese de que as normas que dispusessem sobre a organização fundamental do Estado seriam superiores às demais. Ainda no período medieval, não podemos deixar de citar a doutrina Pactista Medieval, que afirmava que o poder político era decorrência de um consentimento tacitamente manifestado, isto é, o governo vinha de Deus.

Seguindo esta mesma linha de pensamento, só que de forma mais aprofundada, surge na França a doutrina das Leis Fundamentais do Reino. Essa doutrina tinha por escopo fulcrar as declarações de nulidades de atos e acordos politicamente lesivos, praticados e firmados pelos monarcas. Sendo assim, todos os atos praticados em desacordo com as leis fundamentais, que eram superiores ao próprio monarca, seriam supostamente nulos.

Outro aspecto relevante nessa doutrina é o surgimento da idéia

de que essas leis fundamentais do reino eram mutáveis, contrapondo à idéia predominante de imutabilidade. A modificação de tais leis seria feita por um processo especial, ou seja, a reunião dos Estados Gerais – Clero, Nobreza e Povo.

Malgrado tenha essa doutrina aproximado-se da visão temática do século XVIII, insta ressaltar que durante todo esse tempo nenhum legalista teve o esmero de identificar, nessas leis, a ação de um poder especial anterior às mesmas.

Surgem no século XVI, alcançando maiores relevos no século XVIII, as doutrinas do Contrato Social. Não obstante as divergências - quanto à fundamentação do contrato social, as suas conseqüências e o interesse que moveu os homens a se acordarem em sociedade – existentes entre os autores que tratavam do tema, existia entre eles uma idéia comum: o perfeito entendimento de que a sociedade só lograria êxito se esta fosse entendida aprioristicamente como derivada de um acordo entre os homens, espontaneamente anuído entre eles, portanto, um contrato onde não haveria de se falar em cláusulas prejudiciais aos contratantes.

É de bom alvitre advertir que os seguidores do contrato social enxergavam o acordo de vontades como a fonte da sociedade. Já na doutrina Pactista Medieval, o acordo de vontades era visto como fonte do governo.

Os maiores expoentes desta corrente doutrinária foram: **Thomas Hobbes**, com *Leviatã*; **John Locke**, com *Segundo Tratado do Governo Civil*; e **Jean-Jacques Rousseau**, com *Contrato Social*. Sendo a doutrina do Contrato Social a última etapa antes do surgimento da doutrina do Poder Constituinte, necessário se faz tecer algumas considerações a respeito dos seus principais filósofos.

Segundo os ensinamentos de LEONEL ITAUSSU ALMEIDA MELLO,

"o contrato social de John Locke em nada se assemelha ao contrato hobbesiano. Em Hobbes, os homens firmam entre si um pacto de submissão pelo qual, visando a preservação de suas vidas, transferem a um terceiro (homem ou assembléia) a força coercitiva da comunidade, trocando voluntariamente sua liberdade pela segurança do Estado-Leviatã. Em Locke, o contrato social é um pacto de consentimento em que os homens concordam livremente em formar a sociedade civil para preservar e consolidar ainda mais os direitos que possuíam originalmente no estado de natureza. No estado civil os direitos naturais inalienáveis do ser humano à vida, à liberdade e aos

bens estão melhor protegidos sob o amparo da lei, do árbitro e da força comum de um corpo político unitário." (1995:86)

É com Rousseau que a doutrina do contrato social chega ao seu clímax, sendo o seu pensamento considerado o mais próximo da doutrina do Poder Constituinte. O filósofo, de pronto, já inicia sua obra, *Contrato Social*, afirmando que ***"o homem nasce livre e em toda a parte encontra-se a ferros"***. Para ele, a liberdade de um povo só será fato notório se houver igualdade na elaboração de suas leis, de tal modo que a sua observância seja encarada como uma submissão à deliberação de cada cidadão como parte do poder soberano. Dessa forma, sustenta que o contrato social estrutura a sociedade e cria o governo, este atuando em exercício representativo por força da vontade geral do povo, que vem a ser, exatamente, a vontade da maioria.

Em 1778, surge, na França, a doutrina do Poder Constituinte, elaborada pelo Abade, pensador e revolucionário, Emanuel Joseph Sieyès.

Poucos meses antes do início da Revolução Francesa, Sieyès publicou um "panfleto" intitulado *Qu' est-ce que le tiers État*? – que, na visão do professor Celso Ribeiro Bastos (1990:20), "foi um dos mais famosos estopins revolucionários, representando um verdadeiro manifesto de reivindicações da burguesia na sua luta contra o privilégio e o absolutismo".

O opúsculo publicado pelo Abade foi de grande importância para a eclosão da Revolução Francesa e, mais tarde, serviu de base para o estabelecimento dos mais importantes diplomas do movimento revolucionário. Ou melhor, Siéyes, aliado a Napoleão Bonaparte, foi o idealizador, no plano político e constitucional, das instituições que permitiram a consagração do manifesto francês.

O escrito do pensador francês, como já fora citado, tinha por título um questionamento: Que é o terceiro Estado? – desenvolvendo-se com outras três indagações: ***"Que tem sido o terceiro Estado?" – "Que é?" – "Que pretende ser?"***

Naquela época o absolutismo francês caracterizava-se por apresentar uma sociedade estamentária, formada por Primeiro, Segundo e Terceiro Estados, compostos respectivamente pelo clero, nobreza e povo, este último representando a classe burguesa. Esta classe não contava com quaisquer privilégios, pois, encontrava-se sobrestada pelas demais classes. Partindo desta flagrante desigualdade, Sieyès demonstra total repúdio às classes detentoras de regalias. Fundamenta

seu discurso no fato de que o Terceiro Estado desempenhava todas as atividades essenciais à sobrevivência de uma comunidade, não tendo, em contrapartida, sequer o direito de representação na assembléia francesa. Por tudo isso, o Terceiro Estado representa um estado decaído, sem representatividade e sem dignidade reconhecida institucionalmente. Por outro lado, era este estado decaído que produzia a riqueza nacional com seu trabalho, chegando Sieyès a concluir que se a nobreza e o clero desaparecessem, nada mudaria na vida da França em termos de produção de riqueza.

Sendo assim, o revolucionário francês lutava por uma sociedade mais justa e igualitária, onde a burguesia pudesse escolher seus representantes dentre os seus cidadãos, em número igual ao das outras classes, postulando, ainda, que a votação dos Estados gerais fosse feita por cabeça e não por ordem, como era de costume.

Outrossim, Sieyès entra para a história do Direito Constitucional por ter inaugurado a Teoria da Legitimação do Poder Constituinte e distinguido este do Poder Constituído, que foi o ponto culminante do seu pensamento. Foi reconhecido pela maioria da doutrina, não obstante alguns, como Marcelo Caetano, defenderem a tese de que esta diferenciação já estava implicitamente agasalhada no pensamento de John Locke, como também, nos Estados Unidos da América.

Segundo Sieyès, todo Estado deve ter uma Constituição, oriunda de um poder especial, anterior à mesma, chamado de Poder Constituinte. Ele é célula-mãe dos Poderes do Estado e dos Poderes Constituídos, sendo superior a estes. Ora, se o Poder Constituinte, ao mesmo tempo em que estabelece a constituição, cria poderes para gerir os interesses da comunidade, parece lógico afirmar, que, segundo acentua MANOEL ANTÔNIO GONÇALVES FERREIRA FILHO (1999:15), ***"esses poderes são constituídos por um Poder Constituinte, que é distinto daqueles , anterior a eles e fonte da autoridade deles".***

Por tudo isso, diz-se que o Poder Constituinte é o suporte lógico de toda constituição, ou melhor, é a justificativa de sua superioridade, que, sendo projetada no mundo jurídico por este Poder, não pode ser alterada pelos Poderes Constituídos, visto que, estes são obra daquele, funcionando a Constituição como um veículo de ligação entre os dois poderes. O Poder Constituinte, segundo Sieyès, tem como titular a Nação.

Para ele, Povo e Nação não eram coisas distintas. O povo representava um conjunto de pessoas reunidas, submetidas a um po-

der. Já no conceito de Nação, a idéia de conjunto assumiria uma maior amplitude, isto é, envolveria, além do indivíduo, seus interesses, englobando sua generalidade – o poder soberano seria exercido de forma ilimitada por toda a comunidade e sua permanência – conservação dos interesses das gerações futuras, que não podem ficar ameaçados por interesses transitórios concernentes a um grupo de indivíduos.

Ressalte-se, entretanto, consoante os ensinamentos do professor CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO (1993:59), para chegar a distinção entre *Pouvoir Constituant (potesta constituens) e os Pouvoirs Constitués (potesta constituta),* iniciou seu raciocínio analisando a forma representativa de governo. Diz o autor:

"Para explicar o problema da representatividade, de suma importância em se tratando de Poder Constituinte, analisa a formação das sociedades políticas, dividindo em três etapas distintas: na primeira época, concebe-se um número mais ou menos considerável de indivíduos isolados, diz ele, que querem reunir-se. Por este fato já formam uma nação. Esta primeira época está caracterizada pelo jogo das vontades individuais. A segunda época está caracterizada pela ação da vontade comum. Os associados, continua Sieyès, querem dar consistência a sua união. Faz falta uma vontade comum. Sem unidade de vontade não se chegaria a formar um todo capaz de querer e atuar. É a origem do que ele chama de governo exercido por procuração. Finalmente, a terceira época: aqui não é mais a vontade comum real a que opera e, sim, uma vontade representativa".

Por fim, segundo CELSO RIBEIRO BASTOS (1989:21), ***"a criação de um corpo de representantes necessita de uma constituição, na qual sejam definidos os seus órgãos, as suas formas, as funções que lhe são destinadas e os meios para exercê-los".*** Conseqüentemente, é da necessidade de se ter uma constituição que surge o Poder Constituinte, atuando de forma ilimitada, inicial e incondicionada.

É de bom alvitre deixar registrado que o manifesto de Sieyès, proporcionalmente, segundo a maioria da doutrina, está para a Revolução Francesa, assim como o de Marx está para a Revolução Russa.

Sendo assim, podemos resumir o pensamento de Sieyès em dois pontos capitais, norteadores do seu raciocínio: sob o ângulo político, procurou defender os interesses burgueses frente a um Estado

estamentário, no qual esta classe era considerada inexpressiva, pois não lhe dispensavam maiores considerações. Sob o ângulo teorético, foi o responsável pela criação da doutrina do Poder Constituinte, e ainda assim, foi um dos pioneiros na elucubração do controle de constitucionalidade das leis, garantia da supremacia constitucional.

2.2. O PODER CONSTITUINTE NA SUA CONCEPÇÃO ATUAL

2.2.1. Poder Constituinte Originário

A doutrina nos ensina que o Poder Constituinte é o único dotado de competência para criar, modificar e complementar a organização fundamental de um Estado.

Dessa forma, levando-se em consideração a participação efetiva do Poder Constituinte na estruturação do Estado, a doutrina divide-o em dois tipos distintos: O Poder Constituinte Originário e o Poder Constituinte Instituído.

Segundo o mestre CARLOS SANCHEZ VIAMONTE (1957 : 575):

"o que na maioria dos professores de Direito denomina poder constituinte originário e poder constituinte derivado são mais, propriamente, duas etapas de um mesmo poder – a etapa da primogeneidade e a etapa de continuidade, respectivamente. Assim, os poderes originário e derivado não seriam distintos substancialmente, senão um mesmo poder que aparece e se manifesta em dois períodos distintos da vida institucional: o nascimento e a reforma.

O Poder Constituinte Originário, ou ainda, poder fundacional, genuíno, primário, de primeiro grau, inalienável; é aquele que estabelece a Constituição de forma ilimitada e incondicionada, o que significa dizer, que preexiste a qualquer ordenamento jurídico positivo.

Quanto a sua titularidade, pondera BORDEAU (1980:85) : ***"o titular do Poder Constituinte pode ser o povo, ou um chefe de Estado de cuja vontade emane o ato constituinte de elaborar uma Constituição".***

Não podemos deixar de atentar, para o fato de que a titularidade e o exercício do Poder Constituinte Inicial, apesar de apresentarem

pontos comuns, representam faces distintas de uma mesma moeda. Acertadamente, JORGE REINALDO VANOSSI (1975:277) salienta que ***"o problema da titularidade do Poder Constituinte não é um problema do direito positivo e, nem sequer, é um problema jurídico"***, ou seja, é um assunto de cunho ideológico, não cabendo à Ciência do Direito solucioná-lo.

Vale salientar, que na doutrina, existe grande discussão acerca da amplitude do Poder Constituinte. O Poder Constituinte Originário é limitado ou ilimitado?

Para a corrente positivista, não existe direito que preceda a manifestação do Poder Constituinte. Inexiste direito que possa ser invocado contrariamente ao mesmo. Para a corrente jusnaturalista, o Poder Constituinte Originário é limitado pelos direitos humanos fundamentais universalmente reconhecidos.

Já o professor Paul Bastid (Ferreira Filho 1999:76/77) afirma existir, ao Poder Constituinte Originário, certos limites de fato e certos limites de direito.

Os limites de fato, segundo ele, dizem respeito à eficácia do ato constituinte. Constituições que colidem frontalmente com as concepções arraigadas da comunidade, não tendem lograr sucesso, pois, sem o apoio da comunidade, suas instituições permanecerão inertes, sem vida, ineficazes. Um exemplo disso é a Carta Francesa de 1793, também chamada de Constituição Jacobina, que foi votada em meio a uma grande euforia e jamais saiu do papel.

Já os limites de direito, trazem a lume uma velha celeuma jurídica que é a questão de o Poder Constituinte de um Estado encontrar-se ou não subordinado às normas de Direito Internacional.

2.2.2. Poder Constituinte Instituído

No século XVIII, com advento da idéia de constituição escrita, pensava-se ser possível o estabelecimento de Constituições intocáveis, que perdurassem no tempo sem sofrerem qualquer modificação. Aos poucos, esse raciocínio retrógrado foi sendo superado por um pensamento mais prudente da realidade e que foi responsável pela inevitável criação de mecanismos de reforma.

As Cartas Políticas que prevêem poderes de reforma constitucional são cartas rígidas, pelo fato de trazerem agasalhadas, em seu bojo, procedimentos especiais que regulam suas formas de modificação.

O Poder Constituinte Instituído é aquele criado pela própria Lei Fundamental. É um poder derivado, pois, encontra a sua razão de existir no Poder Constituinte Originário, apresentado-se, conseqüentemente, subordinado e condicionado a este poder. Tem o escopo de reformular a Carta Constitucional, respeitando as previsões nela contidas. Disso resulta, logicamente, que a atuação do Poder Constituinte Instituído está adstrita, por laços de subordinação, à Constituição que o estabelece.

Qualquer ato que vise reformar o Texto Fundamental, sob pena de ser declarado inconstitucional, deve seguir as prescrições atinentes ao seu processo de mudança.

VANOSSI (1975:129), assinala: ***"que o poder constituinte originário é aquele que atua na etapa fundacional do estado, como uma potência, uma força, uma energia, enquanto o poder derivado, que atua na fase da reforma, é uma competência, uma manifestação da aplicação da própria normatividade prevista por aquele poder constituinte inicial".***

Assim, o Poder Constituinte ao estabelecer a Constituição, estabelece poderes constituídos que podem ser divididos em poderes de Estado – Executivo, Legislativo e Judiciário; e poderes instituídos – reformador, incumbido de adaptar a Constituição frente à realidade social; decorrente, responsável pelo estabelecimento da organização fundamental dos estados-membros.

Desse modo, conclui-se que o Poder de Reforma Constitucional e o Poder Constituinte Decorrente, espécies mesmo um mesmo gênero, poderes constituídos, possuem funções diferentes: O primeiro atua apenas em sede de modificação constitucional; o segundo tem a função de complementar a obra do Poder Constituinte Originário, estabelecendo a Constituição dos estados federados.

É importante ressaltar, que o Poder Constituinte Reformador é gênero das espécies emenda à Constituição e revisão constitucional.

O Poder Constituinte Instituído recebe, na doutrina, outras denominações, quais sejam: derivado, remanescente, poder constituinte de segundo grau ou poder constituinte constituído.

Passemos, agora, à análise dos limites implícitos e explícitos ao Poder de Constituinte de Reforma Constitucional, fazendo, paralelamente, um estudo comparado da sua atuação em legislações alienígenas.

Na doutrina constitucional, encontramos duas correntes contrárias com relação à existência de limites implícitos ao Poder Cons-

tituinte Instituído. A corrente minoritária é aquela que sustenta a não existência de limites implícitos ao Poder Constituinte Instituído, ou seja, salvo os limites expressos, pode tudo.

O pioneiro na formulação da doutrina que vislumbra os limites implícitos, foi o americano Joseph Story (apud Ferreira Filho 1999:117), que defendia que, diante de uma reforma constitucional nos Estados Unidos, a Federação era inatingível.

No Brasil, o professor Nelson de Souza Sampaio, estudando de forma aprofundada a problemática, apontou os limites implícitos ao Poder Constituinte Instituído, que, em seu vernáculo, chamo-os de limites naturais do poder reformador.

Souza Sampaio enumerou estes limites implícitos, são eles: manutenção dos direitos fundamentais do homem; inalterabilidade das regras concernentes aos titulares, respectivamente, do Poder Constituinte originário e derivado, e, por fim, a proibição de alteração das regras que disciplinam formalmente o procedimento da alteração constitucional.

Quanto às limitações explícitas, podemos dividi-las em materiais, circunstanciais e temporais.

As limitações materiais, representam a proibição de se alterar o texto constitucional em determinadas matérias, por tratarem de pontos reputados fundamentais.

A Constituição americana de 1787, no seu artigo 5°, in fine, proíbe as alterações que visem suprimir a igualdade representativa dos Estados no Senado, tendo por objetivo a proteção da Federação. Assim determina a parte final do dispositivo: ..."***nenhum Estado poderá ser privado, sem o seu consentimento, do direito de voto no Senado em igualdade com os outros Estados".***

A Constituição alemã, no seu artigo 79, alínea 3ª, também faz alusão à proibição de supressão da Federação.

Nas Constituições francesa e italiana, encontramos dispositivos que proíbem a supressão da forma republicana de governo.

No direito brasileiro encontramos tais limitações, nas Constituições de 1891, 1934, 1937, 1947 e 1988.

O artigo 60, § 4°, da atual Constituição brasileira, agasalha pontos intocáveis, relativos à forma federativa de governo, ao voto direto, secreto, universal e periódico, à separação dos Poderes e aos direitos e garantias individuais.

As limitações formais versam acerca do procedimento imposto à realização da reforma, seja ela ampla ou restrita. São limites

procedimentais, como aqueles previstos no artigo 60, I a III, § 2° e 5°, da Carta Magna brasileira vigente.

Já as limitações circunstanciais são aquelas que não permitem que a Constituição seja alterada frente a determinadas situações anormais, tais como, estado de sítio, estado de defesa, ou ainda, intervenção federal. Estão presentes no artigo 60, §1° da Constituição brasileira de 1988.

Outra limitação circunstancial é aquela que proíbe a modificação da Constituição quando o território nacional encontra-se no todo ou em parte ocupado por tropas estrangeiras. Não é contemplada pelo direito brasileiro. Ela é típica do direito francês, sendo encontrada no artigo 89 da sua carta magna de 1958.

Por fim, as limitações temporais, são aquelas que impedem a alteração da Constituição por certo lapso de tempo ou estabelecem a periodicidade das modificações.

A Constituição francesa de 1791, no seu artigo 3°, proibia a sua alteração por duas legislaturas à promulgação da Constituição.

A carta americana de 1787, trazia dispositivo análogo. O artigo V deste diploma superior proibiu, até o ano de 1808, qualquer aditamento ao seu texto, referentes às matérias constantes das cláusulas 1ª e 4ª da seção IX do artigo I.

Na Constituição portuguesa de 1933, no seu artigo 137, encontrava-se limites temporais dotados de periodicidade. As modificações somente poderiam ocorrer de 10 em 10 anos.

Dentre as constituições brasileiras, a única que trouxe em seu texto limites temporais, foi a Constituição de 1824, que proibia a sua alteração por quatro anos.

Em última observação, gostaríamos de salientar que a titularidade e o exercício do Poder Constituinte Reformador identificam-se nas pessoas dos parlamentares que compõem o Congresso Nacional.

2.2.3. A Constituição de 1988

A Carta Constitucional de 1988 representou uma manifestação do Poder Constituinte Originário ou o Poder Constituinte Derivado teve atuação isolada? Vejamos!

Em 27 de novembro de 1985, por meio da Emenda Constitucional n° 26, a “Constituinte” de 1987 fora convocada. Esta emenda em seu artigo 1°, assim rezava: ***“os membros da Câmara dos Deputa-***

dos e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1° de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional".

De acordo com MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (1990:27/28), o artigo da contemplada Emenda leva-nos a uma pseudo-idéia de manifestação do Poder Constituinte Originário, ao falar em "Assembléia Nacional Constituinte Livre e soberana. Ora, o poder Constituinte originário é caracterizado por manifestar-se através de uma ruptura revolucionária. Entretanto isto não ocorreu.

Na verdade, acrescenta ele, o que ocorreu foi a alteração, pela emenda 26/85, do procedimento de modificação da Constituição de 1967, a partir de 1° de fevereiro de 1987. A alteração cuidou de simplificar esse procedimento, visto que, a aprovação de novas normas, que antes reclamavam maioria de dois terços (2/3) em cada casa do Congresso Nacional, passaram a exigir a maioria absoluta das duas casas que compõem o Congresso Nacional. Conclui o autor: ***"Assim, tivemos, na convocação da Assembléia Nacional Constituinte, manifestação do Poder Constituinte Derivado, apenas, repita-se, libertado das limitações materiais e circunstanciais que lhe eram impostas"***.

Perfilhando uma linha contrária de pensamento, GUSTAVO JUST DA COSTA E SILVA (2000:210), encontrando respaldo em outros doutrinadores, não menos abalizados, como Jorge Miranda e Celso Ribeiro Bastos, ensina que:

"a Constituição de 1988 não foi obra de uma atividade reformadora da Constituição de 1967, mas de um processo de transição constitucional através do qual o restabelecido do poder constituinte do povo, evitando os inconvenientes de uma já desnecessária revolução (desnecessária porque politicamente o regime anterior já agonizava desde a eleição do presidente civil oposicionista), apropriou-se do poder de reforma da Constituição em vigor ao produzir a emenda 26/85 e com isso propiciar a formação de uma Assembléia Constituinte livre e soberana".

José Afonso da Silva (1999:91), manifestando sua opinião e levando-nos a análise dos atos praticados naquela ocasião, lembra que, malgrado tenha o Presidente José Sarney enviado ao Congresso Nacional proposta de Emenda à Constituição, no sentido de convocar uma Assembléia Nacional Constituinte para elaborar uma nova Constituição para o País, o Congresso, ao aprovar a Emenda, deveria con-

vocar uma Assembléia Nacional Constituinte. Porém, ao revés, convocou os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para aquela tarefa.

Sendo assim, não houve, portanto, uma convocação de Assembléia Nacional Constituinte, mas uma convocação de um Congresso Constituinte. Este , sequer submeteu sua atuação a um referendo popular, o que lhe daria maior legitimidade, já que não fora produto de uma manifestação do Poder Constituinte Originário.

GUARDA DE MENOR – CAMINHANDO PARA UMA ÉTICA HUMANÍSTICA

Netônio B. Machado. Juiz de Direito.Professor da UNIT.Professor da ESMESE Membro do IBDC.Membro do ISEC

INTRODUÇÃO

O juiz, como qualquer profissional de qualquer área, como qualquer ser humano, embora um tanto sujeito da história, é vítima das armadilhas postas pela cultura que o influenciou.

Nesse ponto, o livre arbítrio é mais figura de retórica que o mito da liberdade absoluta da vontade engendra nas elaborações discursivas.

Afinal, como registra Souto Maior Borges em seu livro *Ciência Feliz*, "A existência humana se move, toda ela, entre os extremos da autodeterminação pela vontade e o determinismo das circunstâncias".

Isso equivale a dizer que nem o determinismo das circunstâncias nem o decisionismo da vontade, nenhum deles, isoladamente, rege uma vida.

Nesse contexto há de conceber-se boa parte da conduta das pessoas ultrapassando os limites do "sujeito", transpondo as raias da sua vontade como ato livre da vida para substanciar-se da natureza de acontecimento historial.

Por isso, a assertiva de Ortega y Gasset: "Eu sou eu e a minha circunstância", reportada por Souto Maior.

Na medida em que uma dada ocorrência da vida, inexpressiva em tese, transmuda-se em fator de extremo significado atuando sobre alguém, a vontade nada ou quase nada pode contra esse fenômeno.

O que propiciará as condições para um novo quadro circunstancial ensejando o eclodir de uma nova lógica a apontar novas conformações para velhas questões é a superposição de elementos

marcadamente significativos, só por si ou pela potencialização desse adicionamento, amalgamando situações emocionais e comocionais eficazes para interferir nos condicionamentos anteriores, reformulando-os.

A agregação de outros fatores contribuirá para a conferência de peso e graduação a esse conjunto de elementos, resultando num singular e parcial determinismo incidindo sobre cada indivíduo.

A imbricação desses elementos faz a circunstância, subjetivamente considerada.

Para que o espectro circunstancial –chamemo-lo assim– tenda a reconfigurar-se, parece-me necessário romper com as formas tradicionais de autoconsciência, reagir às "auto-imagens conhecidas e altamente valorizadas", revisando os conceitos que petrificaram a idéia de valores por nós assimilados, como sugere Norbert Elias em sua *Sociedade dos Indivíduos*.

Isso, parece, é o que justifica a diversidade de comportamentos individuais diante de um mesmo fato objetivamente considerado.

O CONTINGENCIAMENTO HUMANO

Percebe-se, pois, que os juízos de valor subjacentes de determinada cultura são, necessária e sub-repticiamente, imperativos e orientadores das ações.

A contingencialidade da nossa condição humana não nos permite ir muito além dessa realidade; afinal ser produto da condição humana junge-nos a essas limitações, uns mais, outros menos, porém todos limitados, sem dúvida.

Estamos todos constrictados nessa nau cujas comportas nem sempre se abrem ao nosso alvedrio e cujo leme nem sempre atende nosso comando racional.

Com muito esforço superaremos algumas dessas limitações, porém delas libertar-nos, em termos absolutos, é quimera esmaecida ou não seríamos humanos.

Agrava-se esse contingenciamento, no plano da nossa formação cultural.

Não somos trabalhados senão para ser domesticados.

O envenenamento dos valores nos é imposto pelas conveniências sacralizadas dos fatores reais de poder. Estes, a seu turno, são exercidos por elites nem sempre legitimadas para a condução de qual-

quer processo por faltar-lhes sensibilidade, percepção e assimilação do fenômeno humano e comprometimento com os imperativos psicossociais afinados com a axiologia da dignificação do homem como meio e fim da afirmação da humanidade.

Somos educados, em regra e infelizmente, para homenagear a conclusão institucionalizada e não para expressar nosso sentimento ético em relação a um dado fato, quando esta última manifestação estaria despertando nos outros o mesmo sentimento estimulante para idêntico agir.

Essa "educação" garante a preservação do *status quo* e estigmatiza os dissidentes do modelo institucionalizado.

Por certo que ao ler este trabalho alguém menos afeito a este tipo de reflexão assacará: mas que abordagem chata, inconsistente, tola!....

Eu me limitaria a responder, com Platão: "Não estamos discutindo nenhum assunto trivial, mas como devemos viver" (*A República*) ou, ao menos, do que devemos tomar consciência para melhor viver.

Esta abordagem propedêutica conduz-nos à questão de fundo, que é a relativa a uma visão mais humana e ética da guarda de menor, cujo tema é apenas emblemático das vicissitudes a que estamos sujeitos, comportando mil e um desdobramentos no processo empírico existencial.

Este trabalho não encerra nenhuma preocupação dogmática, nem se anima de qualquer pretensão a ser a última palavra em nada. E nem poderia alimentar essa veleidade.

CONTEXTUALIZANDO A QUESTÃO EM NOSSA SOCIEDADE

Enfrentemos, ainda que superficialmente, o tema enunciado no título deste trabalho, já estabelecendo que nenhuma conclusão sobre a análise de qualquer matéria se legitima se não corresponder ao que, implicitamente, estiver contido na premissa.

Partindo desse raciocínio, não será despropositado afirmar que a conclusão, por exemplo, de que o menor deve permanecer, preferencialmente, na companhia e sob a guarda dos seus familiares (considerada aqui a família natural, consangüínea), traz implícita na premissa a noção de que é na família que se densifica o núcleo afetivo e protetor da criança ou do adolescente resultando, então, desse ele-

mento intrínseco, a construção imperativa determinante dessa eleição irmanada com o comando expresso nos artigos 19 e 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em verdade, a despeito de só o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, ter vindo a falar, expressamente, na proteção integral à criança e ao adolescente (artigos 1º e 3º), a *ratio iuris* dos precedentes legais da espécie sempre foi essa. Assim me parece.

Pena que a nossa formação acadêmica, extremamente positivista, nem sempre se dê conta da teleologia informadora do conteúdo material da norma posta preferindo, com lamentável freqüência, uma exegese que beira a literalidade indigente de abrangência universal, porém propiciadora de cômoda interpretação da lei sem exigência de maiores esforços cerebrinos por parte do intérprete.

Nosso arquétipo cultural, forjado na bigorna do elitismo colonialista decaído, de cunho machista, irracional, intolerante e egoísta, muitas vezes inverte o processo analítico do objeto do estudo e, ao invés de observarmos o fenômeno para compreendê-lo *a posteriori*, interpretamo-lo *a priori*, à luz das nossas idiossincrasias; distorcemos o fenômeno da nossa teorização para desenvolver uma lógica que o conforme aos nossos valores, por mais falsos que sejam, pouco importando as conseqüências dessa promiscuidade científica.

Importa apenas acomodar o fenômeno à moldura preexistente dos nossos interesses obtendo a resposta que já estava, adredemente, elaborada. Lastimável ofensa ao método científico.

O VESGO ACADÊMICO

Vítima da hipérbole do positivismo, legada pelo modelo acadêmico que plasmou nossa mentalidade jurídica, foi essa imperfeição elevada ao nível de sacralização, imolando no altar da caturrice conservadora a perspectiva teleológica construtiva, atualizante e legitimadora de qualquer lei de qualquer hierarquia.

Essa deformação veiculada nas escolas de Direito como correta metodologia da interpretação dos textos legais difundiu-se –como não poderia deixar de ser– e contagiou toda a sociedade sem oblívio, porém, de que alguns escapam a esses contágios, mesmo nas epidemias mais virulentas, o que não altera muito o quadro desolador.

Reflexo dessa mentalidade é o modo como, por exemplo, a mídia nacional vem saudando, efusivamente, a expectativa da edição,

pelo Congresso Nacional, de lei autorizando a guarda compartilhada de menor.

E, sob esse apequenamento, é de intuir-se que, mesmo quando sancionada essa lei –que não dirá mais do que já está dito no espírito do ECA e do próprio Texto Magno, precisamente na contextualização do artigo 3º em sintonia com aquele microssistema jurídico e dessas disposições com a tratativa constitucional dispensada à família e sua proteção–, tenhamos arrefecidas nossas perspectivas de concretização da almejada guarda compartilhada porque teremos de aguardar a regulamentação do texto acaso editado pelo Congresso.

E nessa marcha seguiria o processo: um passo à frente, outro atrás.

Pois bem. Se, como disse linhas atrás, imanente ao conceito de família, no que respeita à proteção do menor, erige-se a inferência insuperável preexistente e subsistente de um núcleo afetivo e protetor, chega-se a duas conclusões imperativas: uma, a de que não se inscrevendo, substancialmente, nesse núcleo afetivo e protetor estará desqualificado o candidato a guardião do menor, ainda sendo família; a outra, é a de que –embora sem vínculo consangüíneo– aquele que congregar os predicados configuradores da almejada afetividade e proteção ao menor toma a feição psicológica de família para os fins preconizados no artigo 3º do ECA.

É como intuo, preocupado com a melhor situação para os problemas do menor.

A situação, porém, adquire contornos de complexidade quando o portador dos atributos que o qualificariam como guardião refoge aos padrões tidos pela sociedade como regulares de conduta.

Verbi gratia aqueles cujas opções de parceiros para as suas relações amorosas recaem em consortes do mesmo sexo: os chamados homossexuais ou bissexuais.

Nessas situações a tempestade da intolerância agita toda a poeira do tempo e se arma de toda a carga de preconceito como erupção brutal de um vulcão, não permitindo uma pitada mínima de bom senso, de equilíbrio, de racionalidade a orientar o equacionamento da questão em bases justas voltadas para a satisfação dos mais relevantes e vitais interesses do menor.

Subverte-se o espírito da lei; posterga-se o objetivo do seu enunciado teleológico de proteção do menor, não sem um discurso faustoso de retórica sustentada por uma lógica apta a ilaquear a boa-fé dos

incautos com a blandícia de argumentos que não resistem a um questionamento mais profundo.

E o que, geralmente, encerram esses discursos? Encerram, via de regra, a apriorística e pífia alegação de que alguém que é homo ou bissexual (seja homem ou mulher) será, sempre, uma péssima influência para o menor. Promove-se sua execração, pouco importando a singularidade do exercício dessa opção excepcional; a responsabilidade individual do execrado; sua educação e conduta cívica; sua contribuição social como profissional às vezes competente e destacado; seu respeito à dignidade das pessoas.

Esses e outros valores são lançados, comumente, no ralo da indiferença analítica dos que têm o dever legalmente imposto e humanamente concebido de velar pelo bem-estar do menor, sacrificados em homenagem à intolerância e à extrema injustiça.

As previsíveis conseqüências, para o infante, da ruptura de uma relação de maternidade ou paternidade psicologicamente desenvolvida, com irradiações para toda a sua vida, não são confrontadas com os males que poderia suportar se acaso permanecesse na companhia e sob a proteção dessas pessoas.

Só desse confronto de situações a serem perfilhadas poder-se-ia chegar à conclusão de qual seria a solução menos gravosa para o menor, a que mais se aproximaria do ideal de sua proteção total.

Os argumentos brandidos pelos arautos do radicalismo contra essas minorias são, quase sempre, passionalíssimos e estéreis, incursionando pelo terreno da insídia.

Sem dúvida, por conta da sociedade que é machista e, muitas vezes intolerante; que elege tipos para descarga de suas frustrações e inseguranças; que, não raro, mascara com a agressão medos ancestrais com os quais ainda não se habituou a conviver, -sem dúvida essa cornucópia de fatores predisponentes deflagrará ações de terceiros que bem poderão vir a incomodar o menor.

É um dilema a desafiar solução.

CONCLUSÃO

Tenho para mim, no entanto, que o equacionamento da questão haverá de passar pela análise da personalidade do pretenso guardião, sua estabilidade emocional, sua conduta profissional, sua responsabilidade diante dos compromissos assumidos, a discrição nos seus

relacionamentos amorosos e a definição do tipo de parceiro escolhido sem embargo, por óbvio, da condição econômico-financeira de quem pretende ter essa guarda.

De importância transcendental será o aferimento do grau de afetividade determinante da relação estabelecida entre o menor e o candidato a seu guardião.

Evidentemente não é exaustivo o rol de considerações aqui elaborado.

Por fim, convém assertar que, em nome mesmo da mais ampla e eficaz preservação dos interesses relevantíssimos do menor, a prática a ser adotada por quem vier a decidir essas questões deve nortear-se pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

É que, seja qual for a decisão, por certo ao menor sempre restará algum desconforto, passageiro ou não; imediato ou mediato; relativo ou intenso; com irradiações ou não para outras etapas da sua vida.

Um pouco de sofrimento, incontornavelmente, o menor suportará.

A tarefa crucial do juiz será a de, nessa eleição de alternativas, sufragar a menos prejudicial ao menor.

Não é coisa fácil.

Por isso mesmo, penso que essa conclusão não deve ser obra de reflexão escoteira do juiz, mas resultado de sua apreciação em concurso com uma equipe técnica multidisciplinar composta de psicólogos, pediatras, assistentes sociais, pedagogos, todos qualificados para o opinamento pertinente.

Só assim legitimapda, essa decisão será substancialmente imperativa, porque não vinculada a um sentimento menor resultante apenas de condicionamentos culturais não homologados pela razão, mas tutelada por uma lógica racional humana e humanizante e por uma hermenêutica inspirada numa ética material de valores assim informados.

Sem olvido de que nem sempre podemos realizar o ideal, resta, porém, inabalável a convicção de que é sempre possível construir o razoável.

Essa relativização, contudo, não deverá arrefecer o ânimo pela busca da melhor solução entre as possíveis de ser adotadas, sempre presente a preocupação de preservar, na medida do possível, os vínculos familiares naturais, ainda quando o guardião não integrar a família consangüínea.

Esse será, no meu modo de ver, um juízo ético da questão, intuindo com o contexto moral da guarda do menor assimilada sob o aspecto fundamental da sua conveniência intrínseca, carecendo o julgador de ser tocado mais profundamente.

Não se trata, aqui, do juiz apenas cumprir o seu dever de dar um guardião ao menor, mas de fazê-lo corretamente, o correto possível, o intrinsecamente correto, sob pena de, em nome de uma mera represália a essas minorias, ferir os sagrados interesses dos menores aos quais a lei quer proteger, integralmente.

Penso que a injustiça será múltipla e superlativa, se não percorrer, entre outros, esses caminhos.

O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A PERÍCIA DE DNA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Francisco Alves Junior.Juiz de Direito.Professor da UNIT e da ESMESE

SUMÁRIO*:* 1. introdução. 2. princípios jurídicos. 3. a lide e sua composição. 4. o devido processo legal. 5. o direito a um procedimento adequado. 6. o processo sem dilações indevidas. 7. o devido processo legal e a verdade processual. 8. o devido processo legal e as provas ilícitas. 9. a investigação de paternidade biológica e o exame de DNA. 10. a investigação de paternidade biológica na era pré-DNA. 11. o custo do exame de DNA como óbice à sua larga utilização. 12. o exame de DNA e a coisa julgada. 13. a recusa à submissão ao exame de DNA. 14. o procedimento adequado à investigação de paternidade. 15. conclusões. 16. bibliografia.

RESUMO: O surgimento e a redução dos custos do exame de DNA têm suscitado grandes questões no âmbito do Direito de Família e do Direito Processual. A prova surge com um grau de confiabilidade técnica nunca antes visto. Viabiliza-se a busca pelo ideal de justiça, através da descoberta da verdade material, no processo de investigação de paternidade. Entretanto, há que se compatibilizar certos aspectos do exame com os postulados constitucionais do processo justo. Restam afetados os direitos constitucionais à intimidade e à vida privada, à intangibilidade física, à personalidade, à coisa julgada, entre outros. É tarefa da doutrina descobrir os referidos problemas, isolá-los adequadamente, e tratá-los, encontrando as melhores soluções para o processo de resultados, tão cobrado pela sociedade pós-moderna.

"O modo científico de pensar é ao mesmo tempo imaginativo e disciplinado. Isso é fundamental para o seu sucesso. A ciência nos convida a acolher os fatos, mesmo quando eles não se ajustam às nossas preconcepções. Aconselha-nos a guardar hipóteses alternati-

vas em nossas mentes, para ver qual se adapta melhor à realidade. Impõe-nos um equilíbrio delicado entre uma abertura sem barreiras para idéias novas, por mais heréticas que sejam, e o exame cético mais rigoroso de tudo ¾ das novas idéias e do conhecimento estabelecido. Esse tipo de pensamento é também uma ferramenta essencial para a democracia numa era de mudanças" (Carl Sagan)

1 - INTRODUÇÃO

O processo pós-moderno caracteriza-se pela marcante noção de sua instrumentalidade. Não há mais espaço para visões introspectivas do fenômeno processual, dado que intensifica-se a consciência a respeito do fator preponderante: a satisfação do jurisdicionado.

Desta forma, o devido processo legal aparece como postulado constitucional, a reclamar que se pense o processo como processo justo, e não simplesmente como processo regulado em lei.

Partindo destas premissas gerais, verifica-se que o surgimento do exame de DNA suscitou, e ainda suscita, uma série de problemas no campo das ações de investigação de paternidade.

Referida perícia, pelo alto grau de certeza científica a respeito do objeto pesquisado, alcança foros de conclusão nunca dantes atingidos, figurando como a "rainha das provas" da era moderna.

Contudo, não são poucos os que advertem para o perigo de "divinizar" ou "sacralizar" o exame, argumentando que a longa tradição jurídica determina a não vinculação do juiz ao laudo do perito, e que vige entre nós o sistema da persuasão racional do julgador, e não o sistema de prova legal ou tarifada.

Por uma questão metodológica, considerando os estreitos limites temáticos impostos ao presente trabalho monográfico de conclusão do Curso de Pós-graduação *lato sensu* em Direito Constitucional Processual, optamos por uma delimitação ampla o suficiente para a abordagem do problema sem, contudo, implicar largueza em demasia, a ponto de ultrapassar ditos limites.

Em verdade, exploraremos a perícia de DNA no campo das investigatórias de paternidade onde haja negativa da filiação imputada ao suposto pai vivo.

A análise objetivará o contraste entre o referido meio de prova e o princípio constitucional do devido processo legal, sobremodo com relação ao direito ao procedimento adequado e sem dilações indevidas.

A pesquisa procurará, como objetivo geral, demonstrar que o exame de DNA constitui prova necessária à adequação do procedimento para a determinação judicial da paternidade biológica, com vistas à obediência ao princípio constitucional do devido processo legal.

Para isto, examinar-se-ão: 1) os vários escopos a serem perseguidos pelo Estado no exercício da jurisdição, o que constitui a idéia de instrumentalidade do processo; 2) a noção de que o devido processo legal significa também uma garantia de procedimento adequado ao rápido e seguro alcance destes escopos; 3) o alto grau de confiabilidade do exame de DNA para a determinação da paternidade; 4) a necessidade do referido exame à adequação do procedimento nos casos de negativa do réu; 5) as implicações da afirmativa anterior no que se refere à economia processual, ao sistema de valoração de provas, ao respeito à dignidade humana, à inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da integridade física do indivíduo.

Há uma série de inquietações da doutrina e vacilações da jurisprudência, no que concerne à utilização da perícia.

Seria adequado o procedimento investigatório da paternidade biológica sem a produção da mencionada prova?

Estaria o juiz autorizado a determinar a realização do exame, independentemente da iniciativa das partes?

O réu está obrigado a se submeter ao exame?

Quais as conseqüências da recusa em se submeter?

A quem compete o ônus do adiantamento das despesas com o exame quando há gratuidade judiciária?

Como equacionar o óbice da coisa julgada com a necessidade de estabelecer a filiação real, com base em exame de DNA, não realizado à época da ação cujo pedido de reconhecimento foi julgado improcedente?

Estas são algumas das perguntas que o trabalho procura responder, não sem desconhecer que o campo é vasto e o problema se desdobra em diversos outros, a exemplo da preservação do contraditório na produção da perícia. Entretanto, como acima explanado, a exploração indefinida dos sub-problemas levaria a uma exacerbação dos limites próprios de uma monografia em sede de especialização.

2 — PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Todo o sistema jurídico encontra-se estratificado, contendo sé-

ries de normas escalonadas hierarquicamente, segundo critérios de supra-infra-ordenação, de modo que cada norma tem seu fundamento de validade em norma que lhe é superior, ao mesmo tempo em que serve de fundamento para outra norma inferior a si própria[2].

Partindo destas concepções, verificamos que, em um sistema jurídico positivo como o nosso, as normas de mais alta hierarquia encontram-se na Constituição do país.

Não se pretende discutir amiúde o problema da supremacia da Constituição. Toma-se tal idéia como premissa fundamental, dentro da teoria constitucional.

Ora, desta maneira, as normas que servem de fundamento de validade para todo o sistema infraconstitucional encontram-se veiculadas pelo texto da Constituição.

Todavia, na própria Constituição encontraremos uma certa hierarquia entre as normas ali veiculadas. Não que abracemos a idéia de normas constitucionais inconstitucionais editadas pelo Poder Constituinte[3]. Mas compreendemos que o texto constitucional deve ser interpretado de forma sistêmica, à luz de certas diretrizes por ele mesmo traçadas, ao veicular as normas de maior envergadura.

Estas normas mais caras ao sistema são justamente os princípios. Princípios são normas, embora sejam normas diferenciadas, supernormas. Isto porque ocupam posição de destaque e cumprem função diferenciada no sistema, além de serem constituídos de uma natureza peculiar frente às demais normas, ditas não-principiológicas.

Com efeito, os princípios são normas prenhes de valores porque encerram alta carga axiológica e atuam como “antenas”, captando os principais valores eleitos pelo grupo social.

É verdade que todas as normas se referem a um ou mais valores. Ocorre que os princípios veiculam essencialmente valores, dado que representam nitidamente estes, são puro conteúdo, essência, ao passo que as outras categorias de normas representam limites, obedientes sempre ao conteúdo que bebem diretamente dos princípios, supernormas que lhe servem de fundamento.

Sendo os princípios verdadeiras normas, ainda que de especial dignidade e natureza, até porque negar isto significaria não ter como sustentar o seu caráter vinculante, não aceitamos a dicotomia princípio-norma, senão após uma convenção didática no discurso, qual seja, a referência a princípio significará referência a norma principiológica, enquanto a menção à norma representa relação à simples regra ou preceito.

Pois bem. Se os princípios são por excelência o encerramento normativo de valores, e se a Constituição é a expressão máxima destes valores eleitos pelo grupo, então é na Constituição que iremos encontrar o *habitat* natural dos princípios.

Evidentemente, e aqui recorreremos à clássica distinção entre Constituição em sentido material e Constituição em sentido formal, há no texto constitucional uma parte que diz respeito às decisões políticas fundamentais: escolha do tipo de Estado, da forma de governo, do regime, a tripartição do Poder, os direitos e garantias fundamentais. Por outro canto, outras normas não se referem a estes aspectos, sendo consideradas constitucionais apenas porque formalmente o são, já que inscritas na Constituição.

Na primeira categoria, encontraremos os verdadeiros princípios constitucionais, os quais, por isto mesmo, servirão de norte tanto para a criação como para a interpretação de normas pelo Poder Constituído.

Por óbvio, este mesmo Poder Constituído também deverá interpretar a própria Constituição de forma sistêmica, à luz ou com a "lente" dos princípios, por ela mesma veiculados.

Neste processo, surgirá com certeza a hipótese de colisão entre princípios. É que os valores, conteúdo manifesto das normas principiológicas, são relativos, e freqüentemente se colidem, ou, na feliz expressão do Prof. Carlos Britto, *"os princípios têm vocação para o atrito".*

Como o Direito se pretende completo e de forma ordenada, os conflitos entre normas têm de ser pressupostos como aparentes. Isto é, havendo colisão entre normas, deve o intérprete encontrar a solução segundo a qual somente uma delas se aplique.

No campo das simples regras, este fenômeno, o da colisão ou conflito aparente de normas, se resolve na dimensão de validade. O intérprete, recorrendo à hermenêutica, encontrará a norma verdadeiramente aplicável, afastando a incidência da não aplicável, podendo chegar à conclusão pela invalidade total desta (revogação), e não apenas pela inaplicabilidade dela ao caso.

Esta última situação, pela qual se reconhece a "morte" de uma das normas em conflito, é denominada antinomia (*anti nomos*).

As coisas não se passam assim quando o conflito envolve normas principiológicas. Quando dois princípios estão em choque — o que não é raro, como já dito — tal conflito não se resolverá na dimensão de validade, como sói acontecer no plano das simples regras,

mas sim na dimensão de prevalência.

Realmente, havendo colisão entre princípios, deverá o intérprete verificar qual destes deverá prevalecer no caso concreto, sem contudo anular o outro, isto é, sem revogar a norma que veicula o princípio não prevalente.

Outra solução não é possível. A uma, porque princípios são valores e os valores, embora em conflito na sociedade, não se anulam. A duas, porque, como visto, os princípios são veiculados naturalmente pelo Poder Constituinte e, destarte, não poderia haver incoerência deste a ponto de criar antinomias dentro do próprio texto constitucional[4].

Dizíamos que o intérprete deverá encontrar o princípio prevalente para o caso concreto. Para tanto, deverá utilizar como critério a preocupação em identificar qual dos dois princípios em choque, se não sacrificado momentaneamente, melhor homenageará um princípio superior.

Isto decorre da afirmativa feita linhas atrás de que no texto constitucional coexistem harmoniosamente normas de hierarquias diferentes, não no sentido de uma revogar a outra, porque emanadas do mesmo Poder e a um só golpe, mas no sentido de que há princípios fundamentais que orientarão a interpretação e aplicação de princípios gerais, os quais, por sua vez, orientarão a interpretação e aplicação de princípios setoriais, que, em seguida, servirão de bases para a criação, interpretação e aplicação das simples normas constitucionais e infraconstitucionais.

Os princípios têm, então, este condão de orientar a criação, a interpretação e a aplicação das demais normas, sejam estas subprincípios ou simples regras.

Como ensina o jurista Luís Roberto Barroso:

"Feita essa sistematização preliminar, é preciso destacar o papel prático dos princípios dentro do ordenamento jurídico constitucional, enfatizando sua finalidade ou distinção. Cabem-lhes, em primeiro lugar, embasar as decisões políticas fundamentais tomadas pelo constituinte e expressar os valores superiores que inspiram a criação ou reorganização de um dado Estado. Eles fincam os alicerces e traçam as linhas mestras das instituições, dando-lhes o impulso vital inicial.

Em segundo lugar, aos princípios se reserva a função de ser o fio condutor dos diferentes segmentos do Texto Constitucional, dando

unidade ao sistema normativo. Um documento marcantemente político como a Constituição, fundado em compromissos entre correntes opostas de opinião, abriga normas à primeira vista contraditórias. Compete aos princípios compatibilizá-las, integrando-as à harmonia do sistema.

E, por fim, na sua principal dimensão operativa, dirigem-se os princípios ao Executivo, Legislativo e Judiciário, condicionando a atuação dos poderes públicos e pautando a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas vigentes" [5] .

No estudo do caso a ser resolvido, deve o jurista partir do princípio, estudar o caso com "a lente" do princípio, a fim de alcançar a finalidade expressa no próprio princípio, num raciocínio que bem poderia ser representado por um movimento circular, donde se parte do princípio, mantém-se nos "trilhos" do princípio, a fim de se chegar ao princípio mesmo.

Daí porque compreendemos que o princípio jurídico é princípio, meio e fim. E daí a importância de ter o aplicador da norma, especialmente o juiz, um cuidado especial em matéria de princípios, segundo adverte o próprio Luís Roberto Barroso:

"Os tribunais têm certa capacitação para lidar com questões de princípio que o Legislador e o Executivo não possuem. Juízes têm, ou devem ter, a disponibilidade, o treinamento e o distanciamento para seguir os caminhos da sabedoria e isenção ao buscar os fins públicos. Isto é crucial quando se trata de determinar os valores permanentes de uma sociedade. Este distanciamento e o ministério maravilhoso do tempo dão aos tribunais a capacidade de recorrer aos melhores sentimentos humanos, captar as melhores aspirações, que podem ser esquecidos nos momentos de grande clamor" [6].

A noção de supremacia dos princípios enseja, portanto, a maior cautela e fidelidade ao seu cumprimento, já que, como afirmado por Celso Antônio Bandeira de Melo, em lição que já se torna clássica:

"Princípio - já averbamos alhures - é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo,

no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque apresenta insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustém e alui-se toda a estrutura neles esforçada" [7].

Vista assim a importância dos princípios, passemos a analisar o devido processo legal, não sem antes compreender o fenômeno do processo, como método de trabalho do Estado quando exerce a jurisdição. Para tanto, necessitamos compreender a idéia de lide, em seu sentido sociológico.

3 — A LIDE E SUA COMPOSIÇÃO

Francesco Carnelutti definiu a lide como um fenômeno sociológico. Dizia o pensador italiano que os homens têm necessidades ilimitadas, supridas pelos diversos bens da vida, por sua vez, limitados. Como chamou de interesse[8] a posição jurídica em que há a satisfação de uma necessidade de um sujeito pela obtenção de um bem da vida, dada a não limitação das necessidades em contraposição à limitação dos bens, o conflito intersubjetivo de interesses seria característica da vida em sociedade.

Assim é. Por mais riquezas, conhecimento e realizações acumulados, há um sentimento de falta permanente no homem: o desejo.

Pois bem. Na medida em que dois sujeitos se acham com interesses conflitantes, porque há um bem apto a satisfazer apenas a um destes interesses, e externando um destes sujeitos uma pretensão, ou seja, exigindo ele que o interesse do outro se subordine ao seu próprio interesse, seguindo-se uma resistência por parte do outro su-

jeito, estaremos diante de uma lide, em sentido carneluttiano.

Lide seria então *"o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida"*, conforme elementar lição de Direito.

O Estado, quando suficientemente fortalecido, interdita de forma genérica a autotutela dos interesses, como forma de monopolizar o uso da força, garantindo a sua autoridade. Por lhe ser impossível a presença em situações de risco iminente, permite ele o uso legal da força pelo particular, em casos excepcionais. São as hipóteses de autodefesa permitida (legítima defesa, estado de necessidade etc.).

Ora, se os sujeitos não estão em uma destas situações, poderão se valer da chamada autocomposição, ou renunciando à pretensão ou à resistência esboçada respectivamente, ou ainda estabelecendo concessões recíprocas, quando terá lugar a chamada transação.

Este consenso pode somente chegar de forma parcial, para definir um terceiro e outorgar-lhe poderes para resolver a questão, com o que fica caracterizada a arbitragem, forma de heterocomposição do litígio.

Todavia, não podendo os sujeitos se valerem da autocomposição, ou porque não chegam a um consenso, ou porque os interesses em jogo são de natureza indisponível, insuscetíveis de transação ou arbitragem, terão que buscar a solução por meio da jurisdição, função monopolizada pelo Estado, único capaz de "jurisdizer", isto é, "dizer o direito" de forma vinculante. Isto significa que somente o Estado terá a capacidade de decidir imperativamente qual dos interesses em conflito é protegido pelo Direito objetivo, Direito este pelo Estado mesmo criado. Ou por outra, competirá ao Estado, e somente a ele, afirmar imperativamente qual dos interesses, porque juridicamente protegido, é o interesse subordinante a prevalecer, e qual é o interesse subordinado, a sucumbir.

Ocorre que, para se desincumbir do encargo da jurisdição, o Estado aplicará um método de trabalho, chamado processo.

Este método, como qualquer outro instituto em um Estado de Direito, será regido por normas jurídicas, princípios inclusive.

E, dentre os princípios que regulam a atividade processual, avulta o do devido processo legal.

4 — O DEVIDO PROCESSO LEGAL

O devido processo legal é um princípio antiqüíssimo. A doutrina identifica o seu surgimento no ocidente, com a idéia aproximada que temos dele hoje, em 1215, quando os barões ingleses forçaram o Rei João Sem Terra a assinar a Magna Carta.

Sabe-se que, no Direito anglo-saxônico, identifica-se com mais clareza a faceta substancial do dito princípio, que funciona como interdito ao poder estatal, protegendo a liberdade e a propriedade individuais (*substantive due process of law*).

Esta noção tem tamanha força que os Estados Unidos da América, principalmente através de sua Suprema Corte, vêm utilizando o princípio para julgar casos diversos, sem reduzi-lo ao aspecto puramente processual e, ao contrário, enfatizando a sua característica marcantemente aberta a servir de base para as mais variadas situações. Este é o motivo pelo qual se evita e se tem dificuldade em defini-lo aprioristicamente.

Alguns precedentes da Suprema Corte Americana neste sentido:

"Twining v. New Jersey – *1908: Poucas cláusulas do direito são tão evasivas de compreensão exata como essa [...]. Esta Corte se tem evasivas declinado em dar uma definição compreensiva dela e prefere que seu significado pleno seja gradualmente apurado pelo processo de inclusão e exclusão no curso de decisões dos feitos que forem surgindo ."* Olden v. Hardy – *1898: "Este tribunal jamais tentou definir com precisão as palavras* due process of law *[...] basta dizer que existem certos princípios imutáveis de justiça aos quais é inerentes a própria idéia de governo livre, o qual nenhum membro da União pode desconhecer".* Solesbee v. Balkcon – *1950: "Acha-se assentada a doutrina por essa Corte que a cláusula do* due process *enfeixa um sistema de direitos baseado em princípios morais tão profundamente enraizados nas tradições e sentimentos de nossa gente, de tal modo que ela deve ser julgada fundamental para uma sociedade civilizada tal como concebida por toda a nossa história.* Due process *é aquilo que diz respeito às mais profundas noções do que é imparcial, reto e justo"* [9].

A dificuldade na definição exata do conteúdo do princípio também é lembrada por Luís Roberto Barroso:

"Embora se traduza na idéia de justiça, de razoabilidade, ex-

pressando o sentimento comum de uma dada época, não se trata de cláusula de fácil apreensão conceptual, como bem captou o Justice Harlan, da Suprema Corte: 'Devido processo não foi ainda reduzido a nenhuma fórmula: seu conteúdo não pode ser determinado pela referência a qualquer código. O melhor que pode ser dito é que através do curso das decisões desta Corte ele representou o equilíbrio que nossa Nação, construída sobre postulados de respeito pela liberdade do indivíduo, oscilou entre esta liberdade e as demandas da sociedade organizada"[10].

No Brasil, encontramos o princípio veiculado pelo art. 5º, LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CF), identificado pela maioria dos juristas em sua faceta puramente processual, ou seja, destinado primeiramente a regular o processo e não a proteger a liberdade e a propriedade, senão de forma indireta (*procedural due process*).

Partindo-se deste ponto, verifica-se que o devido processo legal não significa simples exigência de um processo regulado por lei, a ser observado pelo Estado quando houver necessidade de invasão da esfera de liberdade e propriedade individual. Caso contrário, o Constituinte não teria aposto o qualificativo "devido". Teria exigido apenas o "processo legal".

Não só pelo método literal se chega a esta conclusão. É que, se o princípio exigisse apenas o processo formalizado em lei, bastaria ao Estado editar leis processuais que lhe validassem o arbítrio, para que restasse letra morta a garantia que o Constituinte quis efetiva.

A observação histórica, comparativa e teleológica nos leva a concluir que o termo "devido" é tão ou mais importante do que o termo "legal", ambos empregados ao processo. E o que seria o "devido processo" ?

Os teóricos identificam inicialmente o termo "devido" no sentido de "necessário". Ou seja, sem um processo legal, não pode o Estado invadir a liberdade ou a propriedade do indivíduo, daí porque o processo é necessário.

Em segundo lugar, "devido" identifica-se com "adequado". O devido processo legal seria então uma exigência de um processo regulado pela lei e apto a salvaguardar o efetivo acesso à justiça, sendo ele próprio uma garantia para o indivíduo. Um processo adequado a instrumentalizar a pacificação social com justiça substancial, a educação do jurisdicionado e o aprendizado dos juízes a respeito dos

valores consagrados pelo grupo, a atuação concreta do Direito material, a tutela das liberdades públicas, a preservação da harmonia e da autoridade do ordenamento jurídico, além de ofertar meios de participação na manifestação da instância judicial, ou seja, de influenciar na emanação do poder estatal, o que, significa inclusive democracia. Estas idéias correspondem ao que se convencionou chamar de instrumentalidade do processo[11].

Confira-se a lição de José Rogério Cruz e Tucci:

"O devido processo legal consubstancia-se, sobretudo, como igualmente visto, numa garantia conferida pela Magna Carta, objetivando a consecução dos direitos denominados fundamentais, através da efetivação do direito ao processo, materializado num procedimento regularmente desenvolvido, com imprescindível concretização de todos os seus respectivos corolários, e num prazo razoável (...) *Apresenta-se, ademais, relativamente ao processo judicial, como um conjunto de elementos indispensáveis para que este possa atingir, devidamente, sua já aventada finalidade compositiva de litígios (em âmbito extra penal) ou resolutória de conflito de interesses de alta relevância social (no campo penal)"* [12].

Sob esta noção, compreende-se que o devido processo legal é princípio do qual derivam todos os demais princípios reitores do sistema processual: isonomia processual, juiz natural, contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, lealdade, proibição de provas ilícitas, livre investigação das provas, persuasão racional, fundamentação das decisões judiciais, publicidade dos atos processuais etc..

É que, sem tais postulados, o processo não seria justo, não seria "devido", não seria adequado a propiciar o direito de cada um, segundo a ordem jurídica justa.

Leciona o festejado Humberto Theodoro Júnior:

"Faz-se moderadamente uma assimilação da idéia de devido processo legal à de processo justo*.*

Nesse âmbito o due process of law *realiza, entre outras, a função de um superprincípio, coordenando e delimitando todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento. Inspira e torna realizável a proporcionalidade e razoabilidade que deve prevalecer na vigência e harmonização de todos os princípios do direito processual de nosso tempo"* [13].

A compreensão dos princípios processuais como derivados do *due process* é também o entendimento de Nelson Nery Junior:

"Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do due process of law para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.

Assim é que a doutrina diz, por exemplo, serem manifestações do "devido processo legal" o princípio da publicidade dos atos processuais, a impossibilidade de utilizar-se em juízo prova obtida por meio ilícito, assim como o postulado do juiz natural, contraditório e do procedimento regular.

(...)

Resumindo o que foi dito sobre esse importante princípio, verifica-se que a cláusula procedural due process of law *nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de ter* his day in Court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos.*

Bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o caput *e a maioria dos incisos do art. 5º seria absolutamente despicienda. De todo modo, a explicitação das garantias fundamentais derivadas do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos do art. 5º, CF, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteando a administração pública, o legislativo e o judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações"* [14].

Com base nestas idéias, deve-se ter sempre em mente que um processo efetivo, além da obediência aos princípios tradicionalmente consagrados (contraditório, ampla defesa, juiz natural, igualdade etc.) deve observar um procedimento adequado a uma solução tão certa e rápida quanto possível, notadamente quando se trata de interesses indisponíveis[15].

5 — O DIREITO A UM PROCEDIMENTO ADEQUADO

É clássica, embora sutil, a diferença entre processo e procedimento.

Após longas discussões, a doutrina chegou ao consenso a respeito da natureza jurídica do processo. Este método de trabalho de que se vale o Estado no exercício da jurisdição constitui-se em uma relação jurídica trilateral, da qual são sujeitos principais as partes e o órgão julgador.

Logo, o processo é uma abstração.

Esta abstração se revela, todavia, através do procedimento, conceituado este como sendo o conjunto de atos processuais ordenadamente encadeados, com vistas a alcançar a finalidade do processo: a composição da lide por meio da jurisdição.

Destarte,o procedimento é o aspecto visível, concreto, exterior do processo.

O processo é continente e o procedimento, o conteúdo. Vale dizer, o processo, "visto por dentro", examinado em suas entranhas, é uma relação jurídica, enquanto se "visto por fora", apreciado no que tem de visível, é uma série de atos coordenados, o procedimento.

Extremamente didática é a lição de Arruda Alvim: *"o processo é a pessoa, enquanto a indumentária é o procedimento"* [16]. Ninguém deve ir a um piquenique em traje de gala, ou a um baile fino trajando bermuda. Não serão atitudes adequadas. Assim também ocorre com o processo, que se desenvolverá de acordo com um determinado procedimento, a depender do litígio que se pretende resolver. Por exemplo, se há um delito a ser apurado, haverá um processo penal de conhecimento, que se desenvolverá pelo rito dos crimes afetos ao tribunal do júri, se se tratar de crime doloso contra a vida, ou, ao revés, observará o procedimento sumaríssimo do juizado especial, caso se trate de delito de menor potencial ofensivo (*vide* arts.5º,XXXVIII,d,e 98, I, da CF, e art. 61 da Lei 9.099, de 26.09.1995).

Logo se nota que a adequação do procedimento aos fins específicos do processo deve ser uma preocupação do sistema, ou, como quer Dinamarco: "*a efetividade do processo é dependente, segundo os desígnios legislador, da aderência do procedimento à causa*" [17].

Destarte, conclui-se que o legislador deverá adequar os procedimentos de maneira a possibilitar a solução adequada dos conflitos submetidos à jurisdição, preservando todas aquelas finalidades do processo, enquanto instrumento estatal para a consecução de legítimos objetivos sociais, políticos e jurídicos, pretendidos pela nação

por intermédio do Constituinte. Vale dizer, deverá estabelecer o procedimento adequado, como garantia do processo justo, tanto quanto o juiz, como aplicador do procedimento, não poderá perder de vista o processo dito "de resultado", o processo justo.

6 — O PROCESSO SEM DILAÇÕES INDEVIDAS

Já vimos que o devido processo legal se desdobra em vários outros princípios constitucionais que regem o sistema processual.

Entre eles se encontra o princípio do contraditório. O enunciado deste princípio compreende a necessidade de que o processo se desenvolva por um método dialético: as partes oferecem a tese e a antítese, enquanto o Estado formula a síntese.

Por isto, há a necessidade de oitiva de ambas as partes.

Mas a finalidade do princípio não se esgota com a simples oportunidade concedida às partes de apresentar os seus respectivos argumentos. O contraditório significa possibilidade de participar ativamente do processo, de influenciar efetivamente na tomada de decisão, o que acaba por compreender o direito à prova.

Este direito significa que o litigante tem direito a apontar a prova de suas alegações e de participar de sua produção.

Por óbvio, se o destinatário principal da prova é o juiz, cabe a este definir qual a relevância desta ou daquela prova protestada, tendo o cuidado, porém, de não cercear a defesa da parte ao indeferir provas relevantes.

O processo, materializado pelo procedimento, deve então viabilizar a produção das provas necessárias à descoberta da solução justa com um mínimo de atividade processual e com um mínimo de sacrifício da esfera jurídica dos envolvidos.

É que rege o processo o princípio universal da economia: máximo de resultado com mínimo de esforço. E o desdobramento deste princípio no campo político revela a necessidade do alcance máximo de garantida social com o mínimo de sacrifício individual.

Isto implica a compreensão da economia processual não só sob o aspecto do custo financeiro e político do processo, mas principalmente sob o enfoque da celeridade processual (economia de tempo).

Em tempos de crise do Estado, há uma "contaminação" do Judiciário, Poder do Estado, revelada por uma crise do processo.

E o sintoma mais flagrante desta crise é a decantada morosidade judiciária.

Abstraindo o fato de que a crítica ao Judiciário, em todo o mundo ocidental, é alimentada por esta morosidade, apesar da falta de dados sobre esta morosidade e em que grau tem de ser ela tolerada, frise-se que o ideal de pronta definição do direito por uma espécie de jurisdição "a jato" em qualquer caso, é utopia. A exigência do devido processo legal pressupõe o desenvolvimento de atividades cercadas pelo exercício do contraditório e da ampla defesa, não se tolerando invasões à liberdade e à propriedade baseadas em versão unilateral, salvo de forma provisória e por uma necessidade de acautelamento dos interesses em jogo (tutelas de urgência). É o preço que se paga por se viver em um Estado de Direito.

Contudo, os responsáveis pelo sistema de processo, entre eles o legislador, devem manter uma postura crítica, típica da fase histórica instrumentalista que vive o Direito Processual, onde o principal enfoque se dá sobre o destinatário do sistema: o jurisdicionado.

Para este, a justiça tardia, como dizia Ruy Barbosa, em sua célebre *Oração aos Moços*, *"não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta"*.

Se não é possível definir de plano com quem está a razão, esta verdade deve ser buscada pelos meios mais rápidos e eficientes que se possa dispor.

O resultado de um processo *"não apenas deve outorgar uma satisfação jurídica às partes, como, também, para que essa resposta seja a mais plena possível, a decisão final deve ser pronunciada em um lapso de tempo compatível com a natureza do objeto litigioso, visto que - caso contrário - se tornaria utópica a tutela jurisdicional de qualquer direito. Como já se afirmou, com muita razão, para que a justiça seja injusta não faz falta que contenha equívoco, basta que não julgue quando deve julgar!"* [18].

Qualquer expediente procastinatório, qualquer formalismo inútil, qualquer invasão desnecessária na esfera jurídica de quem quer que seja, devem ser banidos do sistema, quer pelo legislador, quer pelo juiz ao conduzir o processo, quer pelas partes e seus advogados ao traçarem estratégias, quer ainda pelo Ministério Público, quando participar.

Resta claro porém que, tendo o processo moderno abandonado as velhas idéias individualistas de índole liberal, migrando para uma postura publicista, adequada à idéia contemporânea de que é instru-

mento do Estado para a consecução do bem comum, a maior responsabilidade pelo banimento das dilações indevidas recai sobre o legislador, no traçar os procedimentos, e sobre o juiz, ao presidir o processo, inclusive com o dever de verificar a constitucionalidade dos atos do legislador.

O processo sem dilações indevidas constitui-se, assim, em corolário do devido processo legal. É uma idéia implícita. Se o processo não é efetivo, ou seja, se não é adequado ao alcance de uma justa solução, e não o será se der margem às dilações indevidas, logo, não será um "devido" processo, um "adequado" processo, apesar de legal.

Como se não bastasse, o Brasil é signatário da Convenção Americana dos Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que em seu artigo art. 8º, 1, prescreve: *"Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ele formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza..."* (grifamos).

Com a publicação do Decreto 678, de 09 de novembro de 1992, o Pacto de San José foi promulgado e, finalmente, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro.

Desta forma, o direito a um julgamento em tempo razoável entra em nosso ordenamento pela porta larga do art. 5º, § 2º, da CF, embora estejamos convictos de que não basta a proclamação expressa do que era implícito para que se alcance, em todos os casos, a Justiça adequada.

7 — O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A VERDADE PROCESSUAL

Historicamente, o processo civil teve como premissa que se tratava de uma batalha entre iguais. Ao Estado seria inadequado, senão proibido, imiscuir-se em áreas reservadas apenas aos litigantes, sob pena de comprometer a imparcialidade, atributo caro à figura do juiz.

Esta concepção fortaleceu-se com o liberalismo, pois o individualismo e a doutrina do *laissez faire* refletia-se também no processo.

Estado mínimo, processo mínimo ou, por outra, juiz mínimo.

O juiz no processo civil liberal e de conotação individualista, tinha de manter a sua postura imparcial e eqüidistante das partes de tal modo que se recusava a ele a mínima participação, senão a de manter a ordem formal dos atos, assistindo impassível a luta entre as partes para ver quem apresentava não só o melhor argumento, mas sobretudo quem melhor produzia a prova em seu favor.

O juiz era o "convidado de pedra", o mero espectador da batalha processual.

A nova concepção instrumentalista oxigenou o Direito Processual. Modernamente, o processo é encarado como meio de alcance da justiça. Há um interesse público subjacente em cada processo, mesmo aquele de natureza civil, ainda que envolva interesses disponíveis. É que pelo processo atua a jurisdição, função pública. E a todos interessa, em última análise, o bom desempenho das funções públicas.

A publicização do processo trouxe a reboque a queda de um dos velhos princípios do processo liberal: o princípio dispositivo no tocante a provas.

Segundo a vetusta idéia, o juiz não teria iniciativa de prova, tendo que se contentar com a iniciativa probatória das partes. As provas seriam somente aquelas trazidas pelas partes, ainda que o juiz de *per si* enxergasse relevância nesta ou naquela prova não produzida.

E mais, pouco importava se o resultado correspondia à realidade dos fatos. Contentava-se com a chamada verdade formal, isto é, a verdade processual emergia do contexto probatório, sem qualquer esforço para conformá-la com a vida real.

É claro que a verdade processual encontra óbices na maior ou menor capacidade de prova em um processo. Mas a busca pela "verdade verdadeira", pela fiel reconstituição dos fatos, deve ser uma preocupação dos operadores do sistema.

Mesmo no processo penal, de índole marcantemente publicista, dado o interesse público manifesto na busca pela repressão ao crime, se as provas não são suficientes para a condenação, absolve-se o acusado. Vale dizer, se não é possível afirmar a culpa ou a inocência, sobrevive o estado de inocência (CF, 5º, LVII), livrando-se o réu. Noutros termos, a verdade proclamada pela sentença — verdade processual — rende-se a uma presunção, conforma-se com este limite artificial, imposto como premissa no Estado de Direito, é mera verdade formal.

No processo civil, isto se dá quando o juiz se vê perplexo ape-

sar da colheita da prova.

Deve ele valer-se de todas as provas trazidas pelas partes, não importando qual delas as tenha produzido (princípio da aquisição da prova).

Pode e deve ele também se valer de sua ampla iniciativa probatória, conferida pelos ordenamentos processuais modernos, a exemplo do art. 130 do CPC, a fim de pesquisar a verdade real.

Não tendo certeza da verdade real, e nem podendo proferir juízo de *non liquet*, dada a indeclinabilidade da jurisdição, o julgador recorre às regras de distribuição do ônus da prova (CPC, 333) para tomar a decisão. Somente assim esta verdade conformar-se-á também com limites artificiais ou legais.

Por óbvio, a disponibilidade ou indisponibilidade dos interesses em conflito na lide refletirá de certo modo no processo. Não é à toa que a revelia pode gerar a presunção de veracidade dos fatos articulados pelo autor, em se tratando de direitos disponíveis (CPC, 319 e 320).

Porém, mesmo nestas hipóteses, as regras de processo não podem servir, por si só e sem qualquer juízo, para a criação ou extinção de direitos substanciais. Somente em último caso, o sistema deve quedar-se solucionando a lide com base na verdade formal.

O que está fora de dúvida é que, em se tratando de interesses indisponíveis, agigantam-se os amplos poderes instrutórios do juiz, não sendo possível conformar-se com a pura verdade formal, senão após exaustiva pesquisa da verdade real.

A livre investigação das provas pelo julgador constitui-se, dessarte, em corolário do devido processo legal moderno.

"Assim, o juiz, no processo moderno, não pode permanecer ausente da pesquisa da verdade material. Como entende Fritz Baur, "antes fica autorizado e obrigado a apontar às partes as lacunas nas narrativas dos fatos e, em casos de necessidade, a colher de ofício as provas existentes". Essa ativização do juiz visa não apenas a proporcionar a rápida solução do litígio e o encontro da verdade real, mas também a prestar às partes uma "assistência judicial". No entender do professor "não devem reverter em prejuízo destas o desconhecimento do direito, a incorreta avaliação da situação de fato, a carência em matéria probatória; cabe ao juiz sugerir-lhes que requeiram as providências necessárias e ministrem material de fato suplementar, bem como introduzir no processo as provas que as partes desconhe-

cem ou lhes sejam inacessíveis'" [19].

8 — O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A PROIBIÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS

A livre investigação das provas pelo magistrado encontra limites na licitude destas provas.

A prova originalmente ilícita e a ilícita por derivação, isto é, a que foi obtida por meios ilícitos, são proibidas (CF, 5º, LVI).

Admite-se, quando muito, a utilização das provas ilícitas em casos difíceis (*hard cases*), quando produzidas praticamente em legítima defesa. Mas aí não serão ilícitas, justamente pelas circunstâncias em que produzidas.

Não é o nosso objetivo traçar amplo debate sobre o problema, que atormenta a comunidade jurídica de tempos em tempos.

Pretendemos demonstrar apenas que a prova deve ser a que melhor revele a verdade real, com o mínimo de invasão da esfera de direitos dos envolvidos, sob pena de adquirir contornos de ilicitude.

Note-se que os direitos e garantias fundamentais, porque geralmente consagradores de verdadeiros princípios, freqüentemente têm de ser harmonizados, relativizados uns em relação aos outros.

Às vezes, o próprio Constituinte se encarrega de fazê-lo de forma expressa. Por exemplo: todos têm direito ao resguardo de sua intimidade e de sua vida privada, donde decorre o sigilo das comunicações telefônicas (CF, 5º, XII). Mas este sigilo pode ser quebrado, desde que preenchidos certos requisitos, se necessário para coibir crimes (*idem*).

Destarte, a prova que, indevida e desnecessariamente, manifestamente reduza o âmbito de proteção de algum direito fundamental não deve ser produzida, porque ilícita.

9 — A INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA E O EXAME DE DNA

Em nosso sistema jurídico ainda é importante o conhecimento da ascendência biológica para a definição do estado de filiação.

Paternidade é algo maior do que simples doação de gametas.

No fundo, é conceito que não cabe nos estreitos limites da biologização do assunto.

Contudo, esta busca é chancelada pelo Direito, dado que o conhecimento da origem biológica acarretará profundos desdobramentos na esfera de direitos da pessoa, tais como reflexos no nome e no direito sucessório.

O direito ao reconhecimento do estado de filiação é personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido sem qualquer restrição, nos termos do art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei nº 8.069, de 13.7.1990).

Tal dispositivo deita raízes no art. 227 da CF, que se refere à absoluta prioridade da família, do Estado e da sociedade o asseguramento da preservação da dignidade e da igualdade da criança e do adolescente, o que é sobremaneira reforçado no § 6º.

É evidente que as normas veiculadas pelos mencionados textos constitucionais orientam-se pelos princípios fundamentais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Isto demonstra que as mesmas idéias válidas para os menores o são também para os maiores de idade, que ainda buscam o reconhecimento de sua paternidade biológica.

Com efeito, a dignidade da pessoa humana (CF, 1º, III), princípio fundamental da República, acoplada à igualdade dos indivíduos, outro princípio espalhado na Carta a partir do preâmbulo, passando pelos arts. 3º, IV, e 5º, *caput* e I, entre outros, levam à conclusão de que mesmo o maior tem o direito de conhecer sua ascendência biológica, sob pena de frustrarem-se legítimas expectativas de direitos outorgados a outros filhos e não ao não-reconhecido, o que o tornaria um "filho de segunda categoria", um desigual.

O hoje moribundo Código Civil de 1916 (CC), o Código Beviláqua, elenca em seu art. 363 as hipóteses em que se verifica a presunção da paternidade.

Ora, considerando o incremento das modernas técnicas de pesquisa da paternidade com base em moléculas de ácido desoxirribonucléico (DNA — *desoxirribonucleic acid*), hoje é possível afirmar ou excluir a paternidade atribuída a alguém com altíssima probabilidade, equivalente praticamente à certeza.

"Por um lado, o avanço foi científico, iniciado com as pesquisas do inglês ALEC JEFFREYS que, em 1985, descobre as impressões digitais do DNA ao notar que certos trechos de sua configuração

exibiam polimorfismo, ou seja, ocorriam no genoma em mais de uma forma. Quando vários indivíduos sem parentesco tiveram suas seqüências repetitivas analisadas JEFFREYS observou que não ocorria uma repetição no padrão de DNA de cada um. A variação observada foi de tal ordem que JEFFREYS chegou à conclusão de que cada indivíduo na população exibia um padrão único. Por isso ele chamou este padrão de DNA Fingerprinting", ou, impressões digitais do DNA, em analogia com as digitais já conhecidas (...) Transportando tal constatação científica para a questão da paternidade em casos de identidade incerta de um suposto pai, as evidências conferidas pelo teste de DNA podem servir para excluir (100%) um homem de ser pai biológico de determinado indivíduo ou, se este homem for excluído, servir como base para calcular a probabilidade (99,9999% de que ele realmente seja o pai biológico"[20].

Cumpre ao Direito não ser ciência isolada, antes reclamando interação com outros ramos do saber, valendo-se das conquistas tecnológicas em busca da regulação benéfica de uma sociedade em constante e veloz mutação.

O temor de uns em relação à "sacralização do DNA" não pode ser argumento viável ao abandono ou à subestimação de tão importante meio de prova.

Bem adverte Dinamarco:

"A tradicional exacerbação do ônus da prova constitui postura insensível à moderna visão teleológica e instrumentalista do sistema processual. No fundo, ela é uma linha burocrática e, como burocrática que é, revela intolerável dose de comodismo: a burocracia é fruto do medo, da pobreza intelectual e do comodismo e, como já foi dito e destacado, a busca incessante da verdade não é de hoje que serve de pretexto para as práticas burocráticas. É preciso ousar. É indispensável ao juiz moderno romper com isso e vencer certos imobilismos. Onde o seu espírito se considerar suficientemente capaz de afastar os 'motivos divergentes' e, como faria o homem médio da sociedade, tomar uma decisão conforme um grau satisfatório de probalidade de acertar, que corra o risco.

Ele sabe, p. ex., que o exame biológico da paternidade pelo método HLA oferece, quando chega a resultado positivo, um grau de probabilidade superior a 98% de que o réu seja pai do autor. Havendo algum adminículo probatório por outro meio, por débil que seja, e não

estando excluída por modo algum a possibilidade de ser pai, a preconizada visão instrumentalista há de levar o juiz a afirmar isso em sentença. Ele estará, em nome de um legalismo irracional e injusto, prestando culto ao ideal inatingível da verdade e à quimera da certeza absoluta, sempre que, interpretando de modo radical o onus probandi *atribuído ao autor, apoiar-se na dúvida deixada pela falta de mais comprovação e, apesar da resposta positiva ao teste HLA, rejeita a demanda. Em última análise, estará desprezando os 98% de probalidade, em nome dos remanescentes 2% de mera possibilidade em sentido contrário; para não errar em dois casos, prefere errar em 98. Em matéria penal, como já se disse, e pelo menos quando se trata de impor a pena de morte, o horror pelo erro judiciário contra o demando justificaria esse radicalismo. Aqui, todavia, o ônus da prova é menos pensado, justamente porque inexiste diferença axiológica sensível entre a pretensão do autor e a do réu. Além disso, dado importante na fixação de idéias a esse propósito é a reversibilidade da situação, deixada pela oferta da via rescisória das sentenças"* [21].

O velho Carlos Maximiliano já proclamava *que "não é por meio do abuso que se vai coibir o uso"*.

Vejamos, então, quais os reflexos de tão importante conquista da medicina na área do direito processual, especificamente nas ações de investigação de paternidade.

10 — A INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA NA ERA PRÉ-DNA

Antes do advento do moderno exame de sondagem do DNA, a prova nas ações de investigação de paternidade se resumia à prova oral ou a exames não conclusivos.

Com a evolução, passaram a existir alguns exames conclusivos no sentido da exclusão de uma suposta paternidade, mas sem idêntico poder no sentido de inclusão.

Uma vez que estes exames, se negativos, não permitiam a certeza suficiente de que o réu era de fato o pai biológico do autor, nestes casos a instrução voltava à coleta da prova oral.

Isto conduzia a uma verdadeira devassa na vida da genitora do investigante. É que, não raro, o indicado pai lançava mão da conhecida *exceptio plurium concubentium*, ou exceção de concubinato plúrimo.

Como sabemos, esta era uma defesa indireta de mérito, segundo a qual admitiam-se os fatos constitutivos do direito do autor, arrolados no citado art. 363 do CC, opondo-se-lhes um fato impeditivo do reconhecimento deste direito, qual seja, o de que, à época da concepção do autor, a sua mãe havia mantido relações com outros homens, além do apontado pai.

Ora, se tal fato impeditivo restasse provado, o autor se via frustrado em sua tentativa de obter o reconhecimento de seu estado de filiação, por causa de conduta de sua genitora.

E mais. Dentro dos casos elencados pelo art. 363, há a simples relação sexual à época da concepção. Diga-se de passagem que os demais fatos ali descritos contém uma maior carga de presunção indireta da paternidade.

Pois bem. A mulher que se relacionava com um homem não poderia então se relacionar com qualquer outro, dado que se assim o fizesse estaria pondo em risco o direito do nascituro de futuramente pleitear o reconhecimento da filiação. Noutros termos, a mulher veria cerceada a sua liberdade sexual, componente do direito à intimidade (CF, 5º, X).

Logo, a intimidade sexual da mulher era amplamente devassada no processo em que se alegava a *exceptio*, ou mesmo naquele em que simplesmente se negavam os fatos constitutivos do direito ao reconhecimento da paternidade atribuída.

"*Os processos judiciais de investigação de paternidade acabavam sempre numa investigação moral sobre a vida sexual da mãe. Se se demonstrasse que a genitora era uma mulher de muitos homens, ou seja, se se alegasse* a *exceptium plurium cocubentium, o juiz daria a sentença no princípio do in dubio pro reo, isto é , não se declararia a paternidade daquele filho se se demonstrasse que sua mãe andou com mais de um homem no período próximo à concepção*" [22].

É verdade que ditos processos se desenvolviam sob a publicidade restrita (CF, 5º, LX, e 93, IX, em combinação com CPC, 155). Contudo, ainda assim havia o constrangimento feminino.

Usamos os verbos no passado com o intuito de reforçarmos os argumentos. É que tudo isto continua a ocorrer dentro do sistema processual dito moderno.

"Com o advento dos exames de DNA na década de 80, os julga-

mentos de investigação de paternidade passaram a contar com uma prova científica, que tem o grande mérito de, principalmente, retirar dessas questões, em grande parte, o valor moral e a devassa na vida sexual da mãe do investigado.

Mesmo com a possibilidade de identificação do pai biológico por meio de prova científica, as investigações de paternidade continuam com o eixo no aspecto moral. É que a prova pericial é apenas umas das provas admissíveis no processo. E nesses processos de investigação, talvez mais que em todas as outras demandas em Direito de Família, a conduta sexual da mãe sempre foi o elemento determinante para se ganhar ou perder. Portanto, o cerne da discussão sempre foi, e ainda é, se a mãe do investigante é mulher de um homem só ou não" [23].

Não é razoável supor que, dispondo cientificamente do DNA, o Estado-juiz não o utilize para solução das lides cujo objeto é o reconhecimento de paternidade, preferindo a certeza relativa, enfraquecida, do reconhecimento derivado de provas indiretas, testemunhais, produzidas com violação desnecessária, e por isso mesmo abusiva, da intimidade de envolvidos no caso.

Realmente, como reconhece Maria Christina Almeida:

"O domínio da prova continua sendo, portanto, o ponto mais delicado das investigatórias de paternidade. A procedência ou improcedência do pedido sempre fora calcada em presunções ou indícios, condutores da verdade processual. Nunca, antes do exame pericial do DNA, falou-se em verdade real da filiação. As provas documentais, testemunhais e orais não conduzem, e jamais conduzirão, à revelação da verdade objetiva. Permanecendo tais provas no limbo da revelação indiciária e presumida do vínculo genético.

Faz-se mister abrir espaço para a relevância ímpar do valor probatório do exame pericial do DNA, o que, todavia, não exclui o dever de cautela do juiz na apreciação de questão tão delicada e importante como o vínculo de filiação: um dever judicial exercido mediante a análise minuciosa de todas as provas existentes e capazes de conduzir à verdade acerca da paternidade investigada" [24].

11 — O CUSTO DO EXAME DE DNA COMO ÓBICE À SUA LARGA UTILIZAÇÃO

O exame de DNA ainda é muito caro, inacessível para a maioria da população. Em Sergipe, há laboratórios praticando o preço de R$ 400,00 (quatrocentos reais), ou 2 salários mínimos vigentes, quantia hoje supostamente suficiente para manter duas pessoas durante um mês(art.7º,IV, da CF).

Contudo, há que se ressaltar que o custo do exame se dilui com uma maior demanda e com a própria evolução dos métodos e barateamento dos materiais utilizados.

De mais a mais, a relação custo-benefício em termos jurídico-econômicos é muito melhor se utilizado o exame DNA. A afirmativa tem por base a verificação de que muitas vezes a instrução processual tradicional, além de desnecessariamente violar a intimidade, apenas conduz a uma certeza relativa, e pobre sobre a paternidade.

Por outro canto, não se pode deslembrar o custo para o Estado de horas e horas de trabalho de juízes, auxiliares, promotores de justiça e até mesmo defensores públicos ou dativos, na busca de uma definição de paternidade através de instrução tradicional, solução que seria facilmente alcançada a partir de amostras sangüíneas, sem o pernicioso efeito colateral de violar a intimidade.

E convém frisar a garantia da assistência jurídica integral e gratuita aos reconhecidamente hipossuficientes, assegurada no art. 5º, LXXIV, da CF. Este artigo compreende a assistência judiciária integral, espécie do gênero assistência jurídica integral. Vale dizer, o Estado está obrigado a arcar com os custos da prova necessária para o carente defender em juízo os seus interesses, incluindo os honorários de qualquer perícia, como regulamentado no art. 3º, V, da vetusta Lei nº 1.060/50.

Vários acórdãos do Superior Tribunal de Justiça - STJ afirmavam ser impossível atribuir ao Estado o ônus de adiantamento das despesas com o exame. Entretanto, sempre foi clara a obrigação estatal de pagar as ditas despesas ao final do processo, se o beneficiário da gratuidade judiciária restasse vencido.

A questão pertinente à obrigação estatal pelo exame restou superada com o advento da Lei 10.317, de 6 de dezembro de 2001, que explicitou (desnecessariamente) o entendimento jurisprudencial.

Afirma-se que o exame de DNA não é a única prova e que o sistema jurídico atual repele o sistema da prova legal ou tarifada, não havendo hierarquia de provas, competindo ao juiz da causa valorar as provas produzidas utilizando-se de critérios lógicos, racionais, a fim

de se persuadir, ou seja, vale o sistema de persuasão racional do julgador.

Ocorre que a hipótese do presente trabalho não significa dar valor absoluto ao exame de DNA, retirando o poder de livre convencimento do juiz. O que se pretende demonstrar é que se dito exame realmente não é a única prova, deve ele preceder às demais, que somente serão produzidas se pairar dúvida razoável sobre a conclusão do perito, sob pena de violação indevida da intimidade, de indevida demora processual e de condução a uma solução sem suficiente grau de certeza.

Ainda sobre o custo do exame, vê-se que em muitos casos o autor da ação investigatória é hipossuficiente econômico, fazendo jus à gratuidade judiciária, mas o réu não o é. Entretanto, ainda que ambos requeiram o exame genético, a regra do art. 33 do CPC impõe o adiantamento das despesas pelo autor. Como pode não haver interesse do réu em fazer tal adiantamento, porque talvez lhe seja conveniente (embora antiético) procastinar o andamento do processo, resta ao juiz diligenciar para que o Estado custeie o exame, embora possa ser ressarcido após, caso haja procedência do pedido e, consequentemente, sucumbência do investigado, inclusive no que diz com as despesas periciais.

Contudo, fácil é antever as dificuldades burocráticas para tanto. Basta que o Estado-administração alegue falta de previsão orçamentária, para tudo se complicar. Creio, destarte, que é preciso repensar o mencionado art. 33.

Dita regra pressupõe igualdade plena ou ao menos aproximada entre os litigantes. É resquício de um processo individualista, de índole liberal.

Se os litigantes são iguais do ponto de vista econômico, podemos entrever o acerto da regra em seu sentido literal: é que o réu precisa ser compensado já que se encontra em uma posição de surpresa em relação ao autor, que dispõe de todo o lapso prescricional para ajuizar a demanda. Vale o mesmo raciocínio utilizado para fixar como regra geral a competência do foro do domicílio do requerido. De mais a mais, o réu pode ter interesse em procastinar o feito o que induz que a obrigação de adiantamento dos honorários periciais recaia sobre o autor, ainda que a perícia tenha sido requerida por ambas as partes.

Porém, se, ao contrário, as partes não estão em pé de igualdade econômica, isto deve ser sopesado quando da interpretação da

regra. Não basta assegurar a assistência judiciária gratuita, pois os entraves burocráticos podem findar por reduzir a proteção que se quer consagrar, frustrando a vontade constituinte. O Direito — e o Direito Processual não pode ser diferente — não se reduz a meros esquemas formais, vazios de conteúdo. É preciso efetividade.

Assim, se o autor é beneficiário da assistência judiciária e o réu não o é, ao pedirem ambos a produção de um exame pericial, deve o réu arcar com o custo do adiantamento, por interpretação orientada pelos métodos lógico, sistemático e teleológico, já que toda regra jurídica precisa ser interpretada à luz dos princípios constitucionais, entre eles, o da igualdade.

Caso reste vencedor na ação, o réu terá direito ao ressarcimento por parte do Estado das despesas que efetuou, sendo esta solução menos perniciosa do que o sacrifício endoprocessual do carente. De fato, se por um lado o réu não beneficiário da gratuidade, uma vez vencedor na ação, terá de enfrentar a *via crucis* do precatório, para reaver as despesas nas quais o autor beneficiário sucumbiu, será muito mais penoso a este enfrentar *via crucis* idêntica ou pior para aguardar a produção da prova, da qual depende o reconhecimento de seu direito. E, em caso de investigação de paternidade, há uma agravante: o reconhecimento leva à fixação de alimentos, ou seja, enquanto não houver prova ou indícios suficientes, fica o autor carente sem direito a alimentos, porque não provada a relação de filiação, base jurídica da obrigação alimentar.

Todavia, há controvérsias, como se extrai do texto de Araken de Assis:

"Tocando ao beneficiário antecipar os honorários do perito, consoante a regra especial do art. 33 do CPC, ele se encontra isento do desembolso, a teor do art. 3.º, V, in fine.

Inviável se mostrará inverter o ônus do adiantamento e atribuí-lo a quem não goza do benefício. Nesta contingência, a realização da prova amiúde se complica, pois o perito, particular colaborando com o Poder Público, apesar de auxiliar no juízo (art. 139), não é obrigado a trabalhar de graça, nem a suportar as despesas inerentes à prova (v.g., cópias e transporte). Neste sentido, se pronunciou a 4ª Turma do STJ. É verdade que o contrário decorre do art. 14, caput*, da Lei 1.060/50, segundo o qual o perito não pode recusar o encargo, salvo justo motivo (art. 15), a critério da autoridade judiciária competente. As sanções à recusa desmotivada consistem em multa, que reverterá*

ao perito que aceitar o encargo (art. 14, parágrafo 2.º), e na pena disciplinar (art. 14, caput, parte final: ... sem prejuízo da sanção disciplinar cabível). Tais punições não resolvem, diretamente, o impasse criado pela resistência do perito.

Como igualmente certa é a isenção do beneficiário, responderão pelos honorários do perito o não-beneficiário, se vencido, ou o Estado, ao qual incumbe a prestação da assistência. Ocorre que a exigibilidade desta obrigação pecuniária do Estado se atrela a precatório (art. 100 da CF/88).

Em alguns Estados, o Judiciário dispõe de verba orçamentária especificada e o juiz da causa requisitará o pagamento, na maneira estipulada pelos regulamentos locais. Fora dessa hipótese, não se dispondo a parte desobrigada a adiantar os honorários, voluntariamente, resta aguardar o oportuno pagamento do precatório ou altruística colaboração do perito" [25].

Evidentemente, discordamos. Compreendemos apenas ser salutar a existência de verba judiciária a viabilizar a desburocratização da perícia.

12 — O EXAME DE DNA E A COISA JULGADA

A ciência do Direito Processual vem conceituando a coisa julgada através de dois enfoques diferentes: o da coisa julgada formal e o da coisa julgada material.

A primeira resultaria do simples esgotamento das vias impugnativas recursais contra a sentença, sendo, portanto, qualidade da própria sentença que não comporte mais recurso. Sua natureza não difere muito do instituto da preclusão, recorrendo a Doutrina à expressão "preclusão máxima" para designá-la.

A segunda não seria uma qualidade do ato processual sentença, mas antes uma qualidade dos efeitos substanciais programados neste ato processual, qualidade que significa a imunização destes efeitos frente ao próprio Estado e às partes.

Esta última, a coisa julgada material ou substancial, é a verdadeira garantia inscrita no art. 5º, XXXVI, da CF.

Indiscutivelmente, tem por fim assegurar estabilidade às relações jurídicas, servindo assim ao princípio da segurança jurídica.

Por muito tempo a *res iudicata* permaneceu incólume, revestin-

do-se de força absoluta. A dizer, como os romanos, a coisa julgada faz do branco o que é preto (*album nigrum*) e de quadrado o que é redondo (*quadrato retundum*).

Entretanto, detecta-se um movimento doutrinário e jurisprudencial, em nível internacional e local, no sentido de impropriamente "relativizar" a coisa julgada material[26]. Este movimento não pretende negar o extremo benefício do instituto para a segurança das relações sociais, nem nega a dignidade da garantia constitucional fundamental. Apenas pretende lançar luzes sobre o assunto, a demonstrar que *"não se pode eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização das incertezas"*, na feliz expressão de Cândido Rangel Dinamarco[27].

Este mesmo emérito Professor da Universidade de São Paulo, em artigo de fôlego e com a precisão que lhe é peculiar[28], examina o problema partindo de duas premissas: 1) a garantia da coisa julgada *"não pode ir além dos efeitos a serem imunizados"*; 2) *"ela deve ser posta em equilíbrio com as demais garantias constitucionais e com os institutos jurídicos conducentes à produção de resultados justos mediante as atividades inerentes ao processo civil"*.

O eminente professor parte de uma análise de casos buscando uma sistematização do problema, concluindo que a coisa julgada que ofendesse flagrantemente outros princípios e garantias constitucionais, seria incapaz de produzir os efeitos próprios desta garantia, isto é, seria incapaz, por impossibilidade jurídica, de blindar os efeitos da sentença, justamente porque a sentença contém alguma monstruosidade inconstitucional.

O artigo traz exemplos interessantes para ilustrar a idéia, como a sentença, passada em julgado, que decretasse a exclusão de algum Estado-membro da Federação Brasileira. Como o *decisum* é violentamente colidente com o princípio fundamental do federalismo, representado pela união indissolúvel dos entes federados (CF, 1º), a sentença não tem condições de produzir os efeitos substanciais nela programados. Vale dizer, ainda que não mais comporte recurso, o julgado não teria o condão de simplesmente derrogar um dos fundamentos da Constituição que organiza o próprio poder que editou a sentença. Os efeitos substanciais programados são impossíveis.

Ora, se a dimensão da coisa julgada material é a dimensão dos efeitos programados pela sentença, e se estes efeitos são impossíveis, não se opera a coisa julgada e, portanto, pode o caso ser revisto.

O artigo conclui chamando a atenção para o *"cuidado para situ-*

ações extraordinárias e raras, a serem tratadas mediante critérios extraordinários" e prossegue afirmando que *"cabe aos juízes de todos os graus jurisdicionais a tarefa de descoberta das extraordinariedades que devam conduzir a flexibilizar a garantia da coisa julgada, recusando-se sempre a flexibilizá-la sempre que o caso não seja portador de absurdos , injustiças graves, transgressões constitucionais etc."*.

Prossegue o notável processualista dizendo que *"o jurista jamais conseguiria convencer o homem da rua, por exemplo, de que o não-pai deva figurar como pai no registro civil, só porque ao tempo da ação de investigação de paternidade que lhe foi movida, inexistiam os testes imunológicos de hoje e o juiz decidiu com base na prova testemunhal. Nem o contrário: não convenceríamos o homem da rua de que o filho deva ficar privado de ter um pai, porque ao tempo da ação movida inexistiam aquelas provas e a demanda foi julgada improcedente, passando inexoravelmente em julgado"*.

Meditando sobre o tema, verificamos que um caso de impossibilidade de permanência dos efeitos programados na sentença existe em nosso sistema jurídico de há muito, sem maiores controvérsias, residindo a sua justificativa nas idéias do citado professor. Trata-se da revisão criminal (art. 621 do Código de Processo Penal – CPP). A sentença penal condenatória pretende gerar efeitos substanciais, inclusive a repressão por privação da liberdade, ainda que restrita em muitos casos (penas alternativas). Contudo, se demonstrado ficar o erro judiciário, se o réu era realmente inocente, proclamar que teria de cumprir a pena, somente devido ao trânsito em julgado da sentença, seria a mais inominável das crueldades.

A sentença aí, como no exemplo referido acima, não teria como produzir os seus regulares efeitos substanciais, vez que estes seriam impossíveis diante da comprovação de inocência do condenado. E, não produzindo efeitos substanciais, a sentença não poderia gozar da imunização destes efeitos, porque estes seriam inexistentes. Ou seja, a sentença não ficaria blindada, cabendo o remédio expressamente previsto da revisão.

No fundo, trata-se de solucionar o conflito entre os princípios da segurança e da justiça, favorecendo-se o último em prol da liberdade.

Nem se diga que isto acontece porque a lei prevê o remédio da revisão. A falta de previsão expressa de remédios processuais específicos para verificar a impossibilidade de geração da coisa julgada, quando necessário, não pode significar óbice a esta revisão, sob pena de mais uma vez, se privilegiar a forma em detrimento do conteúdo.

Pode-se ainda ferir o tema partindo da velha questão a respeito da criação ou não do Direito pelo juiz.

Se é adotada a corrente pela qual o julgador apenas revela na sentença a norma concreta individual aplicável ao caso, garimpada por ele no veio do Direito Objetivo, não se pode negar que esta norma concreta precisa ser compatível com as normas superiores do sistema, notadamente os princípios constitucionais, sob pena de não possuir validade.

Por outro canto, se concordarmos com a criação da norma concreta individual pelo juiz ao julgar o caso, também haveremos de entender que esta norma deve possuir fundamento de validade, ou seja, deve guardar compatibilidade com as normas superiores, especialmente os princípios constitucionais.

Se, ao revés, a sentença veicula norma concreta individual manifestamente incompatível com o sistema constitucional, os efeitos substanciais por ela programados são impossíveis, dada a invalidade de seu conteúdo e, por isto, não poderá ela revestir-se de autoridade de coisa julgada. É que, neste particular, haveria *"coisa julgada inconstitucional"* [29].

Ora, como indagado pelo Prof. Dr. Ivo Dantas, da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, em recente curso ministrado pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Sergipe – ESMESE aos juízes deste Estado, *"se o inconstitucional inexiste, como pode existir a coisa julgada inconstitucional ?"*.

Esta é a razão da possibilidade de revisão, a qualquer tempo, da sentença que reconheça ou que negue a paternidade biológica, desde que hajam novas e robustas provas a respeito do erro judiciário no processo anterior, o que se dará, normalmente, quando naqueles autos não foi produzido o exame de DNA, julgando-se com base em regras de distribuição do ônus da prova e, agora, feito o exame, comprova-se que a sentença programava efeitos substanciais impossíveis, haja vista que reconhecia um estado de filiação inexistente ou reconhecia a inexistência de uma filiação real.

Forçoso é reconhecer, entretanto, que há muita vacilação na doutrina e na jurisprudência, estando o assunto em pleno processo de maturação científica, como se extrai das ementas a seguir parcialmente transcritas, ambas oriundas de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça:

"Assim, a existência de um exame pelo DNA posterior ao feito

já julgado, com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado está coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada" [30].

"Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caraterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido" [31].

13 — A RECUSA À SUBMISSÃO AO EXAME DE DNA

Outro problema que se apresenta derivado dos temas já explanados é o que trata da possibilidade ou não de recusa do investigado em se submeter ao exame de DNA e, em caso de admitir-se a recusa, quais os efeitos que este fato terá no processo.

Como visto, a dita perícia se desenvolve normalmente a partir de pequenas amostras sanguíneas, geralmente extraídas do trio envolvido — mãe, filho e suposto pai — mas pode ser elaborada também a partir da coleta de outros materiais, a exemplo de saliva, raiz dos cabelos etc.

Assim, não há razão moral que justifique a recusa ao exame. Os métodos para a coleta do material necessário são minimamente invasivos.

Entretanto, há a questão da intangibilidade do corpo e o problema foi objeto de um *leading case* no Supremo Tribunal Federal – STF, ao julgar por maioria de votos um *Habeas Corpus*, impetrado por um réu, acusado de ser o pai do autor de uma ação de investigação de paternidade. Eis a ementa:

"Investigação de paternidade - Exame DNA - Condução do réu "debaixo de vara". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento

judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos" [32].

Realmente é difícil rebater os argumentos fulcrados na incolumidade física e na impossibilidade de obrigar-se a produzir prova contra si mesmo. Assim, cumpre saber que efeitos podem ser extraídos da negativa em se submeter ao exame.

Há um projeto de lei tramitando no Congresso Nacional, de autoria da Deputada Iara Bernardi (Projeto de Lei nº 64, de 1999), que pretende incluir parágrafo único ao art. 27 do ECA, afirmando a presunção legal de que a recusa acarreta o reconhecimento tácito da paternidade atribuída[33].

Ocorre que o STJ, que vinha admitindo apenas a valoração da recusa em desfavor do suposto pai, à luz das demais provas coletadas, recentemente (18 de fevereiro do corrente ano), afirmou categoricamente, embora também por maioria de votos, que *"ante o princípio da garantia da paternidade responsável, revela-se imprescindível, no caso, a realização do exame de DNA, sendo que a recusa do réu de submeter-se a tal exame gera a presunção da paternidade"* [34]. O voto vencedor ressalva que o réu deve ser advertido de que sua recusa ensejará presunção de paternidade.

Apesar de representar a permanência de velhos esquemas de verdade formal, e de ser possível a argumentação a respeito do direito constitucional em não se submeter, a jurisprudência agora se volta para a resolução do problema de forma pragmática. Aplica-se o velho ditado popular: "quem não deve, não teme".

Isto nos leva a concluir pela necessidade de o juiz tentar exaustivamente conscientizar o suposto pai a realizar o exame, advertindo-o claramente de que, embora possa recusar-se, a sua recusa poderá ser valorada em seu desfavor.

Ainda que se exija a instrução com coleta de prova oral quando há recusa, o que acontece se a instrução finda e não há qualquer outra prova suficiente para a paternidade alegada, restando somente o exame de DNA, recusado pelo réu? Em casos que tais, entendemos que, diante da perplexidade do juiz, deve ele se valer das regras de distribuição do ônus da prova, interpretando-as de acordo a viabilizar

justiça. Vale dizer, se a única prova apta a convencer o julgador das alegações do autor restaria sendo a perícia, e se esta não se realiza por mero capricho do réu, deve este arcar com o ônus de sua recusa.

Noutros termos, quiçá mais claros: o ônus de provar a filiação recai sobre o autor, mas este somente tem uma maneira de se desincumbir deste ônus, qual seja, realizando a perícia. Ora, se esta não se realiza por recusa do réu, não se pode exigir que persista o ônus sobre o autor, já que ônus da prova pressupõe possibilidade de provar por sucesso da atividade da parte. Se o réu opõe obstáculo instransponível por mera recusa, deve arcar com as conseqüências de seu ato, até porque há um interesse público envolvido na definição do estado de filiação.

De qualquer sorte, não havendo justificativa plausível para a recusa, há a caracterização de manifesto abuso do direito de defesa, dando ensanchas ao autor em requerer a antecipação parcial dos efeitos da tutela investigatória no que concerne a alimentos (art. 7º da Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992). Isto é, em caso de recusa, pode o juiz, a requerimento do autor, arbitrar alimentos provisórios, com base no art. 273, II, do CPC.

Certamente, diante destas possibilidades, claramente postas ao conhecimento das partes, o número dos que se recusam ao exame cairá.

14 — O PROCEDIMENTO ADEQUADO À INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Já vimos que o procedimento adequado, que permita um julgamento seguro, justo e rápido, sem dilações indevidas no processo, integra a noção de devido processo legal.

A ação de investigação de paternidade hoje obedece ao rito ordinário do processo civil.

Entendemos que pode haver uma melhoria no procedimento destas ações, com o fito de torná-lo mais adequado ao tipo de lide que se busca solucionar.

A citada Lei 8.560/92 estabeleceu um procedimento administrativo prévio, pré ou extra-processual, a fim de permitir a redução das ações de investigação.

Quer tenha dito procedimento sido observado, quer não, se não houve o reconhecimento voluntário da paternidade atribuída, cabe o

manejo da ação, pelo próprio autor, representado pela genitora ou quem de direito, ou pelo Ministério Público, na qualidade de substituto processual, em conformidade com a mencionada lei, em combinação com o art. 6º do CPC.

Ajuizada a ação e citado o réu, por mandado, já que se trata de causa de estado (CPC, 222, *a*), abre-se o prazo de resposta.

Havendo ou não resposta, cumpridas as providências preliminares, inclusive com oitiva do *Parquet* e resolução de questões processuais, deve o juiz designar a audiência de conciliação prevista no art. 331 do CPC.

É que o litígio, embora tenha por objeto principal o indisponível interesse do autor a respeito de sua paternidade, envolve também a definição de um *quantum* referente à pensão alimentícia a ser fixada, em caso de procedência do pedido de reconhecimento.

A prática recomenda que esta audiência serve de espaço, principalmente para a referida conscientização dos envolvidos a respeito do exame e, não raro, há o reconhecimento voluntário da paternidade neste momento, pondo fim ao litígio.

O ato também é útil para se definir como ficará o nome do autor, sua pensão e o regime de visitas em caso de vitória.

Se não houver o reconhecimento, independentemente da iniciativa das partes, deve o juiz determinar a realização de perícia. A depender da situação de seu local de trabalho, por viabilidade econômica, pode optar em determinar primeiro um dos seguros e antigos métodos conclusivos de exclusão da paternidade, deixando já determinada a perícia de DNA na hipótese do primeiro exame não concluir pela exclusão.

Nesta oportunidade, poderá o magistrado também definir problemas relativos ao adiantamento das despesas com o exame, facilitando até mesmo o rateio acordado, se possível.

Ainda poderá requisitar de plano informações ao empregador do autor, se houver, no sentido de obter os ganhos do mesmo, para futuro balizamento da pensão, se procedente o pedido. Isto servirá também para munir rapidamente o juiz se houver necessidade de fixação de alimentos provisórios, em caso de manifesto abuso do direito de defesa, decorrente da recusa em se submeter ao exame.

Note-se que os provisórios também poderão ser fixados após a juntada do laudo de perícia sobre DNA que concluiu pela inclusão da alegada paternidade, o que torna verossímil a alegação, embora dita prova neste momento ainda careça de manifestação final sobre ela,

pendendo, portanto, de manifestação das partes por força do contraditório.

Observe-se que tais expedientes são perfeitamente cabíveis dentro do procedimento ordinário disciplinado pelo CPC, o que não impede que o Estado utilize a sua competência legislativa para procedimentos em matéria processual (CF, 24, XI), e discipline esta audiência prévia, que servirá não só para fins de conciliação, resolução de questões processuais pendentes e fixação dos pontos controvertidos, como quer o CPC, mas também para a disciplina da perícia, conforme acima explanado.

15 — CONCLUSÕES

Os princípios jurídicos são supernormas, vinculantes, cogentes, encontráveis no topo da hierarquia normativa do Direito positivo, ou seja, na Constituição.

Dadas as suas características, os princípios cumprem a função de orientar a criação, interpretação e aplicação das normas inferiores.

A lide é fenômeno sociológico, antes de ser processual, podendo ser resolvida através de outras formas de composição que não a jurisdição.

Sendo necessária a composição da lide através da jurisdição, o Estado cumpre o seu papel por intermédio do processo.

Ao desenvolver o processo como método para o exercício da jurisdição, o Estado Social deve almejar certos escopos, além de fazer cumprir o Direito Material, e aí reside a noção ampla de instrumentalidade do processo.

Dentre estes escopos, destaca-se a busca por uma pacificação social com justiça.

O processo deve ser não só regulado por lei, como adequado a servir de garantia de acesso à justiça material, residindo aí a noção de devido processo legal.

O direito a um procedimento adequado a legitimar a decisão é corolário do devido processo legal.

O direito a um julgamento justo e em tempo razoável, através de um processo desenvolvido sem dilações indevidas, integra a noção de devido processo legal.

O processo moderno deve buscar a conformidade entre a verda-

de processual e a verdade real, lançando mão de limites artificiais de verdade apenas quando houver perplexidade judicial diante da valoração das provas, quando então serão aplicáveis as regras de distribuição do ônus da prova. Daí a necessidade em se atribuir poderes instrutórios ao juiz, que deverá usá-los de maneira a buscar a verdade real, a despeito das deficiências de iniciativa probatória das partes, sem abdicar de seu dever de imparcialidade.

O princípio da livre investigação das provas encontra limites nas provas ilícitas.

Se a prova viola direitos fundamentais desnecessariamente, pode ser considerada ilícita.

Embora paternidade seja conceito mais amplo do que a simples ascendência genética, o reconhecimento desta é direito absoluto da pessoa, especialmente da pessoa em desenvolvimento, cabendo ao Estado priorizar e assegurar o seu exercício, haja vista que gera amplos reflexos na esfera jurídica do indivíduo e que é desdobramento da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Antes do advento do exame de DNA, as ações de investigação de paternidade podiam ser instruídas apenas com prova oral ou perícias não conclusivas, gerando freqüentemente constrangimento e indevida invasão da intimidade da mulher, além de não alcançar o grau de certeza desejável.

O exame de DNA constitui prova de excelente segurança, apesar dos cuidados em não “sacralizá-lo”, sobretudo a necessidade de maior fiscalização do funcionamento dos laboratórios.

Os custos da perícia de DNA são altos, mas também o são os custos das instruções processuais tradicionais, que nem sempre alcançam o grau de certeza do dito exame.

Quando o autor for beneficiário da gratuidade judiciária e não o for o réu, este deverá adiantar as despesas com a perícia de DNA, se requerida por ambas as partes.

De acordo com as regras que disciplinam a assistência judiciária gratuita, o Estado é obrigado a custear o exame ou a ressarcir os valores despendidos pelo vencedor da ação, não beneficiário da gratuidade.

A coisa julgada pode ser descaracterizada se, em verdade, manifestamente carecer de fundamento de validade, por afrontar de tal modo princípios ou normas constitucionais que seja impossível a produção dos efeitos substanciais programados na sentença.

Se o reconhecimento da paternidade se deu através de verdade

formal, havendo perícia de DNA em sentido contrário, não invalidada, pode ser revista a paternidade reconhecida judicialmente.

O indivíduo não está obrigado a se submeter ao exame de DNA, mas a sua recusa poderá ser valorada em seu desfavor quando da apreciação do conjunto probatório.

Com o advento do exame de DNA deve dita perícia ser realizada sempre que não haja no processo o reconhecimento voluntário ou provocado da paternidade imputada.

A audiência prévia do art. 331 do CPC deve ser realizada nas ações de investigação de paternidade para, sucessivamente: 1) tentar obter a conciliação total, ou seja, o reconhecimetno voluntário da paternidade atribuída, a definição da pensão alimentícia, do nome do autor e do regime de visitas; 2) obter acordo parcial sobre a pensão, o nome e o regime de visitas, em caso de vitória, acordando sobre a realização do exame de DNA e a disciplina de seus custos; 3) não obtido o acordo, ainda que parcial, resolver as questões processuais pendentes, fixar os pontos controvertidos, requisitar informações financeiras ao empregador do réu, e determinar, ainda que *ex officio*, a perícia de DNA, precedida ou não de outro tipo de perícia mais acessível, a fim de antes verificar se não há exclusão da paternidade atribuída; 4) havendo pronta recusa à submissão ao exame, deliberar sobre eventual requerimento de antecipação dos efeitos da tutela, quanto aos alimentos.

Esta ordem de procedimento pode ser disciplinada, ainda que desnecessariamente, pelo Estado-membro, no uso da competência legislativa instituída no art. 24, XI, da CF.

16 - BIBLIOGRAFIA

1.ALMEIDA, Maria Christina de. *Prova do DNA: Uma Evidência Absoluta?.* In: Revista Brasileira de Direito de Família, nº 2, Julho-Agosto-Setembro/99. Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, Porto Alegre: Síntese, 1999.

2._____. *Investigação de Paternidade e DNA*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.

3.ALVIM, J. E. Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

4.AMARAL, José Amir do. *Investigatória de Paternidade*. In: AJURIS, v. 63.

5.ASSIS, Araken de. Garantia de Acesso à Justiça: Benefício da Gratuidade. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

6.BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais*?. (trad. de COSTA, José Manuel M. Cardoso da.). Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

7.BARBOSA, Ruy. *Oração aos Moços*. Salvador: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, impresso na Gráfica IPRAJ, 1992.

8.BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição:* Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

9.BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

10.BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz.* 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

11.BRAGHITTONI, Robério Ives. *Devido Processo Legal e Direito ao Procedimento Adequado.* In: Revista de Processo nº 89, p. 220 a 229.

12.BREGA FILHO, Vladimir. *A relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade.* In: Jus Navigandi, n. 51. [Internet] http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2185 [Acessado em 7 de abril de 2002]

13.CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

14.CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

15.CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17. ed. São Paulo: 2001.

16.CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito Processual Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1998.

17._____. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1999.

18.COUTURE, Eduardo J.. *Interpretação das Leis Processuais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

19._____. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

20.DAHER, Marlusse Pestana. *Investigação de paternidade.* In: Jus Navigandi, n. 27. [Internet] http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=535 [Acessado em 7 de abril de 2002]

21.DIAS, Maria Berenice. *Investigação de Paternidade e a Questão da Prova*. In: _____ *et alii*. *Direito de Família e Ciências Humanas*. Caderno de Estudos n. 3. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2000.

22._____. *Investigação de Paternidade, Prova e Ausência de Coisa Julgada Material.* In: Revista Brasileira de Direito de Família, nº 1, Abril-Maio-Junho/99. Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, Porto Alegre: Síntese, 1999.

23.DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

24._____. *Relativizar a Coisa Julgada Material*. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, (55/56): 31-77, jan./dez. 2001, p. 32 a 74.

25.FILHO, Vicente Greco. *Direito Processual Civil Brasileiro.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 2.

26._____. *Direito Processual Civil Brasileiro.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1.

27.FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1991.

28._____. *O vínculo genético da filiação pelo DNA:sua aplicação nos tribunais.* In: Jus Navigandi, n. 28.[Internet] http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=537 [Acessado em 7 de abril de 2002]

29.GOMES, Hélio. *Medicina Legal*. 29ª Ed... Rio de Janeiro:, Ed.itora, Livraria Freitas Bastos S.A. 1993.

30.GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

31.HERKENHOFF, João Baptista. *Como Aplicar o Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

32.KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes Editora Ltda., 1987.

33.LEITE, Eduardo de Oliveira. *A Monografia Jurídica.* 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

34._____. *Grandes Temas da Atualidade:* DNA Como Meio de Prova da Filiação. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

35._____. *O Exame de DNA*: Reflexões sobre a Prova Científica da Filiação. In: _____ e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Repertório de Doutrina Sobre Direito de Família*: Aspectos constitucionais, civis e processuais. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

36.LÔBO, Paulo Luiz Neto. *O Exame de DNA e o Princípio da*

Dignidade da Pessoa Humana. In: Revista Brasileira de Direito de Família, nº 1, Abril-Maio-Junho/99. Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, Porto Alegre: Síntese, 1999.

37.MADALENO, Rolf. *A Sacralização da Presunção na Investigação de Paternidade*. In: RT nº 69, p. 69 a 87.

38.MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

39.MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

40._____. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1978.

41.MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

42.MORAES, Maria Celina Bodin de. *Recusa à Realização do Exame de DNA na Investigação de Paternidade e Direitos da Personalidade.* In: Revista Forense, v. 343, p. 157 a 168.

43.MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro.* 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

44.NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

45.PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Teoria Geral do Processo*. 2. ed. Leme: LED Editora de Direito Ltda., 2000.

46.PENA, Sérgio D. J.. *Determinação de Paternidade Pelo Estudo Direto do DNA: Estado da Arte no Brasil.* 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

47.PENA, Sérgio Danilo J. e JEFREFREYS, Alec J. *Breve Introdução às Impressões Digitais de DNA.* Belo Horizonte: Rev. Brasil. Genet, 1993.

48.PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de Paternidade e Seus Efeitos*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

49.PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Sexualidade Vista Pelos Tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

50._____. *Direito de Família, Uma Abordagem Psicanalítica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

51.RASKIN, Salmo. *DNA e investigação de paternidade.* In: Jus Navigandi, n. 35. [Internet] http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=538 [Acessado em 7 de abril de 2002]

52._____. *Manual Prático do DNA para Investigação de Paternidade*. Curitiba: Juruá, 1999.

53.RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Aide,

1994.

54.ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

55.RODRIGUES, Silvo. *Direito Civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 6.

56.SAGAN, Carl. *O Mundo Assombrado Pelos Demônios*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Schwarcz, 1997.

57.SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

58.SILVA FILHO, Artur Marques. *HLA e DNA:* novas técnicas de determinação do vínculo genético. In: RT 655, p. 54 a 65.

59.SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

60.SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal (Due Process Of Law)*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

61.SIMAS FILHO, Fernando. *A Prova na Investigação de Paternidade*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 1995.

62.THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

63.TRACHTENBERG, Anete. *O Poder e as Limitações dos Testes Sanguíneos na Determinação de Paternidade*. In: AJURIS, v. 63.

64.TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantia da Prestação Jurisdicional sem Dilações Indevidas como Corolário do Devido Processo Legal*. In: Revista de Processo nº 66, p. 72 a 78.

65._____. Garantia do Processo Sem Dilações Indevidas. In: _____. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

66._____. *Tempo e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

67.WALD, Arnoldo. *Direito de Família*. 10 ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1995.

68.WELTER, Belmiro Pedro. *Direito de Família Questões Controvertidas*. Porto Alegre: Síntese, 2000.

69._____. *Obrigatoriedade do Exame Genético DNA*. In: Revista de Processo nº 89, p. 91 a 97.

70.WILLIS, Santiago Guerra Filho. *Introdução ao Direito Processual Constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

1 Texto da monografia apresentada por ocasião da conclusão do Curso de Pós-graduação em Direito Constitucional Processual, pela UFS – Universidade Federal

de Sergipe, tendo como Orientador o Prof. Dr. Carlos Ayres de Britto. Foram omitidos ou alterados alguns elementos pré e pós-textuais.

[2] Neste sentido, KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes Editora Ltda., 1987.

[3] Não vamos nos utilizar da expressão "constituinte originário" por considerá-la desnecessariamente redundante. Na teoria da Constituição, só pode haver um Poder Constituinte, o qual é "originário" justamente por editar a Constituição, conjunto de normas que inaugura todo um sistema jurídico, sendo logicamente anterior a todos os demais textos normativos, ainda que não o seja cronologicamente. Por isto, vamos nos utilizar das expressões Poder Constituinte, para designar o responsável pela edição da Constituição, e Poder Constituído, para referir-nos ao responsável pela edição de todo o ordenamento que descende desta, inclusive as emendas constitucionais, freqüentemente referidas como fruto do chamado "Poder Constituinte Derivado", outro termo que nos parece inadequado.

[4] *Vide* BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais*?. (trad. de COSTA, José Manuel M. Cardoso da.). Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

[5] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição:* Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 146.

[6] *Idem*, p. 157.

[7] MELO, Celso Antonio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1978, p. 299 e 300.

[8] *Quod interest est*, ou aquilo que está entre. O sujeito está numa posição de interesse quando se encontra entre uma necessidade sua e um bem apto a satisfazer esta necessidade.

[9] SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal (Due Process Of Law)*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 81.

[10] *Op. cit.*, p. 200.

[11] Neste sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

[12] TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 84 e 85.

[13] THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* 34. ed., v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 23.

[14] NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 27, 28 e 38.

[15] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pág. 82.

[16] ALVIM, J. E. Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 145.

[17] *Op. cit.*, p. 291.

[18] Cf. BIELSA, Rafael e GRAÑA, Eduardo. *El Tiempo y El Proceso*. In: Revista del Colégio de Abogados de la Plata, La Plata, 55 (1994): 189, *apud* TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do Processo Sem Dilações Indevidas. In: _____. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 236.

[19] THEODORO JUNIOR, Humberto, *op. cit.*, p. 373.

[20] ALMEIDA, Maria Christina de. *Prova do DNA: Uma Evidência Absoluta?*. In: Revista Brasileira de Direito de Família, nº 2, Julho-Agosto-Setembro/99. Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, p. 144.

[21] *Op. cit.*, p. 252 e 253.

[22] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Sexualidade Vista Pelos Tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 123.
[23] *Idem, ibidem.*
[24] *Op. cit.,* p. 147.
[25] *Garantia de Acesso à Justiça: Benefício da Gratuidade.* In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias Constitucionais do Processo Civil, op. cit.,* p. 14.
[26] Não se trata, em verdade, de "relativizar" coisa alguma. O fundamento do argumento consiste, em síntese, na inexistência dos efeitos da coisa julgada material porque a sentença ofendeu manifestamente algum princípio constitucional, não havendo, portanto, a própria coisa julgada, como a entendemos. Ora, não se "relativiza" o que não existe.
[27] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a Coisa Julgada Material*. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, (55/56): 31-77, jan./dez. 2001, p. 32 a 74.
[28] Salvo quanto ao título que, no nosso modesto entender, falseia a idéia que se quis transmitir.
[29] Expressão muito melhor e que serve de título a outro excelente artigo sobre o tema, publicado por Humberto Theodoro Jr.: *A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Para o seu Controle*.
[30] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Recurso Especial nº 107.248/GO. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Disponível em <http://www.stj.gov.br/webstj/default.htm>. Acesso em 7 de abril de 2002.
[31] *Idem*, Acórdão em Recurso Especial nº 226.436/PR. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.
[32] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 71373. Jose Antonio Gomes Pinheiro Machado e Tribunal de Justica do Estado do Rio Grande do Sul. Relator para o acórdão: Ministro Marco Aurelio. Relator originário: Ministro Francisco Rezek. Disponível em <http://gemini.stf.gov.br>. Acesso em 7 de abril de 2002.
[33] Cf. Revista Brasileira de Direito de Família, nº 3, Outubro-Novembro-Dezembro/99. Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, Porto Alegre: Síntese, 1999.
[34] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 256.161/DF. Relatora para o acórdão: Ministra Nancy Andrighi. Relator originário: Ministro Ari Pargendler. Disponível em <http://www.stj.gov.br/webstj/default.htm>. Acesso em 7 de abril de 2002.



A PRISÃO CAUTELAR COMO EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DO ESTADO DA INOCÊNCIA

José Anselmo de Oliveira.Juiz de Direito do TJ/SE.Professor da Universidade Tiradentes/SE.Professor da Escola Superior da Magistratura de Sergipe.Mestrando em Direito Constitucional (créditos concluídos) pela UFC.Membro fundador do Instituto Brasileiro de Política e Direito Bancário e Financeiro.Membro do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor.Membro da Associação dos Juízes para a Democracia.

SUMÁRIO: I- Introdução. II- O Princípio do Estado de Inocência. III- Da Prisão; 1. Antecedentes históricos; 2. Conceito; 3. Prisão cautelar; 4. Prisão decorrente do flagrante; 5. Prisão Preventiva; 6. Prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal; 7. Prisão decorrente da pronúncia. 8. Crime hediondo e prisão cautelar; 9. Prisão temporária. IV- Conclusão. V- Referências Bibliográficas.

I.INTRODUÇÃO

A crise da segurança pública no Brasil é uma realidade que está no limite da tolerância e até mesmo da racionalidade.

A mídia não fala de outra coisa a não ser da onda de violência que assusta todos os cidadãos independentemente do seu poder aquisitivo, e complementa sua dose diária de informações com notícias das rebeliões nos presídios e das impunidades escolhidas para o de-

bate do dia.

O cidadão comum treme diante do caos que se apresenta nas manchetes dos jornais, nas cenas dos telejornais e nas cenas reais da sua rua, do seu bairro, da sua cidade, do seu estado, da sua região.

O conservadorismo atávico da nossa sociedade se manifesta mais uma vez diante da oportunidade única de se espalhar o discurso da lei e da ordem, do embrutecimento do tratamento do problema, da solução por via da força e da ortodoxia policial brasileira que nesses momentos, diante da incapacidade de pensar, prefere o uso indiscriminado da violência estatal que é apenas o uso abusivo do poder, ou de outro modo, a quebra das conquistas do Estado Democrático de Direito.

O aparelho policial do Estado, desaparelhado e com suas estruturas carcomidas pelo salitre da desídia e da corrupção, parece uma baleia encalhada na praia a exigir de voluntários vibrantes a força necessária para escapar da morte certa e outra vez cruzar imponente todos os oceanos.

O Estado-Juiz, que depende nesta área da polícia judiciária, inerte por força de sua natureza jurisdicional, passivamente aguarda que o Ministério Público venha nos salvar de inquéritos policiais dantescos quais os velhos navios negreiros de que falava o bardo Castro Alves, e traga luz e provas concretas para que se mude o destino da grande maioria dos processos criminais – a absolvição por falta de provas.

Na perplexidade em que nos encontramos nos lançamos como caçadores de hereges como na Santa Inquisição, em nome de Deus todo o expediente se torna legal, sua licitude não depende das normas jurídicas, mas antes, do fim último, da reação salvífica dos cruzados contemporâneos, os fins a justificar os meios.

É aqui onde, sobremodo entre os meios, a prisão cautelar de qualquer espécie passa a ser o capaz de tudo, inclusive de resolver o que da forma natural não se resolve (pelo menos na ótica dos que não

enxergam meios mais inteligentes).

O tratamento dado à prisão cautelar como meio, instrumento a demonstrar a força e o poder do Estado sobre qualquer do povo, invariavelmente se completa com a prática medieval da tortura para se descobrir os feiticeiros e os seus pecados, a velha palmatória ainda é o confessor mais tradicional nas delegacias, ao lado de práticas sadomasoquistas de fazer inveja ao Marquês de Sade, choques elétricos, afogamentos, ameaça de fuzilamento, queimaduras com pontas de cigarros, e um sem número de outras práticas já identificadas.

A falta de uma polícia científica treinada e aparelhada para não deixar dúvidas quanto à materialidade dos delitos e nem quanto à autoria é a causa de se enfatizar como meio investigatório a prisão cautelar.

É preciso deixar claro que o tema desse despretensioso e rápido trabalho não é analisar a violência e a impunidade ou suas causas, até por ensejar um aprofundamento teórico e pragmático, mas fincar os olhos no problema da prisão cautelar como instituto jurídico processual penal.

A clareza da compreensão de qualquer problema é a razão do sucesso da empreitada, assim, o que se propõe a analisar é a seguinte questão: A prisão cautelar é uma exceção ao princípio do estado da inocência?

Antes de se oferecer qualquer das respostas possíveis: negando ou afirmando, é necessário discutir sobre o que é o **princípio do estado da inocência**, em que se localiza no plano normativo-dogmático, qual o seu status enquanto norma jurídica.

Depois, é preciso aclarar conceitualmente o que vem a ser a **prisão cautelar**, sua localização no mundo da racionalidade normativa, sua subordinação (se existir) a princípios ou preceitos, seus requisitos, sua aplicação na dogmática, e a crítica que se fizer urgente.

Ainda assim, metodologicamente, não concluiríamos a contento a missão, falta vislumbrar se da natureza descoberta ou reencontrada da prisão cautelar podemos responder ao problema proposto de

maneira fundamentada.

II.O PRINCÍPIO DO ESTADO DA INOCÊNCIA

A Constituição da República do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988 traz em seu Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, entre outros, os direitos e deveres individuais e coletivos, dispostos em seu art. 5.º, incisos I a LXXVII, e os §§ 1º e 2º, e justamente aqui, mais exatamente no inciso LVII onde se lê: "*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"*, que repousa como direito-garantia fundamental o **Princípio do Estado da Inocência**, apresentado na maioria das vezes como "presunção de inocência" como se a regra fosse desde logo a certeza de culpado ou o Estado da Culpa.

Não se trata aqui de purismo teórico ou formalismo dogmático. A ordem constitucional ao privilegiar o Estado da Inocência busca proteger um dos bens tutelados mais caros: a liberdade, em especial a física, que é alcançada pela tutela penal como necessidade justificada pela sentença penal condenatória.

Essa liberdade tão cara quanto à própria vida, pois não faz qualquer sentido uma vida sem liberdade, é constantemente ameaçada, em especial pelo próprio Estado por força do discurso jurídico-penal positivista-periculosista[1] que escolhe a clientela do sistema penal entre aqueles que, antes de qualquer coisa, já excluídos do meio social em que vivem, são vigiados e a qualquer momento devem ser afastados do meio, inclusive pela utilização da prisão cautelar.

Qualquer pesquisa séria demonstrará ser a maioria, dos que se encontram presos cautelarmente, acusados por delitos que a pena privativa de liberdade aplicada concretamente, levaria a sua substituição pelas penas alternativas do art. 44, do Código Penal, com sua nova redação, ou seu regime inicial seria o aberto ou, no máximo, semi-aberto.

Revelando, de pronto, que algo está em desequilíbrio na chamada aplicação do princípio constitucional do Estado da Inocência, diante da ausência de sentença penal condenatória transitado em jul-

gado, e sem a necessidade que excepciona a regra, ou seja, a necessidade da prisão cautelar.

Por isso mesmo é que Weber Martins Batista, citado por Fátima Aparecida de Souza Borges, afirmou:

"(...) o estado natural de quem não foi condenado e, em razão disso, não pode ser considerado culpado é em liberdade desvinculada. As normas que, de qualquer modo, impõem restrições a esta liberdade são normas excepcionais e, com esse caráter, devem ser interpretadas".[2]

A posição de Weber Batista parece ser a mais consentânea com a natureza do direito-garantia que tem status superior às regras do ordenamento processual penal por ser este infraconstitucional.

A prisão é que é provisória, cautela, até que uma sentença definitiva, esgotadas todas as vias recursais disponíveis salvo a revisão criminal, ponha fim ao *status libertatis* do acusado, e isto se não for possível a aplicação de penas alternativas.

O estado de inocência é alcançado pela presunção da culpabilidade quando se verifica a necessidade e presentes os requisitos da cautela e se decreta a prisão preventiva ou se homologa o flagrante delito.

III.DA PRISÃO

1.Antecedentes históricos

A prisão para aguardar a pena antecedeu a própria pena de prisão. Existia na Grécia antiga e em Roma, e era quase sempre aplicada contra escravos e estrangeiros, aos cidadãos havia a instituição da fiança como assinala João Mendes.[3]

A Igreja Católica instituiu um poder punitivo e através dele buscava atingir crimes que eram considerados também pecados, a exemplo do infanticídio, aborto, homossexualismo, rapto, adultério, blasfêmia, sacrilégio, heresia, bruxaria, feitiçaria e outros. Para manter presos

os que seriam supliciados ou queimados na fogueira, a Igreja mandou construir os penitenciários, prisões com esta finalidade.[4]

A partir do século XIII com a criação do Santo Ofício da Inquisição a prisão cautelar passou a ser mais utilizada ainda, pois nesse período, a "rainha das provas" – a confissão, era a causa da necessidade do encarceramento para que através de torturas se obtivesse a confissão.

Ao lado da prática da Igreja, o poder secular também construía suas prisões e com a finalidade do acusado aguardar preso o seu castigo.

A prisão como pena somente vai ser instituída por volta do século XVI, na Holanda, mas precisamente em 1595, com a construção da primeira penitenciária masculina em Amsterdam para cumprimento de pena privativa de liberdade.

No Brasil colônia, a pena de prisão é secundária, sendo a prisão cautelar bastante utilizada para que o criminoso aguardasse a decisão judicial.

Com a independência do Brasil e a primeira Constituição de 1824 é instituída a pena de prisão, seguindo uma tendência mundial. Os presos quase sempre escravos, únicos sujeitos à pena de morte, e as prisões se localizavam nas Casas de Câmara e Cadeia, onde funcionavam as Câmaras Municipais, e nesta época já havia o problema da superlotação.

A legislação processual penal na década de 40, no século XX, é que traz a prisão cautelar com suas modalidades, como a derivada de Flagrante Delito, a prisão em flagrante, a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível , e mais recentemente, a prisão temporária.

2.Conceito

A prisão como exceção ao direito da liberdade física manifestada pela privação da liberdade decorre somente nos limites da legalidade e pode ocorrer segundo a própria Constituição da República so-

mente com o devido processo legal – inciso LIV do art. 5.º , a proibição de ser levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança – inciso LXVI do art 5.º, ou em razão da aplicação da pena privativa de liberdade – inciso XLVI, letra **a** , do art. 5.º, isso, sem nenhuma dúvida, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória transitada em julgado conforme o inciso LVII, também do art. 5.º.

À luz da nossa constituição vigente a prisão se apresenta com duas modalidades, a provisória ou cautelar, antes da apenação, e a outra como pena.

3. Prisão cautelar

A prisão antes da condenação transitada em julgado seria a prisão processual também prevista na ordem constitucional exatamente no inciso LXI do art. 5.º, onde esta somente é permitida em caso de flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade judiciária competente.

A natureza desta prisão sem formação de culpa, sem veredicto, sem sentença transitada em julgado, é em razão de uma cautela justificada nos limites da lei que exige requisitos específicos e objetivos, logo exsurge a sua face cautelar que não se confunde com as prisões ilegais feitas pela polícia a título de averiguações, prática comum ainda em nosso país, nos mais das vezes configurando-se verdadeiro “seqüestro” e “cárcere privado”, além do manifesto “abuso de autoridade”, quando não é acompanhado da “tortura”.

4. Prisão decorrente do flagrante

A cautelaridade da prisão processual não autoriza que se descuide da exigência do devido processo legal, mesmo quando esta prisão tenha sido em flagrante delito, cabendo à própria autoridade policial quando da lavratura do termo observar o disposto na legislação específica, por exemplo, se a conduta do conduzido se subsume aos tipos penais albergados na definição de crimes de menor potencial ofensivo que pela dicção da Lei n. 9.099/95 em seu art. 61, revogado em nosso entendimento, pelo que disposto na Lei n. 10.259/01, tem seu conceito legal como todos os crimes cuja pena máxima cominada não seja superior a dois anos de privação da liberdade,

independentemente do procedimento previsto, casos em que não lavrará o flagrante e formalizará o "Termo Circunstanciado" que encaminhará ao Juizado Especial Criminal competente, libertando de imediato o autor do fato.

A autoridade policial responsável pela lavratura do flagrante também verificará obrigatoriamente se é caso de fiança arbitrada por aquela autoridade nos termos do art. 322, do Código de Processo Penal, ou seja nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples, atendendo as demais condições, inclusive se presentes os motivos que ensejariam a decretação da prisão preventiva, caso em que a autoridade policial representará neste sentido perante o juiz criminal competente.

5. Prisão Preventiva

A prisão cautelar por força do decreto de prisão preventiva, exigirá sempre, que emane de juiz competente que ordene por escrito e fundamentadamente, que não poderia ser diferente mesmo que o inciso tratasse, diante da regra do art. 93, IX, da CR, que obriga todas as decisões judiciais serem fundamentadas sob pena de nulidade, bem como também se verifica que a exigência do juiz competente decorre do princípio do juiz natural encravado na Magna Carta brasileira no art. 5.º, inciso XXXVII, ao proibir o juízo ou tribunal de exceção, portanto, o juiz competente é aquele determinado previamente pela ordem constitucional ao definir as competências dos seus órgãos e pelas leis infraconstitucionais que definem as competências dos juízes.

Assim, uma questão que surge com relevância é a da nulidade da ordem de prisão, mesmo escrita e fundamentada, por juiz que não seja o competente para conhecer e julgar o caso. Ora, se os atos processuais todos, inclusive a sentença é nula quando a questão for de competência do juízo, quanto mais quando se tratar da decretação de prisão cautelar quer pela sua excepcionalidade quer por sua limitação constitucional frente ao direito de liberdade. Entretanto, há a possibilidade de ser novamente decretada a prisão pelo juiz competente quando presentes os requisitos.

Enfrentemos agora os requisitos da prisão preventiva que somente pode ser decretada por juiz competente em qualquer fase do

inquérito policial ou da instrução criminal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial, se presentes: **a prova da existência do crime** e **indícios suficientes de autoria**, e com a finalidade de **garantir a ordem pública**, **por conveniência da instrução criminal** ou **para assegurar a aplicação da lei penal**, como se vislumbra nos arts. 311 e 312, do Código de Processo Penal.

Antes de qualquer coisa, deverá o juiz averiguar se existe a prova da existência do crime, pois é muito comum em representações e pedidos de prisão preventiva a indeterminação quanto a este requisito essencial, não basta o Ministério Público ou a autoridade policial intuir a probabilidade de existência de crime, deverá instruir, o que é bem diferente, sua representação ou seu pedido, com a prova da existência do crime. Demonstrar, portanto, que determinado fato existiu em razão de conduta certa e circunstanciada e que esta se ampara num dos tipos penais existentes no ordenamento criminal pátrio. Um indício de que pode ter existido um crime não autoriza a decretação da prisão preventiva e nem sequer os demais requisitos devem ser analisados pois resultaria numa operação ilógica.

Havendo, entretanto, a prova do crime, a segunda condição é analisar a existência de indício suficiente de autoria. Mittermaier[5] já atribuía a natureza de prova artificial aos indícios, pois estes são relações entre dois fatos de forma precisa que autorizam que de um deles se chegue ao outro por uma conclusão toda natural. Por isso é necessário que existam pelo menos dois fatos e por meio da lógica se chegue à conclusão. Não é intuição, exercício de lógica menor. Nem tampouco indução a partir da mera suspeita ou da escolha a priori de determinado suspeito. Além de tudo, os indícios têm que ser suficientes, necessitam passar pela investigação de todas as possibilidades, inclusive dos álibis oferecidos pelo suspeito, coisa que não se verifica na prática da polícia judiciária como regra, a não comprovação dos contra-indícios pode se manifestar como indício também a ser analisado pelo juiz. Em suma, indício suficiente é aquele capaz de pelas regras da experiência e do bom senso poder se concluir pela autoria do crime.

Ultrapassada a análise das condições básicas, certeza da existência do crime e de uma quase-certeza da autoria, ainda não se pode

decretar a prisão preventiva, é preciso se perquirir sobre a sua necessidade que tem motivações legais. Havendo pelo menos um dos motivos há a possibilidade da decretação da prisão preventiva.

A primeira motivação é a necessidade de garantir a ordem pública, expressão que precisa ser bem compreendida pois se usada de maneira genérica como usualmente é feito pode se descaracterizar.

O que é ordem pública?

Othon Sidou[6] *diz que a ordem pública é "*o conjunto de condições essenciais a uma vida social conveniente, fundamentada na segurança das pessoas e bens, na saúde e na tranqüilidade públicas"*, estando presente na ordem constitucional no art. 136 da constituição em vigor. Não há dúvidas que a prática criminosa é inconveniente à vida social e por essa razão é que a lei penal criminaliza determinadas condutas humanas, mas o que se ressalta aqui é se a prática daquele delito compromete a ordem pública como um todo, caso o acusado permaneça em liberdade. Noutras palavras, se a sua liberdade implicará na prática reiterada de outros fatos, fatos novos, que ameacem a tranqüilidade pública de modo objetivo, concreto, a segurança das pessoas e de bens, ou a saúde pública. Sendo a resposta afirmativa se impõe como necessária a prisão preventiva.*

Não podemos, entretanto, imaginar que a pretexto de ameaças sofridas pelo acusado por familiares da vítima ou por quem quer que seja motivar a decretação da sua prisão cautelar. Seria uma total inversão de valores. Ao Estado cabe garantir a integridade física de todos, inclusive de acusados que tenham o direito de responder ao processo em liberdade. Trancafiar o acusado por esse motivo se constitui numa ilegalidade possível de ser reparada por via do **habeas corpus**.

No art. 312, acrescenta-se a garantia da ordem econômica como fundamento para a prisão preventiva com o advento da lei antitruste, Lei n.º 8.884 de 11-06-1994 em seu art. 86.

Na verdade, permeia essa alteração do art. 312 do CP, com a inclusão da "ordem econômica" ameaçada como circunstância autorizadora da decretação preventiva a descaracterização da sua natureza de cautela e não de pena.

Fernando da Costa Tourinho Filho[7] tem razão quando considera essa circunstância esdrúxula, até mesmo porque a ordem econômica estaria protegida genericamente na garantia da ordem pública.

Essa espécie de proselitismo legalista cai por terra quando a maioria dos crimes econômicos não leva ninguém à prisão. Mais eficiente será com certeza a pena de prestação pecuniária que se coloca como eficaz nesses casos.

Outro motivo é a conveniência da instrução criminal. Esta conveniência está diretamente ligada à produção das provas, em especial à prova testemunhal, que pode ser coagida pelo acusado, ameaçada, ou eliminada. As demais provas, especialmente as científicas e as documentais, nos parecem que estão protegidas pela ação da polícia judiciária quando da sua produção e uma vez no processo sob os cuidados do Poder Judiciário. O problema é a proteção da testemunha, que apesar da existência da Lei n.º 9.807/99, que estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, continua em sua grande maioria ameaçada.

A prisão preventiva teria, em tese, o condão de desestimular essa conduta de acusados, a nosso ver, justo, mas insuficiente para a solução do problema, pois em nosso sistema as vítimas e as testemunhas não estão efetivamente protegidas nem mesmo com o encarceramento dos acusados.

A terceira e última motivação é para garantir a aplicação da lei penal, esta somente se justifica quando o crime em tese e as condições pessoais do acusado levar à conclusão de que será apenado com pena privativa de liberdade que não caiba a substituição por penas alternativas previstas no art. 44, do Código Penal brasileiro, ou, que esteja sujeita pelas condições pessoais do acusado e da sentença a aplicação da suspensão condicional da pena na conformidade do art. 77 e seguintes do Código Penal, ou ainda, que preencha os requisitos para cumprir inicialmente a pena em regime aberto na forma do art. 33, do CP.

6. Prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal

A norma do art. 393, do CPP, diz: *" São efeitos da sentença condenatória recorrível: I- ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; II- ser o nome do réu lançado no rol dos culpados."*, trazendo assim uma espécie de prisão também cautelar que ainda não se pode confundir a pena propriamente, pois enquanto não transitar em julgado não se pode falar em cumprimento de pena.

O que se indaga é sobre a constitucionalidade do dispositivo. Se foi recepcionado pela ordem constitucional inaugurada em 1988. Se o réu estando solto, apenas tendo por motivo a prolação da sentença condenatória sem o trânsito em julgado, teria que se submeter a esta prisão e se esta está dentro do sistema jurídico nacional.

Não é desnecessário reafirmar que o direito positivado obedece a uma ordem sistêmica que se instala por força da ordem fundante que é a Constituição e se harmoniza com o ordenamento jurídico infraconstitucional para se tornar um todo em equilíbrio .

Não basta uma norma ter a aparência de legalidade com relação à forma e ao modo do seu nascimento. É preciso mais. É preciso que esta norma se compatibilize com o sistema a partir da leitura dos princípios da ordem que funda o Estado e a própria função de produzir as demais normas. Depois, a análise tem que verificar se a norma está harmonizada em seu sistema próprio como parte do ordenamento infraconstitucional penal.

De pronto, a Constituição de 1988 não recepcionou o inciso II do dispositivo em discussão, pois ofende literalmente o Princípio do Estado da Inocência que somente é alcançado pelo instituto da coisa julgada penal. Logo, é inconstitucional a parte da sentença penal que determinar que seja lançado no rol dos culpados o nome do réu antes do trânsito em julgado.

Com relação à prisão como efeito imediato da condenação sem transitar em julgado a jurisprudência predominante é no sentido tanto da recepção do dispositivo infraconstitucional, (art. 393, I, do CPP), e ainda que frente ao Princípio do Estado de Inocência ou "da presunção da inocência" somente é estendido até no máximo os embargos,

podendo ser executada provisoriamente a sentença penal condenatória recorrível quando se tratar de recursos extraordinário e especial, contra a revogação do art. 594 do CPP pela Constituição, como se verifica no voto vencedor do Relator Min. Carlos Velloso, no *Habeas Corpus* n. 72741-7- RS- DJ 20/10/95:

Ementa-penal processual penal – Habeas Corpus – Réu condenado pelo Tribunal do júri – Decisão confirmada pelo Tribunal de Justiça – Determinação no sentido da expedição de mandado de prisão contra o réu – Presunção de não culpabilidade – CF, art. 5.º, LVII – CPP, art. 594.

I.O direito de recorrer em liberdade refere-se apenas à apelação criminal, não abrangendo os recursos extraordinário e especial, que não têm efeito suspensivo.

II.A presunção de não culpabilidade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória – CF, art. 5.º, LVII – não revogou o art. 594 do CPP.

III.PRECEDENTES NO STF.

IV.HC INDEFERIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, indeferir o *habeas corpus*, vencido o Sr. Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 1.º de setembro de 1995.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): A sentença condenatória do Tribunal do Júri foi confirmada pelo TJ/RS. Inconformado, o paciente embargou a decisão de segundo grau. O Tribunal, ao negar provimento aos embargos, determinou a expedição de mandado de prisão

contra o paciente.

O paciente insurge-se contra a medida coercitiva, postulando a concessão da ordem para recorrer em liberdade.

Sem razão o inconformismo.

Como observa o parecer o Ministério Público, da lavra do ilustre Subprocurador-Geral Mardem Costa Pinto, o direito de recorrer em liberdade diz respeito tão-somente à apelação criminal, não abrangendo os recursos extraordinário e especial, que não têm efeito suspensivo.

É nesse sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de que é exemplo, *interplures*, o HC 71.843-RS, Relator Min. Celso de Mello, ficando o acórdão assim ementado:

"Ementa - Habeas Corpus – Condenação penal sujeita a recurso de índole extraordinária ainda pendente de apreciação – Possibilidade da prisão do condenado – Pedido indeferido.

O princípio constitucional da não culpabilidade dos réus, fundado no art. 5.º, LVII, da Carta Política, não se qualifica como obstáculo jurídico à imediata constrição do *status libertatis* do condenado.

A existência de recuso especial (STJ) ou de recurso extraordinário (STF), ainda pendentes de apreciação, *não assegura* ao condenado o direito de aguardar em liberdade o julgamento de qualquer dessas modalidades de impugnação recursal, porque despojadas, ambas, de eficácia suspensiva (Lei n. 8.038/90, art. 27, § 2.º).

O direito de recorrer em liberdade que pode ser eventualmente reconhecido em sede de apelação criminal – não se estende, contudo, aos recursos de índole extraordinária, posto que *não dispõem estes*, nos termos da lei, de efeito suspensivo que paralise as conseqüências jurídicas que decorrem do acórdão veiculador da condenação penal. Precedentes."(DJ 19/05/1995).

No mesmo sentido decidiu esta Corte no HC 71.909-SP, Relator Min. Ilmar Galvão. O acórdão recebeu a seguinte ementa:

”Ementa: Habeas corpus – Acórdão que, confirmando a sentença condenatória, determinou a expedição de mandado de prisão.

Decisão que por estar sujeita tão-somente a recurso sem efeito suspensivo (especial ou extraordinário), é suscertível de execução provisória.

Precedentes do STF.
Habeas Corpus indeferido. (DJ de 26-05-1995).”

Por outro lado, a alegada presunção de não culpabilidade prevista no art. 5.º LVII, da Constituição, conforme decidiu esta Turma no HC 69.263-SP, de que fui Relator, não revogou o art. 594 do CPP. O acórdão foi ementado da seguinte maneira:
“*Ementa – Constitucional – Processual penal – Prisão* – Presunção de não culpabilidade – CF, art. 5., LVII – CPP, art. 594.

I. A presunção de não culpabilidade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória – CF, art. 5, LVII – não revogou o art. 594.
II. H.C. indeferido. (DJ de 09/10/1992).

Não foi outro o entendimento desta Corte no HC 69.667-RJ, Relator Min. Moreira Alves, DJ de 26/02/1993; HC 67.857-SP, Relator Min. Aldir Passarinho, DJ 12/10/1990 e HC 68.841-SP, Relator Min. Moreira Alves, RTJ 138/216.

VOTO

O Sr. Ministro Maurício Corrêa: Senhor Presidente, em consonância com o entendimento adotado por ambas as Turmas deste Tribunal, até agora iterativa – até porque está-se a aguardar a complementação do julgamento em Plenário de habeas corpus em que novamente é suscitada matéria quanto a não recepção pela Constituição Federal do art. 594 do CPP – o que tem ocorrido é de não se dar efeito suspensivo a recurso interposto em caráter extraordinário.

Absolutamente em harmonia com a jurisprudência da Corte, acompanho o em. Relator, também indeferindo o *writ*.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio – Senhor Presidente, mantenho o convencimento a respeito da matéria, no que baseado na impossibilidade de se ter a execução do título judicial antes do trânsito em julgado. Reitero o que tive oportunidade de lançar em voto proferido em habeas corpus que continua sob o crivo do Plenário e do qual pediu vista o Ministro Ilmar Galvão.

Senhor Presidente, na hipótese, a expedição de mandado de prisão afigura-se como execução, com foro definitivo, do título judicial, se este ainda não transitou em julgado. É tal passo demasiadamente largo e até hoje ao foi dado sequer no campo civilista, sequer no campo patrimonial. Todos sabemos que, pendente recurso sem efeito suspensivo, a execução é provisória e chega apenas à garantia do juízo. Pergunto: executada essa sentença, não fica assentada a culpabilidade? Podemos ter execução de sentença penal, sem que se tenha tornado extremo de dúvidas, em provimento emanado do Judiciário, a culpa do réu? Não, Senhor Presidente! Admito que o sentenciado possa perder a liberdade, ainda que não tenha ocorrido o trânsito em julgado da sentença. Todavia, é preciso que conste da sentença fundamentação no sentido de que esse recolhimento precoce, antecipado, faz-se no campo acautelador, tenho em vista os interesses da sociedade.

Não posso conceber que, diante da clareza do inciso pertinente à espécie, do rol das garantias constitucionais, diante da enumeração exaustiva, contida na Carta, das hipóteses em que viável a prisão, caminhe-se para esse novo tipo, que é o relativo à execução da sentença, que não transitou em julgado.

Senhor Presidente a Constituição Federal – e peço desculpas aos Colegas por reiterar esse dado – balizou, de maneira exaustiva, as hipóteses em que viável a prisão, não tendo sido incluída a que venha ocorrer na pendência do recurso.

Peço venia aos Colegas, e confesso mesmo que enquanto tiver cadeira nesta Corte insistirei na tese, porque estou convencido, a mais não poder, de que não subsiste a possibilidade de se executar uma

sentença condenatória sem que tenha transitado em julgado, para reiterar o voto proferido. Se o Colegiado que confirmou a sentença considerou que seria pernicioso manter o Paciente em liberdade, deveria ter consignado fundamentos que evidenciassem ter sido decretada uma prisão preventiva, acauteladora, como disse, sem essa automaticidade de expedição de mandado pela simples circunstância de se haver corroborado a sentença condenatória e o recurso cabível contra essa confirmação não possuir efeito suspensivo, como todos sabemos que não possui o especial.

Mantenho o meu ponto de vista. Há um conflito entre a decisão atacada e o princípio básico inserto na Carta de 1988, que o princípio da não-culpabilidade. Está no rol das garantias constitucionais que somente fica assentada a culpa se um cidadão após o trânsito em julgado da sentença condenatória contra ele proferida.

Mantenho meu voto, concedendo a ordem nos termos lançados na assentada anterior.

Decisão: A Turma, por maioria, indeferiu o *habeas corpus*, vencido o Sr. Ministro Marco Aurélio 2.ª Turma, 01/09/1995.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira, Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio e Maurício Corrêa. Ausente justificadamente, o Senhor Ministro Francisco Rezek. Subprocurador-Geral da república, o Dr. Mardem Costa Pinto."

Por absoluta necessidade transcrevemos os votos na decisão supra. Neles estão os pontos principais da discussão jurisprudencial e também do enfoque teórico da questão.

De um lado, predomina a visão do legalismo infraconstitucional que não representa em nosso entendimento a leitura correta da Constituição da República, não só do princípio do Estado da Inocência ou "não-culpabilidade", expressão que já substitui a velha "presunção de inocência", como também da necessidade de fundamentação de todas as decisões conforme o art. 93, IX, CR.

Apesar da predominância do entendimento sobre a matéria em todas as turmas do Supremo Tribunal Federal, a posição adotada pelo

Ministro Marco Aurélio ao adotar a supremacia da ordem constitucional como limite, bem como a precisão hermenêutica do princípio do Estado de Inocência em face da coisa julgada em matéria penal, onde não temos dúvidas, impossibilita a execução provisória da sentença penal condenatória recorrível, é mais coerente e atende a aplicação dos princípios constitucionais.

A questão não se estreita na recepção ou não do art. 594 do CPP, cuja dicção é a seguinte: *"O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto."* O Superior Tribunal de Justiça através da Súmula 9 entende que esta prisão provisória não ofende a garantia constitucional da presunção da inocência, enquanto o Supremo Tribunal Federal na Súmula 393, diz que para requerer revisão criminal não precisa recolher-se à prisão.

Nota-se que a matéria não está corretamente apreendida e sucumbe a alguns equívocos. O primeiro está em se reconhecer que a prisão no caso do art. 594 é provisória, logo cautelar, não podendo se impor como obrigação, mas como cautela a ser pronunciada pelo juiz ou tribunal presentes os requisitos. O segundo, porque se tratando de revisão criminal regulada pelos arts. 621 e seguintes, do CPP, pressupõe o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Percebe-se que há uma contradição. No mínimo uma má interpretação da matéria.

Não há dúvida de que a prisão após a sentença condenatória recorrível é possível desde que seja motivada e fundamentada por se tratar de prisão cautelar que, atendendo os interesses da sociedade e para garantir a aplicação da lei penal, poderá ser decretada pelo juiz ou tribunal.

Entretanto, nada justifica a aplicação sem qualquer motivação da prisão obrigatória para apelar do art. 594 do CPP, quando o réu respondeu todo o processo em liberdade, compareceu a todos os atos.

A Súmula 393 do STF parece ir, inclusive além, ao desobrigar

que o réu condenado com o trânsito em julgado não seja obrigado a se recolher à prisão.

Os recursos especial e extraordinário, respectivamente, perante o STJ e STF, não têm efeito suspensivo, este é um fato. Todavia, é pacífico na doutrina e nos tribunais que em se tratando de dano irreparável ou de difícil reparação pode ser atribuído a estes recursos o efeito suspensivo. Ora, não há nada mais irreparável do que a prisão provisória injustificada, arbitrária.

Há de ser aplicado, sem medo de errar, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. A prisão cautelar na fase recursal deve observar em especial a sua razoabilidade para não fulminar o princípio do Estado de Inocência que somente cessa com a sentença penal condenatória transitada em julgado.

Os argumentos em contrário pecam pela falta de lógica e de cientificidade e apelam para o emocionalismo muitas vezes construído pela mídia, pela incapacidade de resolver em outro campo, o da segurança pública, o aumento da violência e da criminalidade.

Não seria o medo da mídia sôfrega para encontrar culpados pela violência da sociedade atual e do aumento sem precedentes da criminalidade violenta, que contribui para que juízes e tribunais não tenham a coragem de assumir o seu maior dever, o de respeitar a ordem constitucional?

Quem tem medo não pode julgar. A coragem é a principal qualidade do magistrado. É na coragem e através do estudo e da sensatez que a sociedade democrática avança.

Não se pode confundir o grito da turba ensandecida, amplificado pelos comunicadores populistas da mídia eletrônica, com a Justiça material ou como valor.

A liberdade, a honra e a moral, são os únicos bens insuscetíveis de reparação plena, apesar da garantia constitucional da sua reparação. Não há dinheiro no mundo que repare a prisão injusta.

6.Prisão decorrente da pronúncia

Uma outra espécie de prisão cautelar ou provisória aparentemente obrigatória é a prevista no art. 408, § 1.º, do CPP, cuja dicção é a seguinte: *" Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, recomendá-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para sua captura." (grifos nossos.)*

Evidentemente que não se pode interpretar literalmente o texto legal supra, e muito menos sem a devida e necessária análise à luz da Constituição sob pena de se consumar uma inconstitucionalidade.

Certamente que a parte grifada do dispositivo supramencionado não foi recepcionada pela Constituição de 1988 pois a regra constitucional aplicável à matéria implica na proibição de prisão cautelar obrigatória em cujo critério repousa num ato do juiz, no caso a pronúncia, que não se constitui sentença, mas juízo de admissibilidade da acusação, decisão interlocutória sujeita a recurso em sentido estrito, e onde não se refere às condições pessoais verificáveis no devido processo legal.

Assim, ao juiz cabe avaliar se os motivos que ensejaram a prisão preventiva mantiveram-se quando da pronúncia, e sendo afirmativa a resposta, deve, ao recomenda-lo na prisão em que se acha recolhido, fazê-lo fundamentadamente.

Em sentido oposto, estando o réu pronunciado solto, poderá ser decretada a sua prisão preventiva nos estritos motivos a que alude o art. 312, apurados no devido processo legal.

Não faz qualquer sentido, ser o motivo da prisão apenas o fato de haver sido pronunciado.

O STF já decidiu inúmeras vezes em todas as suas turmas que não existe mais no ordenamento brasileiro a prisão preventiva obrigatória.

7.Crime hediondo e a prisão cautelar

A Lei n.º 8.072/90, com as alterações das Leis n.º 8930/94 e 9695/98, veio atender a determinação da Constituição de 1988 em seu inciso XLIII, do art. 5.º, definindo quais são os crimes hediondos para que não sejam suscetíveis de graça ou anistia, além de inafiançáveis.

Todavia, o legislador ao editar a norma infraconstitucional foi além e também tornou os crimes hediondos como obstáculos à liberdade provisória, como se verifica em seu art. 2.º:

" Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança e liberdade provisória.

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

§ 2º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade. "

Diante do texto da lei, o fato da imputação ao acusado ser de crime hediondo, estaria já autorizado o juiz a decretar a sua prisão preventiva?

Do mesmo modo estaria o juiz proibido de conceder ao acusado a liberdade provisória?

Hediondo*, segundo o Aurélio[9] é algo "depravado, vicioso, sórdido, imundo", ou " repulsivo, repelente, horrendo". Qual o crime que não seja hediondo?*

A adjetivação apenas de alguns crimes parece tornar os demais como "algo não repulsivo", o que não é bem verdade. A Constituição quis estabelecer um grau diferenciado de repulsa de determinadas condutas e ao contrário do que fez com a tortura e o terrorismo deixou ao critério do legislador ordinário, daí a Lei n.º 8.072/90.

A Lei é ruim em sua dicção inicial e as alterações não conseguiram salvá-la.

Em particular, não nos parece acertada a inclusão da cláusula

que proíbe a liberdade provisória, porque o fato do indiciamento ou da denúncia trazer uma tipificação de um dos delitos arrolados pela lei como hediondo, não possibilita a certeza de que o indiciado ou o denunciado tenha cometido efetivamente um crime hediondo, a certeza somente virá com a sentença condenatória.

Tanto isso é verdadeiro que o legislador no mesmo art. 2.º, § 3.º, expressamente diz que o réu condenado poderá apelar em liberdade exigindo apenas que o juiz fundamentadamente assim decida.

Ora, se mesmo após uma sentença condenatória recorrível o réu poderá apelar em liberdade, qual o motivo de se proibir a liberdade provisória antes da sentença?

O texto nos parece surrealista, contraditório, imperfeito e que leva muitas vezes ao cometimento de injustiças inqualificadas quando aplicada por operadores legalistas.

Oportuna a lição que o Ministro Celso de Mello nos dá no HC-80719/SP- Segunda Turma, decisão unânime, Acórdão publicado no DJ de 28-09-2001, ao afirmar em sua ementa:

" DISCURSOS DE CARÁTER AUTORITÁRIO NÃO PODEM JAMAIS SUBJUGAR O PRINCÍPIO DA LIBERDADE.

A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamadas pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem.

Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade.

Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado.

O princípio constitucional da **não-culpabilidade**, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário."

Paula Martins da Costa analisando a desigualdade na privação cautelar diz:

" A liberdade provisória só não deve ser concedida quando o caso e as circunstâncias do indiciado ou acusado exigirem decreto de prisão cautelar. A prisão preventiva só pode ser decretada quando motivos reais a tornarem imprescindíveis para a segurança da comunidade. Assim, o segundo fator discriminador da igual liberdade é de ordem material e está fundamentado em especificidades do caso concreto previstas genericamente com anterioridade na lei processual penal. Formula-se, portanto, a segunda conclusão: Todos os homens são igualmente livres, exceto os que, ainda não condenados à privação da liberdade por sentença irrecorrível, derem causa a situação de fato autorizadora do decreto judicial de prisão preventiva, verificada no transcorrer da persecução penal e prevista, com anterioridade, na lei.

A conclusão acima, obtida a partir dos estritos dispositivos constitucionais, não tem como ser relativizada e não comporta exceções. Dir-se-á que a Constituição remete as hipóteses de liberdade provisória à lei, e que a lei pode, portanto, dispor alternativas à prisão preventiva e à liberdade provisória. Mas a lei nunca poderá inverter valores para considerar regra a prisão e exceção a liberdade. A Constituição privilegia a liberdade. Por isso, sempre e necessariamente, no sistema processual, a liberdade provisória será inarredável. Apenas quando cabível decreto de prisão preventiva, poderá esta suprimir a liberdade."

Necessário chamar a atenção que não se defende aqui a impossibilidade da prisão cautelar, mas a sua decretação apenas quando de absoluta necessidade, satisfeitos os pressupostos do art. 312 do CPP, e de razões justificadas da imprescindibilidade da medida cautelar de privação de liberdade do acusado.

8.Prisão temporária

A prisão temporária foi instituída no Brasil por força de uma Medida Provisória editada sob o n. 111, de 24-11-1989, e depois substituída pela Lei n.º 7.960/89, como mais uma modalidade de prisão cautelar.

Não é uma criação brasileira a prisão temporária, já existindo em outros países a exemplo da Itália, Portugal, Espanha, França, Estados Unidos, e se diferencia da prisão preventiva pelo fato de ter prazo certo, e ainda, por ter uma finalidade específica que é a sua conveniência e necessidade no curso de investigação de crimes graves.

Contrasta com a direção adotada pela legislação processual moderna e significa, pelo menos para nós, uma declaração de incompetência da polícia judiciária, seja por falta dos meios ou de preparo, pois não se exige aqui o rigor da prova da materialidade do delito e indícios suficientes da autoria, bastam “fundadas razões”.

A imprescindibilidade para a investigação como motivo para ser decretada a prisão temporária somente se justificaria num outro tipo de procedimento de inquérito, no atual, quando sabemos que testemunhas depõem como acusados, pressionados e sob coação psicológica, falar de prisão para obrigar testemunhas a comparecerem na delegacia de polícia é, no mínimo, um insulto à inteligência mediana.

Há de se reconhecer que a lei é muito mal redigida e de má técnica legislativa, e permite que qualquer pessoa possa ser presa, inclusive testemunhas do fato.

Qual é a velha prática investigatória? Prender, e mediante o interrogatório policial obter uma confissão, e depois concluir as investigações buscando as provas necessárias para corroborar com a “confissão”.

Antes, a prisão clandestina, a velha prisão para averiguação feita por qualquer agente policial sem qualquer respeito às garantias ou aos direitos fundamentais, herança do tempo do arbítrio.

Ainda hoje, essa prática tem ocorrido, como verdadeiros “se-

qüestros", na mais absurda das práticas abusivas policiais, onde são desrespeitadas outras garantias como a inviolabilidade da residência, especialmente as das áreas pobres, favelas e invasões, o direito à privacidade através das escutas e dos grampos sem autorização judicial, só para citar estas.

A prisão temporária se tratada de qualquer maneira poderá vir a se tornar uma prática revestida de legalidade para se ofender os direitos fundamentais.

A prisão temporária é constitucional?

A Constituição da República não admite que alguém seja preso quando ausentes os pressupostos e requisitos para a prisão preventiva. Como alerta Paula Martins da Costa, " *Não há, no sistema processual penal, meio-termo: ou a prisão é medida cautelar indispensável para evitar situação de perigo concreto na comunidade, ou a liberdade permanece. Prisões para averiguação são inviáveis no sistema constitucional brasileiro. Toda prisão pressupõe anterior cognição do caso penal.".*[11]

A Lei 7.960/89, portanto, sem dúvida alguma é inconstitucional. O aparente devido processo legal instituído pela citada lei não se reveste de conteúdo constitucional adequado e suficiente para privar a liberdade de qualquer pessoa. Indispensáveis os pressupostos e requisitos para a prisão preventiva.

IV.CONCLUSÃO

Podemos concluir que não há dúvidas quanto à natureza excepcional e cautelar da prisão provisória em todas as suas modalidades diante do Princípio do Estado de Inocência que preside a regra.

A liberdade física da pessoa humana, como direito fundamental consagrado na ordem constitucional, é o norte que orienta o controle judicial quando da decretação de medida cautelar de prisão.

Tendo em vista a supremacia da ordem constitucional, a interpretação que se deve fazer será sempre no sentido de privilegiar a

opção do constituinte pela liberdade.

A fundamentação quando do decreto de qualquer uma das modalidades, inclusive da homologação do flagrante delito, é obrigatória e não pode ser substituída por expressões formais tais como “presentes os requisitos ou pressupostos”, pode e deve ser sucinta, mas tem de objetivar as circunstâncias e ressaltar as razões justificadoras da medida extrema.

A solução para o problema da crescente violência e do aumento da criminalidade não está na segregação provisória como resposta imediata, mas incompleta, à sociedade. Deve-se buscar na excelência da investigação policial e nas provas produzidas no inquérito policial, aliada à celeridade dos feitos criminais, o combate concreto contra a impunidade, a nosso ver causa principal do aumento da criminalidade.

I.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORGES, Fátima Aparecida de Souza. *Liberdade provisória*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

COSTA, Paula Bajer Fernández Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. – (Coleção de estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida ; v. 6)

D´URSO, Luiz Flavio Borges. Vera Regina de Almeida Braga e Júlio César da Silva Fagundes. *A prisão cautelar e o devido processo legal*. São Paulo: Consulex, 1994.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo penal*. São Paulo: 8. ed., Atlas, 1998.

MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. Traduzido por Herbert Wüntzel Heinrich. 3. ed. Campinas: Bookseller,

1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: 16. ed., Malheiros, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3. São Paulo: 19. ed. Ver. e atual. , Saraiva, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

[1] Para melhor compreender o discurso jurídico-penal na América Latina é indispensável a leitura de Eugenio Raúl Zaffaroni em seu *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*, traduzido por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição- Rio de Janeiro: ed. Revan, 1991, 4ª ed., 1999.

[2] In, "Liberdade Provisória"- Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pág.160.

[3] Apud Luis Flávio D´Urso e outros, in *A Prisão Cautelar e o Devido Processo Legal*, p. 13.

[4] O que foi registrado por Augusto Accioly Carneiro em sua obra *Os Penitenciários* de 1930, apud Luis Flávio D´Urso, op. Cit.

[5] In *Tratado da Prova em Matéria Criminal*, Campinas: traduzido por Herbert Wüntzel Heinrich, 3.ª ed. Bookseller,1996, pág. 323.

[6] *Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro: 6a.ed.,ForenseUniversitária,2000.

[7] Em seu Processo Penal, volume 3, p. 479. São Paulo: 19.ª ed. , Saraiva., 1997.

[8] RHC-79200/BA Recurso de habeas corpus. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. DJ 13.08.1999, p.9 Julgamento 22.06.99 – 1ª T. Ementa: I. Prisão por pronúncia: se a pronúnica não invoca outra razão para manter-se preso o réu que não o fato de já se encontrar ele sob prisão preventiva, à validade originária desta fica subordinada a sua continuidade até o júri. II. Decisão judicial: falta ou inidoneidade de fundamentação que, constituindo nulidade, não pode ser suprida pela motivação das decisões que, em instâncias diversas, a mantiveram. III. Prisão preventiva: à falta da demonstração em concreto do **periculum libertatis** do acusado, nem a gravidade abstrata do crime imputado, ainda que qualificado de hediondo, nem a reprovabilidade do fato, nem o conseqüente clamor público constituem motivos idôneos à prisão preventiva: traduzem sim mal disfarçada nostalgia da extinta prisão preventiva obrigatória. Votação: Unânime. Provido.

[9] *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*, 3.ª ed., Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1999.

[10] Posição de Paula Bajer Fernandes Martins da Costa em sua tese de doutoramento sob o título de *Igualdade no Direito Processual Penal Brasileiro*, defendida em 2000 na USP, publicada pela RT, Coleção de Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida- v. 6, p.79,80.

[11] Idem ibidem, p.80.



O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

João Hora Neto, Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Aracaju,Professor de Direito Civil da Universidade Federa de Sergipe e daEscola Superior da Magistratura de Sergipe eMestrando em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A moderna principiologia contratual – 3. Distinção entre a boa-fé objetiva e a subjetiva – 4. Antecedentes históricos da boa-fé objetiva – 5. A positivação da boa-fé subjetiva no Brasil – 6. A positivação da boa-fé objetiva no Brasil - 7. O princípio da boa-fé objetiva no novo Código Civil – 8. A acolhida jurisprudencial sobre a boa-fé objetiva – 9. Conclusão - Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

Indubitavelmente, a concepção clássica do contrato está sepultada, não sendo mais aceitável a célebre afirmação de Jean Joseph Bugnet, em tom axiomático: *"eu não conheço o direito civil; eu apenas ensino o Código de Napoleão"*, numa alusão idolatrada aos postulados clássicos do direito privado, passando pelo *Code* até o *Corpus Iuris Civilis.*

A ideologia do Estado Social, marcadamente intervencionista, cada dia mais tende a solapar a classificação quíntupla dos princípios contratuais clássicos(autonomia da vontade, supremacia da ordem pública, irretratabilidade das convenções, boa-fé e relatividade dos

contratos), em face de sua aplicação reduzida, bastante restrita, à vista de que, na sociedade contemporânea(massificada e despersonalizada), a liberdade contratual, fundada no princípio clássico da autonomia da vontade, representa muito mais uma quimera do que uma realidade indiscutível, o que assim justifica a aplicação frequentíssima do Código de Defesa do Consumidor nas relações contratuais hodiernas.

Ao contrato regido pelo Código Civil de 1916, na atual sociedade de consumo, resta um campo de incidência menor, muito mais reduzido, diante mesmo da velocidade de proliferação dos contratos de consumo, de variados matizes, envolvendo produtos e serviços, celebrados diuturnamente por milhões e milhões de pessoas, consumidores em potencial.

Não obstante, uma nova realidade contratual está a surgir, com o advento do novel Código.

Tão importante quanto o Código de Defesa do Consumidor(norma especial), que se destina a regular as relações de consumo, o novo Código Civil(norma geral) em breve(10 de janeiro de 2003) entrará em vigor, a fim de regular os contratos comuns civis e mercantis, assim o fazendo sob um novo enfoque, ou melhor, um enfoque civil-constitucional, objetivando atingir a função social do contrato, a boa-fé objetiva e a equidade contratual, harmonizando, a um só tempo, a autonomia privada e a solidariedade social.

Nesse sentido, pois, novos princípios passaram e passarão a reger a Teoria dos Contratos, sintonizados com o Texto Constitucional e, muito especialmente, inspirados e espelhados nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da livre iniciativa(artigo 1º inciso III e artigo 170 caput da Carta Magna, respectivamente), no desenrolar de um processo ou fenômeno já identificado como Direito Civil Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil, que, em sumário, significa a leitura do Direito Civil à luz da Constituição.

2. A MODERNA PRINCIPIOLOGIA CONTRATUAL

O modelo clássico de contrato, como sabido, atrelado à sua princiologia liberal e ainda em vigor no sistema jurídico pátrio(Código Civil de 1916), já não atende, de há muito, aos reclamos e aos anseios de uma sociedade plural e despersonalizada.

Atualmente, a criação de um sistema civil-constitucional, mediante a resistematização do Direito Civil em torno do Direito Constitucional, busca lançar as bases de um sistema jurídico mais aberto, através da adoção de cláusulas gerais espelhadas no Texto Constitucional, no sentido de melhor regular o contrato inserido numa sociedade pós-moderna, na qual as contratações ocorrem sob a forma massificada, veloz e quase que indispensável, com o contratante exercendo minimamente a sua autonomia da vontade, apesar de válida e eficaz a formação do contrato.

E um bom exemplo da abertura do sistema no ordenamento jurídico pátrio é o próprio Código de Defesa do Consumidor, no que se refere à adoção da cláusula geral abusiva epigrafada no artigo 51 inciso IV do CDC, segundo o qual dispõe que são nulas de pleno direito as cláusulas que *"estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade"*, cláusula esta que representa um norte e um paradigma para o aplicador do direito, pois se acha em consonância como os valores consagrados pela Constituição, em busca da tão almejada Justiça Contratual.

Nesse sentido, uma nova ordem contratual está a nascer, e que, segundo atualíssima doutrina, fincada se acha em princípios sociais, em número de três, a saber: princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da equivalência ou equidade, os quais, diga-se de passagem, não eliminaram os princípios clássicos do contrato(já referidos), mas limitaram, radicalmente, o seu alcance dogmático.

Em apertada síntese, pois, a novel principiologia contratual tem

por escopo teleológico alcançar a Justiça Contratual, que é uma espécie de Justiça Comutativa, segundo magistério de Fernando Noronha[1], ao observar que *"a justiça contratual será, portanto, uma modalidade de justiça comutativa. Se a justiça costuma ser representada pela balança de braços equilibrados, a justiça contratual traduz precisamente a idéia de equilíbrio que deve haver entre direitos e obrigações das partes contrapostas numa relação contratual".*

Inserido assim na seara da Justiça Contratual, destaca-se, com realce, o princípio da boa-fé objetiva, objeto deste estudo.

3. DISTINÇÃO ENTRE A BOA-FÉ OBJETIVA E A SUBJETIVA

À luz da doutrina, há marcante diferença entre a boa-fé objetiva e a subjetiva.

No que concerne à boa-fé subjetiva, também denominada boa-fé crença, sua concepção se acha ligada ao voluntarismo e ao individualismo que informam o Código Civil de 1916, podendo ser definida como um estado psicológico contraposto à má-fé, em que há ausência de má-fé, fundada em um erro de fato, ou melhor, em um estado de ignorância escusável. É traduzida como um estado íntimo, de crença, um estado de ignorância de uma pessoa que se julga titular de um direito, mas que, em verdade, é titular exclusivamente de seu juízo e imaginação.

Nesse diapasão, assim a conceitua Alinne Arquette Leite Novais[2]: *"A boa-fé subjetiva corresponde ao estado psicológico da pessoa, à sua intenção, ao seu convencimento de estar agindo de forma a não prejudicar outrem na relação jurídica."*

Já a boa-fé objetiva, também denominada boa-fé lealdade, significa o dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura e honestidade. Trata-se de uma regra de conduta, a ser seguida pelo contratante, pautada na honesti-

dade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses legítimos e expectativas razoáveis do outro contratante, visto como um membro do conjunto social.

Para bem aclarar a distinção entre ambas, assim preleciona a Professora Judith Martins-Costa[3], insigne jurista gaúcha:

"A expressão 'boa-fé subjetiva' denota 'estado de consciência', ou convencimento individual de obrar[a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se 'subjetiva' justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem.

"Já por 'boa-fé objetiva' se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da common law *– modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual 'cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade'. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente subsuntivo."*

4. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA BOA-FÉ OBJETIVA

Historicamente, a noção de boa-fé deita raízes no Direito Romano, reportando-se à *fides* romana, apresentando-se com implicações de ordem religiosa, ética e moral. Por exemplo, na interpretação de determinados contratos considerados de boa-fé(*bona fides*), como a

locatio e o *mandatum*, o valor da palavra empenhada tinha um peso maior do que a exteriorização da forma. No *Corpus Iuris Civilis* a noção de boa-fé está prevista de forma diluída, entendida a *bona fides* como um estado psicológico de ignorância, também influenciada pelo Direito Canônico, que via a boa-fé como *'ausência de pecado'*. Basicamente, pois, durante o período romano e, depois, medieval, adotou-se uma visão subjetiva sobre a boa-fé.

Mais tarde, com o advento do *Code Civil* francês de 1804((*Code Napoléón*), a noção da boa-fé objetiva passa a ser positivada, através da terceira alínea do artigo 1.134 do *Code*, quando ali determina que os pactos devem ser executados de boa-fé, sendo que tal norma não foi cumprida, tornou-se letra morta, à vista da influência da Escola da Exegese, apegada ao extremo à letra da lei Napoleônica.

À vista da grande influência que o *Code* exerceu mundo afora, a noção de boa-fé espargiu-se para outros ordenamentos jurídicos, sendo a boa-fé objetiva adotada, de forma expressa, pelo Código Civil alemão(BGB), através de sua cláusula geral, em seu § 242: *"O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como a exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego".*

Entretanto, logo após a entrada em vigor do BGB, em 1900, o dispositivo citado(§ 242) não teve a repercussão devida, à altura da sua importância, somente vindo a ser ressaltado a partir da 1ª Guerra Mundial, através da jurisprudência alemã que, de forma mais copiosa e contundente, passou a difundir os seus contornos, ao ponto de a cláusula geral da boa-fé objetiva ter sido adotada por diversos países europeus, como a Itália, Portugal e Espanha.

Ao que parece, a sua importância tende a universalizar-se, ao ponto mesmo de as Nações Unidas reconhecerem a boa-fé objetiva como um parâmetro hermenêutico nos tratados que versem sobre o comércio internacional, como a Convenção de Viena(1980), que trata da compra e venda de mercadorias, cuja cláusula 7 deste tratado assim reza: *"Na interpretação da presente Convenção ter-se-á em conta o*

seu caráter internacional bem como a necessidade de promover a uniformidade da sua aplicação e de assegurar o respeito da boa-fé no comércio internacional".

5. A POSITIVAÇÃO DA BOA-FÉ SUBJETIVA NO BRASIL

No ordenamento jurídico pátrio, a primeira referência à boa-fé teve lugar no vetusto Código Comercial de 1850, em seu artigo 131, I, como cânone para a interpretação dos contratos firmados sob sua égide.

Posteriormente, com o advento do Código Civil de 1916, a noção de boa-fé aparece em diversas ocasiões, de forma explícita, mas sempre sob a ótica subjetiva, ou seja, fundada num erro de fato ou num estado de ignorância desculpável.

Efetivamente, trata-se da boa-fé subjetiva, adotada expressamente pelo Código Civil em vigor, como, por exemplo: quanto aos efeitos civis do casamento putativo(artigo 221); quanto à conceituação de posse de boa-fé(artigos 490 e 491); quanto ao requisito para a usucapião(artigos 550 e 551); quanto à proteção daquele que aliena, de boa-fé, imóvel que recebeu indevidamente(artigo 968); quanto à aquisição a *non domino*(artigo 622), dentre outros.

6. A POSITIVAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO BRASIL

A partir dos anos 30 do século XX, começa a proliferar no Brasil, segundo o insigne civilista Gustavo Tepedino – uma sucessão de leis extravagantes e especiais, que tinham por escopo disciplinar novos institutos surgidos com a evolução econômica e com o recrudescimento da problemática social.

Gestadas no seio de um fenômeno conhecido como *'dirigismo contratual'*, tais leis extracodificadas passaram a disciplinar institutos específicos do direito privado(contrato, família, propriedade), criando

assim os chamados microssistemas jurídicos, que condensavam um direito civil especial, a gravitar ao redor do Código Civil, que passou a guarnecer um direito civil comum, pois, segundo ensinança de Gustavo Tepedino[4], o Código Civil passou *"a ter uma função meramente residual, aplicável tão-somente em relação às matérias não reguladas pelas leis especiais"*.

Em suma, é a *'era dos estatutos'*, a qual, igualmente inspirada na principiologia da Constituição Federal de 1988, produziu o Código de Defesa do Consumidor, de matriz constitucional, vez que o legislador constituinte erigiu a defesa do consumidor à categoria de direito fundamental(artigo 5º inciso XXXII) e a princípio da ordem econômica(artigo 170 inciso V), ambos da Carta Magna/88.

Em verdade, considerado a lei rejuvenescedora do Direito Civil Brasileiro, o Código de Defesa do Consumidor foi quem, pela vez primeira, positivou expressamente a boa-fé objetiva no ordenamento jurídico pátrio, mencionando-a em dois momentos, sendo o primeiro no capítulo da política nacional de relações de consumo(artigo 4º inciso III) e o segundo na seção das cláusulas abusivas(artigo 51 inciso IV).

Num primeiro momento, a boa-fé objetiva aparece como princípio, a saber:

Artigo 4º: A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivos o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica(art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores".

Num segundo momento, a boa-fé objetiva aparece como cláusula

geral, ou seja:

"Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis coma a boa-fé ou a equidade".

Agora, com a edição do novo Código Civil, definitivamente e pela primeira vez na legislação civil brasileira, a boa-fé objetiva passa a ser consagrada, de forma clara e expressa, conforme dispõe o artigo 422:

"Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.".

7. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO NOVO CÓDIGO CIVIL

A abalizada doutrina, e, muito especialmente, o grande jurista alagoano Paulo Luiz Netto Lôbo[5], assesta que *"a boa-fé objetiva é regra de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas obrigacionais. Interessam as repercussões de certos comportamentos na confiança que as pessoas normalmente neles depositam. Confia-se no significado comum, usual, objetivo da conduta ou comportamento reconhecível no mundo social. A boa-fé objetiva importa conduta honesta, leal, correta. É a boa-fé de comportamento".*

Em igual sentido, *'mutatis mutandis'*, elucida Cláudia Lima Marques[6] que a *"boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação 'refletida', uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a*

realização dos interesses das partes".

A boa-fé objetiva se acha inserida no novo Código Civil enquanto um princípio, de cunho social, estampado que se acha pela cláusula geral disposta no artigo 422.

Aliás, nesse sentido, o novel codificador agiu bem em positivar a boa-fé objetiva enquanto cláusula geral, na medida que, através dessa técnica legislativa, faculta-se ao aplicador do Direito uma linha teleológica de interpretação, objetivando a abertura do sistema jurídico para permitir o ingresso de princípios e valores, de forma *'não-casuística'*.

A cláusula geral é um valiosa técnica legislativa que, não obstante a sua vagueza semântica, segundo uma parcela da doutrina, representa um importante instrumento de vivificação do ordenamento jurídico, desde quando, é claro, seja prudente e sabiamente operada pela magistratura, no sentido de acompanhar a dinamicidade e a vicissitude da vida moderna.

A boa-fé objetiva trata-se, pois, de um princípio, ou de uma cláusula geral.

Por oportuno, registre-se que a norma do artigo 422 do Código Civil de 2002 refere-se a ambos os contratantes do contrato comum, civil ou comercial, não podendo o princípio ser aplicado preferencialmente ao contratante devedor, mas aplicado a qualquer deles, indistintamente.

E ainda: que o princípio da boa-fé objetiva, segundo a melhor doutrina, aplica-se aos contratantes antes, durante e após o contrato, ou seja, é aplicável à conduta dos contratantes antes da celebração(*in contrahendo*) ou após a extinção do contrato*(post pactum finitum*).

8. A ACOLHIDA JURISPRUDENCIAL SOBRE A BOA-FÉ OBJETIVA

No dizer de Bruno Lewicki[7], o debate sobre a boa-fé objetiva em

nossos tribunais, mormente nas cortes superiores, tem se dado de forma esporádica e tênue, possivelmente em razão da cultura jurídica herdada pelos operadores do Direito, na sua grande maioria ainda muito ligada à idolatria da codificação, na medida que entende e admite o Código Civil como a *'constituição do direito privado'*.

Tal visão deve ser rechaçada.

A moderna civilística advoga a ressistematização do sistema jurídico civil, a partir da Constituição Federal, enquanto vértice do ordenamento jurídico, e não mera base deste.

É o chamado Direito Civil Constitucional, ou seja, a legislação civil lida e interpretada à luz do Texto Constitucional e não o inverso.

Nesse sentido, pois, é de se aplaudir alguns votos proferidos pelo então Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, lavrados no final da década de 80 e os primeiros anos da década de 90, os quais, fazendo ou não menção expressa ao princípio da boa-fé objetiva passaram a corporificar uma renovada concepção do direito das obrigações.

À guisa de exemplo, trago à baila o famoso *'caso dos tomates'*, cujo acórdão foi lavrado em 06/06/1991, relatado pelo jurista citado, *"no qual, de forma majoritária, entendeu-se que uma vigorosa empresa do ramo alimentício era responsável pelas perdas dos agricultores que haviam confiado na compra de sua safra de tomates – o que a Ré fazia sistematicamente, ano após ano, exercitando um comportamento que instava a parte autora ao plantio, inclusive através da distribuição de sementes. Como naquele ano a empresa negara-se a comprar a produção, movida por interesses próprios, determinou-se que ela deveria "...indenizar aqueles que lealmente confiaram no seu procedimento anterior e sofreram o prejuízo".*

Mais recentemente, o mesmo jurista, agora já Ministro Ruy Rosado de Aguiar, do Superior Tribunal de Justiça, assim relatou: *"O compromisso público assumido pelo ministro da Fazenda, através de Memorando de Entendimento, para suspensão de execução judicial*

de dívida bancária de devedor que se apresentasse para acerto de contas, gera no mutuário a justa expectativa de que essa suspensão ocorrerá, preenchida a condição. Direito de obter a suspensão fundado no princípio da boa-fé objetiva, que privilegia o respeito à lealdade"(STJ, 4ª T., RMS 6183, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, v.u., j. 14.11.1995).

A bem se ver, pois, como bem ressalta a doutrina, o princípio da boa-fé objetiva tem uma *'vocação expansionista'*, agora muito mais alargada em face de sua expressa previsão legal, no Código Civil de 2002.

9. CONCLUSÃO

À vista do laborioso trabalho da jurisprudência alemã, a partir da Primeira Guerra Mundial, a cláusula da boa-fé objetiva difundiu-se à larga, mas não chegou a ser adotada pelo Código Civil de 1916. Ao contrário, o Código Civil em vigor consagrou a boa-fé subjetiva, mormente em matéria possessória.

Dogmaticamente inconfundíveis, a boa-fé subjetiva diz com um estado de ignorância de uma pessoa, de estar agindo a não prejudicar outrem, enquanto a boa-fé objetiva diz com uma regra de conduta, pautada na lealdade e honestidade, a ser observada pelos contratantes, tanto na celebração quanto na execução do contrato.

De início consagrada pelo Código de Defesa do Consumidor, a boa-fé objetiva ingressa na legislação civil pela norma do artigo 422 do Código Civil de 2002, como um princípio social, uma linha teleológica de interpretação, sob a forma de uma cláusula geral, o que significa, a grosso modo, um instrumento à disposição do aplicador do direito para vivificar o ordenamento jurídico, diante da voluptuosidade dos fatos sociais hodiernos.

Muito embora pouco discutida pelos tribunais superiores, uma parcela da jurisprudência gaúcha de há muito já vinha decidindo com base na boa-fé objetiva, ainda que de forma implícita e tangencial.

Todavia, com o advento do novel Código Civil, espera-se que a magistratura nacional, com prudência e coragem, dê concretude a esse novo princípio contratual, o qual, em suma, busca alcançar a Justiça Contratual.

BIBLIOGRAFIA

LEWICKI, Bruno. *Panorama da boa-fé objetiva*. In: Problemas de Direito Civil-Constitucional. Gustavo Tepedino(Coordenador). 1ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil*. In: Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho, 2002, v. 42.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. I.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite Novais. *Os Novos Paradigmas da Teoria Contratual: O Princípio da Boa-Fé Objetiva e o Princípio da Tutela do Hipossuficiente.* In: Problemas de Direito Civil-Constitucional. Gustavo Tepedino(Coordenador). 1ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Novo Código Civil. Texto Comparado*. 1ª edição. São Paulo: Atlas, 2002.

[1]NORONHA, Fernando. O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994, p.215.

[2] NOVAIS, Alinne Arquette Leite Novais. Os Novos Paradigmas da Teoria Contratual: O Princípio da Boa-fé Objetiva e o Princípio da Tutela da Hipossuficiente. In: Problemas de Direito Civil-Constitucional. Gustavo Tepedino (Coordenador). 1ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.22.

[3]MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privativo. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.411.

[4]TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.12.
[5]LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípio Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil, in: Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho, 2002, v.42, p.193.
[6] MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. I, p. 106-107.
[7]LEWICKI, Bruno Panoroma da boa-fé objetiva. In: Problemas de Direito Civil-Constitucional. Gustavo Tepedino(Coordenador). 1ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.71.

"O NOVO CONCEITO DE INFRAÇÃO PENAL DE PEQUENO POTENCIAL OFENSIVO E A AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS CRIMINAIS EM RAZÃO DA LEI DOS JUIZADOS FEDERAIS"

Evânio José de Moura Santos. Procurador do Estado de Sergipe. Pós-Graduado em Direito Público pela UFS. Professor de Direito Penal e Processo Penal da ESMESE e da ESA. Professor de Direito Penal do CEJ. Ex-Professor Substituto de Direito Processual Penal da UFS. Advogado.

SUMÁRIO: 1 - Intróito. 2 – Dos Juizados Especiais Federais. 2.1 – Ampliação do conceito de infração de menor potencial ofensivo e competência do Juizado Especial Criminal. 2.2 - Incidência da Lei 10.259/2001 no âmbito dos Juizados Criminais Estaduais. 3 – Aplicação da Lei 10.259/2001 para os delitos que possuem rito específico. 4 - Conclusão. 5 – Bibliografia.

1 – INTRÓITO

Pode-se dividir o crime em diversas gradações tomando-se como parâmetro a intensidade da culpabilidade do agente, a reprovabilidade social da conduta delitógena ou ainda, considerando as penas abstratamente cominadas para determinada infração penal,

além do risco a que sofreu o bem jurídico penalmente tutelado que se pretende proteger.

Tendo-se em alça de mira somente o *quantum* das penas previstas *in thesi* e o bem jurídico-penal protegido pela norma[1], conclui-se facilmente que existem infrações de lesividade insignificante ou de bagatela, infrações de pequeno potencial ofensivo previstas na Carta Política de 1988 (art. 98, inciso I), como sendo da alçada dos Juizados Especiais, infrações de médio potencial ofensivo, tendo a Lei 9.099/95 em seu art. 89 versado sobre a possibilidade de suspensão condicional do processo para situações que tais (pena mínima de até um ano) e os delitos sancionados com pena mínima abstratamente prevista superior a 01 (um) ano, entrementes passível de se amalgamar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão das mudanças insertas no Código Penal (Lei 9.714/98), crimes de elevado potencial ofensivo – infrações graves que não são disciplinadas por nenhum regime específico e delimitador de garantias (tentativa de homicídio simples ou roubo, *v.g.*) e os crimes definidos como hediondos, onde se impõe por força de mandamento constitucional e infraconstitucional (art. 5º, XLIII e Lei 8.072/90) uma série de restrições para o processado e apenado[2].

É justamente a respeito das infrações de menor ofensividade que se cingirá esta análise, em especial pelas inovações trazidas à baila pela Lei 10.259/2001 que cria os Juizados Especiais Federais e suas implicações no âmbito do Juizado Criminal da Justiça Estadual em especial a ampliação da competência do Juizado Criminal.

2 – DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

O advento da *Lex Legum* de 1988, introduziu novas e avançadas diretrizes no mundo jurídico com o objetivo de se criar uma moderna modalidade de Justiça Penal, voltada para a consensualidade, preocupada em solucionar infrações penais de potencial ofensivo reduzido, afastando cada vez mais o homem do contato nefasto com o cárcere e buscando na informalidade processual e no princípio da oralidade, mecanismos ágeis de solucionar pendências de pequena monta e baixa desaprovação social.

Giza a Carta Cidadã em seu art. 98, inciso I, que as infrações

penais de pequeno potencial ofensivo serão apreciadas e julgadas pelos Juizados Especiais Criminais, além de versar sobre o instituto da transação penal e remete às turmas recursais compostas de juízes de 1º grau à análise dos recursos que objetivem vergastar decisões emanadas dos Juizados Criminais.

Regulamentando a Constituição Federal tem-se o advento da Lei 9.099/95, magnífico instrumento legal, com profundas alterações de jaez processual, enxertado de nova filosofia no que tange a tecnologia processual (*plea bargaining*) e solução de litígios penais dentro do conceito delimitado na própria lei (art. 61, Lei 9.099/95) de infração de pequeno potencial ofensivo (todas as contravenções penais e os crimes punidos abstratamente com pena de até 01 ano, desde que não exista previsão de rito próprio para julgamento daquele tipo penal – como nos crimes contra a honra e abuso de autoridade, por exemplo).

Merece de logo registrar que a Lei 9.099/95 embora somente aborde os Juizados Especiais no âmbito dos Estados da Federação, era aplicada pelos juízes e tribunais federais de nossas plagas, adotando-se a incidência de seus institutos (composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo), embora inexistissem os pleiteados Juizados Federais que sempre foram objetivados pelos membros do Judiciário da União, sobretudo com o fito de aliviar as Varas Federais extremamente sobrecarregadas de feitos processuais.

No afã de atender este reclamo o legislador constituinte derivado, por conduto da Emenda Constitucional nº 22/99 acrescenta parágrafo único ao art. 98 da Constituição da República aduzindo que Lei Federal criará os Juizados Especiais que versarão sobre temário inerente à competência da Justiça Federal.

Foi o que ocorreu com a Lei 10.259 de 12 de julho de 2001 em vigor deste o dia 13 de janeiro de 2002.[3]

2.1 – Ampliação do conceito de infração de menor potencial ofensivo e competência do Juizado Especial Criminal

Em verdade a lei dos Juizados Federais foi parcimoniosa no que tange aos preceitos de feição penal ou processual penal, apenas em um artigo (art. 2º, parágrafo único) dispõe de forma expressa sobre sobreditos assuntos, dizendo, *ad litteram*:

"Art. 2º - Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo.

Parágrafo único – Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, ***os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa****".* (Original deserto de grifos).

Por outro vértice o art. 1º de retromencionado diploma normativo afirma que serão aplicados todos os dispositivos da Lei 9.099/95 conjuminados com os regramentos previstos na Lei 10.259/2001, desde que inexistam conflitâncias.

Descobre-se, sem maiores esforços interpretativos que a Lei 10.259/2001 derrogou de forma tácita[4] o art. 61 da Lei 9.099/95 e ampliou o conceito de infração penal de pequeno potencial ofensivo, sendo que agora estão açambarcadas pela competência dos Juizados Especiais Criminais todas as contravenções penais (quer punidas com prisão simples cumulativa ou alternativamente com a pena de multa ou somente sancionadas com pena pecuniária), todos os delitos reprimidos com pena privativa de liberdade (detenção ou reclusão) de até dois anos, todos os crimes reprovados com pena de até dois anos, ainda que cumulativamente seja estabelecida a pena de multa e a partir de 13 de janeiro do ano em curso, não faz a menor diferença qual o rito processual previsto originariamente na Lei ou no Código de Processo Penal para apurar crime ou contravenção (ordinário ou especial)[5], aplicar-se-á o Rito insculpido na Lei 9.099/95.

Houve uma enorme ampliação da competência dos Juizados Especiais, sendo que todos os desdobramentos existentes a partir do cometimento da infração penal e que estão alojados na Lei 9.099/95 deverão de imediato ser aplicados.

Melhor explicando: se alguém pratica uma figura típica cuja pena prevista seja de até dois anos (é encontrado portando arma de uso permito sem a devida e competente autorização – art. 10, caput, Lei 9.437/97, *v.g.*), ao invés de abertura de inquérito policial lavrar-se-á termo circunstanciado nos moldes do contido no art. 69, ***caput***, da Lei 9.099/95 combinado com o art. 1º da Lei 10.259/01 e muito menos se imporá prisão em flagrante delito ou se arbitrará ou se exigirá o pagamento de fiança, posto que basta o comprometimento do suposto autor do fato em comparecer ao Juizado Especial Criminal que não mais se exigirá a odiosa opção pelo cerceamento de sua liberdade (art. 69, parágrafo único da Lei 9.099/95).

Encaminhar-se-á o termo circunstanciado ao Juizado Especial competente e lá se iniciará um procedimento com o rito previsto na

Lei 9.099/95 que consiste em tentativa de composição civil para os crimes de ação privada ou pública condicionada, transação penal, oferecimento de denúncia oral na hipótese de não aceitação da transação penal ou de não ser a mesma possível, face ao não preenchimento das exigências contidas na Lei, oitiva da vítima e das testemunhas acusação e defesa em número de até 03 (três) para cada parte, interrogatório do acusado e alegações derradeiras verbais, sendo que eventual insurgência de qualquer das partes a respeito do *decisum* emanado pelo juiz do Juizado recorrer-se-á para uma Turma Recursal integrada por juízes de primeiro grau de jurisdição, tudo consoante previsão estampada nos arts. 74, 76, 81 e 82 da Lei dos Juizados Estaduais, cabíveis *in casu* por força de expressa previsão na Lei dos Juizados Federais (art. 1º, caput, Lei 10.259/01).

Por fim, ainda no que tange a ampliação de competência, merece ser enfrentada uma outra questão contida na Lei 10.259/01 em seu art. 2º, parágrafo único, acima citado e devidamente grifado. É que retromencionado preceito legal afirma que as infrações de pequeno potencial ofensivo consistem nos delitos punidos com sanção de até dois anos **ou multa**.

Já se delimitou neste estudo o que entendemos como infração de pequeno potencial ofensivo, entrementes, remanesce uma indagação: na hipótese de existir figura típica prevendo uma pena privativa de liberdade superior a dois anos aplicada alternativamente com a pena de multa (art. 7º, Lei 8.137/90, *p.ex.*), pode-se considerar tal infração como de pequeno potencial ofensivo?

A respeito da matéria três correntes se formam com entendimentos diametralmente opostos.

Uma primeira que defende a incidência do art. 2º, parágrafo único da L. 10.259/2001 para os crimes que a lei comine pena privativa de liberdade superior aos dois anos, desde que alternativamente preveja a pena de multa[6]. No entender desta corrente de pensamento doutrinário somente não seria da competência do Juizado Especial os crimes punidos com pena superior a dois anos e multa, se a pena *in abstracto* é maior que um biênio, mas com a possibilidade de aplicação alternativa da sanção pecuniária, aplicam-se os dispositivos da Lei 10.259/01. Esse bloco de entendimento, embora sustentado por doutrinador de escol é minoritário.

Uma outra vertente prevê que caso a pena ultrapasse o limite de dois anos a infração deixa de ser etiquetada como de pequeno potencial ofensivo, mesmo que comine alternativamente a pena de multa[7]. Abundam os comentários e manifestações favoráveis a este posicionamento doutrinário.

Por fim, avista-se uma terceira corrente que procura mediar o entendimento, afirmando que somente nos crimes punidos com pena de até dois anos ou multa é que é possível o alargamento da competência dos Juizados Criminais[8]. Criou-se um *tertio genus*, de difícil aplicação e praticamente ferindo de morte o querer da lei (*mens legis*). Esta posição é francamente isolada, não encontrando respaldo na comunidade jurídica que estuda e aplica o Direito Criminal.

Particularmente entendo, com a devida vênia dos que pensam de modo contrário, que a segunda corrente deve prosperar, ou seja, na hipótese do crime ser punido com pena privativa de liberdade que transborde os dois anos, mesmo que exista a possibilidade de adoção da pena exclusivamente monetária, não pode tal situação ser considerada de pequeno potencial ofensivo. Ademais, merece especial relevo que quando da interpretação e análise do conceito de infração de pequeno potencial ofensivo sempre se adotou a pena máxima como parâmetro (art. 61, Lei 9.099/95 e art. 2º, parágrafo único da Lei 10.259/901), entrementes, como poder-se-ia considerar a pena de multa como norteadora da competência se em relação à pena privativa de liberdade é um *minor* e não um *plus*.

Logo, resta cristalino que deverá ser sedimentado, inclusive jurisprudencialmente, o entendimento talhado na segunda corrente, eis que somente o *quantum in abstracto* é suficiente para delimitar a competência do Juizado Especial Criminal[9] e não a pena de multa. Não se pode ir além da vontade do legislador.

2.2 - Incidência da Lei 10.259/2001 no âmbito dos Juizados Criminais Estaduais

Questão que também suscita dúvidas, sobretudo aos operadores do Direito Criminal, consiste em aplicar na íntegra o previsto na Lei 10.259/01 aos Juizados Especiais Criminais (Estaduais ou Federais) ou em se manter duas justiças com tratamentos distintos uma na órbita federal regida pela Lei 10.259/01 e outra na seara estadual regrada pela Lei 9.099/95.

Em se trilhando a senda da bipartição da aplicação da Lei dos Juizados, criar-se-ia a esdrúxula hipótese de se ter dois crimes idênticos, alterando-se apenas o sujeito passivo e modificando-se, com isso, a competência e o tratamento a ser dispensado. Ter-se-ia um conceito de pequeno potencial ofensivo estadual e outro para a órbita federal, consistindo em verdadeiro disparate.

Melhor explicando: se, por exemplo, um cidadão comum do povo (*bonus pater familias*) resiste a uma ordem legal emanada de

um fiscal de tributos estaduais, utilizando-se de grave ameaça, impedindo à fiscalização de determinado estabelecimento comercial, poderá o mesmo vir a responder pelo delito guardado no art. 329 do Código de Iras que reserva uma pena de 2 (dois) meses a 02 (dois) anos, para o sujeito ativo. Registre-se que em se adotado a necessidade da divisão de aplicação dos conceitos, este suposto autor do fato responderia frente à Justiça Comum Estadual, eis que crime cuja pena máxima excede um ano (art. 61, Lei 9.099/95).

Por outro vértice, se este mesmo cidadão resiste a umal para albergar os crimes cuja pena seja de até dois anos, posto que está se dando uma interpretação totalmente distorcida de sobredito preceito legal. Senão vejamos:

Diz o art. 20 da Lei 10.259, verbis:

> "Art. 20 – Onde não houver Vara Federal, a causa poderá ser proposta no Juizado Especial Federal mais próximo do foro definido no art. 4º da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, **vedada a aplicação desta Lei no juízo estadual**". (Grifos à parte).

Informar que o art. 20 da Lei dos Juizados Federais impede a sua incidência no seio da Justiça Estadual é equívoco grave. Falar que a lei não utiliza palavras inúteis é producente na hipótese em testilha e serve para ferir de morte o próprio argumento que tenta inviabilizar a aplicação da lei, eis que o art. 20 supratranscrito reporta-se necessariamente ao art. 4º da Lei 10.259/01 e referido preceito aborda temário cível e não de natureza penal, posto que, consoante afirmado alhures, somente o art. 2º, parágrafo único tem natureza processual penal.

Eis o pomo da discórdia. Entretanto, no meu entender quem melhor delimitou o querer da Lei foi o ilustre professor Tourinho Filho, emérito processualista que ao publicar artigo doutrinário sobre o assunto vaticina: "*Trata-se, pois, de norma pertinente ao foro e não à matéria. Mais: sobre assunto exclusivamente cível, mesmo porque é de matéria cível que trata o art. 4º da Lei 9.099/95*"[12].

Em verdade, o legislador *plus dixiti quam voluit* (disse mais do que queria). Dessa forma, não pode o art. 20 ser interpretado como empecilho à aplicação da Lei 10.259/01 e ao seu alargamento da competência (crimes cujas penas sejam de até dois

anos, sem previsão de rito específico), somente um sistema atualmente vige: o do Juizado Criminal com a definição de crime de ofensividade baixa gizado no art. 2º, parágrafo único da Lei dos Juizados Federais.

Servindo de arremate toma-se de empréstimo sagaz argumento de Luiz Flávio Gomes que ao versar sobre a exegese da Lei dos Juizados Federais, afirma: *"Um Juiz (ou qualquer outro operador jurídico) formalista dirá: a Lei 10.259/01 é especial e, portanto, aplica-se tão somente aos juizados federais. Para ele, pouco importa que a infração da mesma natureza tenha dois regimes jurídicos completamente distintos".*

Continua o renomado autor, com sua verve peculiar: "*Juiz (estudante ou um operador jurídico) desse jaez não consegue transcender o nível da literalidade normativa. Continua trabalhando (abúlica e napoleanicamente) com o método meramente subsuntivo. Esse modelo de Juiz (de estudante e de jurista) está ultrapassado e morto. Só resta ser sepultado. O juiz (e o intérprete) tem de ter comprometimento ético e buscar na sua atividade a realização do valor da justiça. Urge que alcance o método da ponderação, do equilíbrio e da razoabilidade".*[13]

Não remanesce o menor laivo de dúvida, empós esta breve exposição, que avulta a necessidade de aplicação da Lei dos Juizados Federais para as situações da alçada dos Juizados Estaduais Criminais, sob pena de em não agindo desta forma, estar-se dando tosca e aziaga interpretação à Lei, possibilitando a existência de dois sistemas em vigor e o vitupério aos princípios constitucionais da isonomia (tratamento diferenciado para situações idênticas) e da razoabilidade (tratamento mais severo para situação que merece enquadramento com base nos institutos da Lei 9.099/95).

A guisa de informação, uma rápida vista d'olhos nos repositórios atualizados de jurisprudência mostra claramente que a tendência dos Tribunais Pátrios é acatar, sem maiores inquietudes, a dilatação da competência dos Juizados Especiais Criminais, aplicando a Lei 10.259/01 no perímetro dos Juizados Estaduais[14].

3 – APLICAÇÃO DA LEI 10.259/2001 PARA OS DELITOS QUE POSSUEM RITO ESPECÍFICO

Uma outra questão tem suscitado discussão quando da

aplicação e interpretação da Lei 10.259/01: trata-se da inexistência de vedação no art. 2º, parágrafo único de retromencionado diploma legal da competência do Juizado Criminal para delitos que durante a vigência do art. 61 da Lei nº 9.099/95 eram apreciados pela Justiça Comum Estadual, deixando de estar amoldados ao procedimento e aos institutos contidos nos Juizados Criminais por força de vedação expressa encartada no art. 61 que afastava peremptoriamente os crimes que previam rito específico, independentemente do *quantum* abstrato da pena.

Por essa razão é que o delito de injúria (art. 140, CP), por exemplo, cuja pena máxima é de 06 (seis) meses, não era apreciado no Juizado Criminal.

Agora não mais prevalece tal vedação.

Contudo, é imperioso consignar que este posicionamento não é pacífico, sendo que também quanto a esta possibilidade se encontram duas posturas interpretativas, com divergências polares. Uma que não aceita a ampliação da competência do Juizado Especial Criminal para as infrações que possuem rito próprio e outra que afirma ser perfeitamente possível, guardadas algumas ressalvas, a aplicação do rito enfeixado no Juizado Especial Criminal para toda e qualquer infração cuja pena seja de até dois anos, independente de existir ou não rito próprio.

Para os defensores da primeira forma de pensar, sobressai como argumento em defesa da tese o fato de que o art. 1º da Lei 10.259/01 afirma que somente serão aplicados os dispositivos da Lei 9.099/95 naquilo que não houver incompatibilidade e o rito próprio seria a situação incompatível prevista como exceção. Ainda no afã de reforçar a proibição do trâmite de infrações penais que prevêem rito específico no Juizado Especial, os partidários deste entendimento afirmam, à guisa de exemplo, que: “No caso do crime de calúnia, previsto no art. 138 do CP, em que alguém imputa a outrem falsamente o fato definido como crime. E se o suposto ofensor desejar fazer a exceção da verdade? Como compatibilizar com os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, previstos na própria Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais”[15].

Em verdade inúmeros seriam os exemplos possíveis além da calúnia que envolve a questão da exceção da verdade ter-se-ia ainda a difamação contra servidor público no exercício da função, o abuso de autoridade[16], as modalidades previstas na Lei de Imprensa, crimes falimentares, crimes de responsabilidade de funcionários públicos, dentre outros.

Os adeptos da segunda corrente doutrinária que não vislumbra qualquer estorvo em se processar e julgar pelo Juizado Especial Criminal os delitos que outrora ficavam à margem de tal justiça em razão de previsão ritualística particularizada, informam que "O procedimento, por si só, não podia (e agora inequivocamente não pode) constituir obstáculo para que um delito fosse ou não da competência dos juizados"[17].

Vislumbro como correto o entendimento que assinala pela possibilidade do Juizado Especial Criminal englobar toda e qualquer infração penal cuja pena privativa de liberdade seja cominada em até dois anos e/ou multa, independentemente de haver ou não rito específico, com exceção do abuso de autoridade que traz como pena, além da prisão e da multa a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de função pública em qualquer órbita do serviço público.

4 – CONCLUSÃO

Ao se chegar ao epílogo deste estudo interpretativo, conclui-se de forma remansosa e sem espaço à dúvida, que a Lei 10.259/01 operou substancial mudança no tratamento dado às contravenções penais e aos crimes punidos com até dois anos de pena privativa de liberdade e/ou multa.

Não mais se impõe prisão em flagrante, desde que o suposto autor do fato se comprometa a comparecer a todos os atos do procedimento e eventual processo que irá tramitar no Juizado Especial Criminal (art. 69, parágrafo único), não mais se exigirá a prestação de fiança e torna-se despiciendo o uso do pedido de liberdade provisória.

Por outro vértice a novel Lei dos Juizados não mais excluiu da competência da Justiça simplificada e consensual do Juizado Especial os crimes que possuem rito específico, sendo que tal entendimento encontra resistências doutrinárias e merece ser estudado com melhor atenção, sobremaneira no caso dos crimes agasalhados na Lei de Abuso de Autoridade.

Ademais, com a ampliação da competência do Juizado Criminal Estadual pela Lei 10.259/01 automaticamente ampliou-se a competência da Turma Recursal composta de três juízes de instância primeira, devendo a mesma apreciar os recursos oriundos do Juizado Especial, além das ações de habeas corpus originadas por ato atentatório ao direito de liberdade do cidadão, praticado ou ratificado por Juiz do Juizado Criminal e os mandados de segurança em que o juiz seja apontado como autoridade coatora.

Buscou o legislador, além de desafogar a Justiça Comum, deixar o Direito Penal e Processo Penal Clássico (Inquérito Policial, Procedimento Ordinário, Possibilidade de Prisões Processuais e empós o trânsito em julgado, execução da pena privativa de liberdade), somente para os crimes mais graves, de maior abrangência e necessidade de mais intensa reprimenda.

Induvidosamente a Lei em testilha amplia as garantias do cidadão que se envolve com a Justiça Penal, busca no consensualismo a solução de pendências, acredita na possibilidade de composição e de aplicação de sanções outras que não o ambiente putrefacto e carcomido do cárcere, verdadeiro meio de degeneração e degradação humana, uma deplorável “universidade do crime”.

Ir ao encontro de soluções para o atual Direito Penal e Processual Penal, além de não olvidar da intensa e profunda questão carcerária, eis o que o Juizado Especial Criminal nos possibilita: uma justiça mais humana, digna e célere, sem o risco da prisão. Urge que sejam aplicados todos os dispositivos da Lei 9.099/95 em combinação com a Lei 10.259/01, que sejam incrementados os juizados existentes e se crie novos juizados, possibilitando o amplo acesso do povo ao Judiciário, transformando-o em um Poder mais democrático e, por conseguinte, libertador, fruto de uma nova consciência que tei-

ma em aflorar no nosso meio, para alegria de todos.

5 – BIBLIOGRAFIA.

GOMES, Luiz Flávio. Juizados criminais federais seus reflexos nos juizados estaduais e outros estudos. Série As Ciências Criminais no Século XXI – Vol. 08. São Paulo: RT, 2002.

_____ . *Primeiras polêmicas sobre a nova competência dos Juizados Criminais.* Boletim do Ibccrim, ano 10, nº 111, fevereiro/ 2002.

_____ . *Ampla jurisprudência aceita ampliação dos Juizados Criminais.* http://www.ibccrim.org.br, 23.06.02.

GOLÇALVES, Vítor Eduardo Rios. *O novo conceito de infração de menor potencial ofensivo.* Boletim do Ibccrim, ano 10, nº 111, fevereiro/2002.

LOZANO JÚNIOR, José Lúcio. *Considerações sobre o âmbito de incidência da Lei dos Juizados Especiais Federais.* Boletim do Ibccrim, ano 10, nº 111, fevereiro/2002.

MACHADO, Agapito. *Juizados Especiais Criminais na Justiça Federal.* São Paulo: Saraiva, 2001.

MALULY, Jorge Assaf. DEMERCIAN, Pedro Henrique. *A lei dos Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal e o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo.* Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, nº 13, abril/maio 2002.

PRADO, Luiz Régis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. São Paulo: RT, 1996.

SILVEIRA, Solange Gomes da. *Juizado especial criminal – Habeas Corpus – Competência.* Síntese Jornal, ano 6, nº 61, março/ 2002, p.12.

SOUSA, Cláudio Calo. *A incidência da Lei nº 10.259/01 no Juizado Especial Criminal Estadual.* Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, nº 13, abril/maio 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *O conceito de infração de menor potencial ofensivo dado pelo art. 61 da Lei n. 9.099/95 foi alterado pelo parágrafo único do art. 2º da Lei n. 10.259, de 12-7-2001*. http://www.ibccrim.org.br, 23.06.02.

_____ . *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais.* São Paulo: Saraiva, 2000.

[1] "O princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*) estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens, e que não podem ser eficazmente protegidos de outra forma". PRADO, Luiz Régis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. São Paulo: RT, 1996, p. 49.

[2] GOMES, Luiz Flávio. *Juizados criminais federais, seus reflexos nos juizados estaduais e outros estudos.* Série As Ciências Criminais no Século XXI – Vol. 08. São Paulo: RT, 2002, p. 24.

[3] O art. 27 da Lei 10.259 de 12 de julho de 2001 estabelece um período de *vacatio legis* de 06 (seis) meses da data de sua publicação.

4 "A Lei nº 10.259, de 11-07-2001, que trata dos Juizados Especiais Criminais Federais, dispondo no § 2º do art. 2º, serem de menor potencial ofensivo as infrações penais punidas em seu grau máximo até dois anos, sujeitas ou não a procedimento especial, revogou, tacitamente, o art. 61 da Lei n. 9.099/95, ampliando o número de infrações que comportam a transação". TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *O conceito de infração de menor potencial ofensivo dado pelo art. 61 da Lei n. 9.099/95 foi alterado pelo parágrafo único do art. 2º da Lei n. 10.259, de 12-7-2001*. http://www.ibccrim.org.br, 23.06.02.

[5] GOMES, Luiz Flávio. Ob. cit., p. 23.

[6] " Os crimes para os quais haja previsão de multa em abstrato alternativamente com pena privativa de liberdade qualquer que seja o montante desta. Tal conclusão decorre da parte final do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01 Assim, os crimes contra a relação de consumo previstos no art. 7º, da Lei nº 8.137/90, que são apenados com detenção de dois a cinco anos, ou multa, também são considerados de menor potencial ofensivo. O mesmo ocorre com o crime de destruição de floresta de preservação permanente, descrito no art. 38 da Lei nº 9.605/98, cuja pena é de detenção de um a três anos ou multa". GOLÇALVES, Vítor Eduardo Rios. *O novo conceito de infração de menor potencial ofensivo.* Boletim do Ibccrim, ano 10, nº 111, fevereiro/2002, p. 02.

[7] "Para os efeitos de se saber o que se entende por infração de menor potencial ofensivo o critério legislativo sempre foi o da pena de prisão máxima cominada (assim já ocorria com o art. 61, da Lei 9.099/95), não o da pena mínima (que vale, como sabemos, para a suspensão condicional do processo – art. 89 da Lei 9.099/

95). Se a prisão máxima excede a dois anos, ainda que haja cominação concomitante "ou multa", não se pode considerar esse delito como de menor potencial ofensivo". GOMES, Luiz Flávio. *Primeiras polêmicas sobre a nova competência dos Juizados Criminais*. Boletim do Ibccrim, ano 10, nº 111, fevereiro/2002, pp. 03/04.

[8] "A única interpretação possível do texto é a que define como infrações de menor potencial ofensivo os crimes com pena privativa de liberdade ou multa, ficam excluídos desta qualidade os que estabelecem em seu preceito secundário somente pena corporal ou esta cumulada com sanção pecuniária (multa)".
LOZANO JÚNIOR, José Lúcio. *Considerações sobre o âmbito de incidência da Lei dos Juizados Especiais Federais.* Boletim do Ibccrim, ano 10, nº 111, fevereiro/2002, p. 13.

[9] "É que para os efeitos de se saber o que se entende por infração de menor potencial ofensivo o critério legislativo sempre foi o da pena máxima cominada (antes um ano; agora dois anos), não o da pena mínima (que vale, repita-se, para a suspensão condicional do processo).
Não há dúvida de que entre a pena privativa e a pecuniária essa última é a mais branda, não servindo, portanto, de critério para a verificação do grau de ofensa da infração, pois este se mede pelo máximo de pena cominada". GOMES, Luiz Flávio. *Primeiras polêmicas sobre a nova competência dos Juizados Criminais.* Boletim do Ibccrim, ano 10, nº 111, fevereiro/2002, pp. 03/04.

[10] SOUSA, Cláudio Calo. *A incidência da Lei nº 10.259/01 no Juizado Especial Criminal Estadual.* Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, nº 13, abril/maio 2002, p. 155.

[11] "Em outras palavras, a CF sempre considerou que os Juizados Especiais deveriam ser tratados nos âmbitos estadual e federal distintamente, com regras que atendessem às respectivas peculiaridades. Ora, O STF já teve oportunidade de decidir que "não cabe invocar o princípio da isonomia onde a CF, implícita ou explicitamente, admitiu a desigualdade (RDA 128/220)".
Além disso, o próprio legislador, preocupado com os reflexos da L. 10.259/01, deixou claro que o conceito das infrações de menor potencial ofensivo, previsto no parágrafo único do art. 2º aplicar-se-ia, tão somente, no âmbito da Justiça Federal, ao utilizar a expressão "para os efeitos desta Lei" e, mais à frente, ao vedar expressamente a aplicação da nova lei à Justiça Estadual (cf. art. 20, parte final) e, como se sabe, a lei não contém termos ou expressões inúteis". MALULY, Jorge Assaf. DEMERCIAN, Pedro Henrique. *A lei dos Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal e o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo.* Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, nº 13, abril/maio 2002, p. 144.

[12] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Ob. cit., p.02.

[13] GOMES, Luiz Flávio. *Juizados criminais federais seus reflexos nos juizados estaduais e outros estudos.* Série As Ciências Criminais no Século XXI – Vol. 08. São Paulo: RT, 2002, p. 22.

[14] GOMES, Luiz Flávio. *Ampla jurisprudência aceita ampliação dos Juizados Criminais.* http://www.ibccrim.org.br, 23.06.02.

[15] SOUSA, Cláudio Calo. Ob. cit., pp. 156/157.

[16] Em verdade o delito de abuso de autoridade, em qualquer de suas múltiplas hipóteses (arts. 3º e 4º da Lei 4.898/65), talvez seja o único que possui pena inferior a dois anos e rito próprio que inviabilize a aplicação do conceito de pequeno potencial ofensivo. É que dentre as penas está previsto a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo de até 03 (três anos). Ademais, não se pode considerar de bagatela um dos delitos que afrontam de forma

mais evidente o Estado Democrático de Direito e as garantias individuais do cidadão".

[17] GOMES, Luiz Flávio. Ob. cit., p.26.

[18] "Atualmente, o caminho a seguir está plenamente definido: sendo coator o juiz de primeiro grau, a autoridade competente será a Turma Recursal; sendo esta a coatora, o Supremo Tribunal Federal. Os tribunais estaduais (Justiça e Alçada) carecem de competência". SILVEIRA, Solange Gomes da. Juizado especial criminal -Habeas Corpus- Competência. Síntese Jornal, ano 6, n° 61, março/2002, p.12.

A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

José Amintas Noronha de Meneses Júnior, Juiz de Direito

SUMÁRIO: Introdução; I– A supremacia da constituição e o ato jurídico inconstitucional: 1.1. A supremacia da constituição, 1.2. O ato jurídico inconstitucional; II– A coisa julgada: 2.1. Noções gerais sobre coisa julgada, 2.2. Fundamentos da coisa julgada, 2.3. Intangibilidade da coisa julgada; III– A coisa julgada inconstitucional e seus instrumentos de controle: 3.1. A coisa julgada inconstitucional, 3.2. Instrumentos de controle da coisa julgada inconstitucional;Conclusão;Bibliografia.

INTRODUÇÃO

O tema enfocado neste trabalho está a merecer dos juristas brasileiros uma melhor análise, posto que muito pouco se discute sobre a constitucionalidade dos atos judiciais e a possibilidade de se exercer o controle de constitucionalidade de tais atos, notadamente quando acobertados pelo manto da coisa soberanamente julgada, ou seja, quando já ultrapassado o prazo da ação rescisória.

A necessidade de se discutir a matéria objeto desta monografia fica evidente quando se observa que, ao longo de diversos anos de constitucionalismo, as atenções dos juristas sempre estiveram voltadas para o controle da constitucionalidade dos atos legislativos e normativos, discutindo-se a constitucionalidade ou inconstitucionalidade destes, mas sempre se esquecendo de se exercer um controle sobre os atos judiciais que, a exemplo daqueles, também são passíveis de serem desconformes à Constituição.

Exemplo da desatenção para com o tema em análise pode ser extraído da própria Constituição Federal de 1988. Nela, preocupou-se

o legislador constituinte em estabelecer o controle repressivo da constitucionalidade dos atos normativos e legislativos, adotando tanto o sistema de controle concentrado, de origem austríaca, como o sistema de controle difuso, de origem norte-americana.

O primeiro sistema é exercido por via da ação direta, sendo da competência do Supremo Tribunal Federal, a quem o artigo 102, inciso I, alínea "a", da Constituição Federal afirma competir a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

O segundo sistema pode ser exercido por todo e qualquer juiz, em qualquer grau de jurisdição, sendo exemplo dele a previsão contida no artigo 97 da Constituição Federal, no qual estabeleceu-se que somente pela maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial é que os tribunais poderão declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.

Como se vê, nos dois exemplos constitucionais acima citados, preocupou-se o legislador constituinte com o controle da constitucionalidade da lei ou ato normativo, não fazendo nenhuma menção ao controle da constitucionalidade da coisa julgada, o que demonstra a falta de atenção do legislador e do jurista brasileiros para com tão relevante tema.

Discorrendo sobre as razões do esquecimento pelo legislador do controle constitucional dos atos judiciais, afirmou o constitucionalista português Paulo Otero:

"As questões de validade constitucional dos atos do poder judicial foram objeto de um esquecimento quase total, apenas justificado pela persistência do mito liberal que configura o juiz como "a boca que pronuncia as palavras da lei" e o poder judicial como "invisível e nulo" (Montesquieu)"[1].

Realmente, durante vários anos institucionalizou-se o mito da intangibilidade das decisões judiciais, especialmente após a ocorrência da coisa julgada e quando já ultrapassado o prazo para sua

impugnação mediante as previsões legalmente estabelecidas no ordenamento jurídico, ainda que a coisa julgada significasse uma inconstitucionalidade. E este supremo valor dado à coisa julgada sempre teve como origem o princípio da segurança jurídica, inerente ao Estado de Direito na sua dimensão de princípio garantidor de certeza jurídica.

Analisando a segurança jurídica e os atos jurisdicionais, afirma Canotilho:

"O princípio da segurança jurídica não é apenas um elemento essencial do princípio do estado de direito relativamente a actos normativos. As idéias nucleares da segurança jurídica desenvolvem-se em torno de dois conceitos: (1) estabilidade ou eficácia ex post *da segurança jurídica dado que as decisões dos poderes públicos uma vez adaptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes; (2) previsibilidade ou eficácia* ex ante *do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos"*[2].

Exatamente com base na eficácia *ex post* da segurança jurídica é que se desenvolveu o princípio da intangibilidade da coisa julgada, visto, durante vários anos, como dotado de caráter absoluto, buscando-se, com isso, garantir a estabilidade das relações jurídicas submetidas à apreciação do Poder Judiciário.

Além da preservação da estabilidade jurídica, também contribuiu para o legislador constituinte não ter previsto o controle constitucional dos atos jurisdicionais a idéia largamente difundida, embora visivelmente equivocada, de que o Poder Judiciário é o defensor máximo dos direitos e garantias assegurados no ordenamento jurídico e, portanto, na própria Constituição, razão pela qual suas decisões não poderiam ser inconstitucionais.

Ocorre que, como bem lembra Paulo Otero, "como sucede com os outros órgãos do poder público, também os tribunais podem desenvolver uma actividade geradora de situações patológicas, proferindo decisões que não executem a lei, desrespeitem os direitos individuais ou cujo conteúdo vá ao ponto de violar a Constituição"[3].

Sendo possível o ato jurisdicional inconstitucional, e não tendo a Constituição Federal previsto o controle da constitucionalidade dos atos jurisdicionais, cabível é a seguinte reflexão: estão os atos jurisdicionais imunes ao controle de constitucionalidade?

Ora, sabido é que a Constituição Federal de 1988 consagrou, em seu artigo 1º, o Estado Democrático de Direito, garantindo a supremacia da Constituição como conseqüência da idéia decorrente da Revolução Francesa de limitação do poder político do Estado e do primado da lei enquanto expressão da vontade geral, sendo este o verdadeiro meio de se assegurar aos cidadãos a tutela da segurança como valor máximo de organização da sociedade. Busca-se, com a supremacia da Constituição, garantir a segurança jurídica, assegurando-se que todos os atos do Poder Público e todo o ordenamento jurídico estejam conforme a Constituição Federal.

Portanto, em nome do Estado Democrático de Direito constitucionalmente assegurado, deve-se sempre garantir a supremacia da Constituição, inclusive quando em confronto com a intangibilidade das decisões judiciais, posto que, embora seja esta importante para a estabilidade das relações jurídicas e, por conseqüência, para a própria segurança jurídica, não há como se falar em segurança quando se admitir como possível que qualquer ato emanado do Poder Público possa contrariar a Constituição Federal sem que seja possível controlar os seus efeitos, posto que, nesta hipótese, estar-se-ia admitindo como possível quebrar-se a supremacia da Constituição, retirando-se do cidadão não apenas a segurança criada pela decisão judicial de uma única relação jurídica, mas sim a segurança de todo um Estado de Direito limitador do poder estatal que, em tal hipótese, já não mais encontraria barreira na supremacia da Constituição.

Sobre o controle da constitucionalidade dos atos jurisdicionais ainda não cobertos pelo manto da coisa julgada, dúvidas não há sobre o seu cabimento, posto que estão previstos na legislação processual civil brasileira diversos mecanismos de contornos bem conhecidos, como os recursos ordinários e extraordinários.

No entanto, em relação à decisão judicial inconstitucional não mais passível de impugnação recursal, matéria a ser analisada nesta

monografia, a legislação brasileira nada disciplina sobre o controle de constitucionalidade, razão pela qual cabem agora as seguintes reflexões: existe um mecanismo de controle de constitucionalidade da coisa julgada ou é esta isenta de fiscalização? Verificando-se que uma decisão judicial sob o manto da coisa julgada contraria a Constituição, seja porque dirimiu o conflito aplicando lei posteriormente declarada inconstitucional, seja porque deixou de aplicar determinada norma constitucional por entendê-la inconstitucional ou, ainda, porque deliberou contrariamente a regra ou princípio diretamente contemplado na Constituição Federal, poderá ela ser objeto de controle?

As questões acima postas serão respondidas no decorrer deste trabalho, no qual inicialmente será feita uma análise da supremacia da Constituição, após o que estudar-se-á o ato jurídico inconstitucional, passando-se à coisa julgada e ao sistema de sua proteção no direito brasileiro para, em seguida, ser examinada a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos que devem ser utilizados para seu controle.

O tema desta monografia mostra-se relevante no contexto atual posto que cada vez mais se cobra do juiz o papel de guardião da constitucionalidade, estando em curso uma verdadeira transição de um estado legislativo para um estado judicial executor da Constituição, onde há uma maior valorização do papel do juiz, a quem compete examinar inclusive a constitucionalidade e legalidade dos atos dos demais poderes.

Desta forma, conferida tal atribuição aos juízes, aliada ao fato de que cada vez mais as normas trazem conceitos indeterminados e abertos que exigem do juiz um maior papel interpretativo e concretizador do Direito, deve haver uma maior preocupação com a constitucionalidade e legalidade das decisões judiciais, não se podendo deixá-las sem um controle efetivo, sob pena de concretizar-se a advertência de Neumann, citado por Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, segundo o qual caminha-se para uma verdadeira “perversão do Estado de Direito em Estado Judicial”[4].

Também justifica a preocupação com a matéria objeto deste trabalho a exigência de uma nova postura diante da perplexidade gerada nos jurisdicionados pela existência de julgamentos antagônicos

que, após acobertados pelo manto da coisa julgada, são entendidos como imutáveis, ainda que um deles traga em seu âmago o vício da inconstitucionalidade.

Assim sendo, demonstrada está a necessidade de se repensar o controle da coisa julgada inconstitucional, visando-se a preservação da supremacia da Constituição e, portanto, do próprio Estado de Direito, repensando-se qual é o real objetivo da segurança jurídica dentro deste contexto de aparente conflito entre a intangibilidade da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade.

I – A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E O ATO JURÍDICO INCONSTITUCIONAL

1.1. A supremacia da Constituição

Pressupõe a supremacia constitucional a existência de um escalonamento normativo no qual a Constituição, sendo a norma positiva através da qual é regulada a produção das normas jurídicas gerais, encontra-se no ápice da hierarquia das normas. Afinal, é na Constituição que o legislador tem que buscar a forma de elaboração legislativa, bem como o seu conteúdo.

Discorrendo sobre a supremacia normativa da Constituição, afirma Canotilho:

"Ao falar-se do valor normativo da Constituição aludiu-se à Constituição como "lex superior", quer porque ela é fonte da produção normativa (norma normarum) *quer porque lhe é reconhecido um valor normativo hierarquicamente superior (superlegalidade material) que faz dela um parâmetro obrigatório de todos os actos estaduais. A idéia de superlegalidade formal (a constituição como norma primária da produção jurídica) justifica a tendencial rigidez das leis fundamentais, traduzida na consagração, para as leis de revisão, de exigências processuais, formais e materiais, agravadas ou reforçadas relativamente às leis ordinárias. Por sua vez, a parametricidade material das normas constitucionais conduz à exigência da conformidade substancial*

de todos os actos do Estado e dos poderes públicos com as normas e princípios hierarquicamente superiores da Constituição. Da conjugação destas duas dimensões – superlegalidade material e superlegalidade formal da constituição – deriva o princípio fundamental da constitucionalidade dos actos normativos: os actos normativos só estarão conformes com a constituição quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses actos, e quando não contrariem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas regras ou princípios constitucionais" [5].

Nas constituições rígidas, como o modelo brasileiro, verifica-se a superioridade das normas constitucionais posto que criadas no momento histórico próprio, qual seja, a Assembléia Nacional Constituinte, momento no qual o povo, por seus representantes, exerce a sua soberania estabelecendo as normas que, doravante, irão impor limites ao poder estatal, organizar as funções estatais e estabelecer os direitos e garantias fundamentais.

A partir do citado momento histórico os limites do poder estatal já estão estabelecidos, razão pela qual não pode o Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária, ultrapassá-los, posto que neste momento não estarão no exercício do poder constituinte, que é soberano, mas sim do poder legiferante que, apesar de autônomo, não é soberano, por dever obediência aos limites estabelecidos pelo poder constituinte.

Em conseqüência, nas constituições rígidas nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorre, pode vir a contrariá-la, modificá-la ou suprimi-la. Em relação a essa rigidez constitucional, afirma Kelsen:

"As constituições escritas contêm em regra determinações especiais relativas ao processo através do qual, e através do qual somente, podem ser modificadas. O princípio de que a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica, é o princípio da legitimidade" [6].

Como acima afirmado, o princípio da legitimidade impede que todo e qualquer ato, sem a obediência das normas disciplinadas na própria Constituição, venha a contrariá-la, posto que estaria confrontando a própria soberania popular e, por conseqüência, seria ilegítimo, a não ser que venha a inaugurar uma nova ordem constitucional.

Portanto, a garantia mais eficaz e concreta de uma Constituição rígida é a vedação de sua modificação pela legislação ordinária, vedação esta que, por conseqüência lógica, torna necessário o exame da compatibilidade da legislação ordinária com a ordem constitucional, exame este que recebe o nome de controle de constitucionalidade.

Registre-se que, como afirma Alexandre de Moraes, "a idéia de intersecção entre controle de constitucionalidade e constituições rígidas é tamanha que, no Estado onde inexistir o controle, a Constituição será flexível, pois o poder constituinte ilimitado estará em mãos do legislador ordinário"[7].

Até este momento, falou-se apenas da supremacia das normas constitucionais diante da atividade do legislador ordinário. No entanto, como adiante será demonstrado, desde o início do constitucionalismo moderno a idéia da supremacia constitucional traz consigo a imposição de limites ao poder do Estado e de todas suas autoridades constituídas, seja este manifestado por qualquer de suas funções, e não só pela função legislativa.

Saliente-se que, mesmo no constitucionalismo antigo, já havia a idéia de supremacia da Constituição. Aliás, mesmo antes da existência das Constituições escritas, já podia ser identificada, posto que mesmo em sistemas jurídicos mais antigos existiu uma espécie de supremacia de uma determinada lei ou um corpo de leis, que hoje chamar-se-ia Constituição, em relação a outras leis que, em termos modernos, seriam chamadas de leis ordinárias[8].

Já no constitucionalismo antigo havia a vinculação do Soberano e dos Tribunais às normas que disciplinavam direitos e garantias fundamentais, razão pela qual os atos jurisdicionais deviam respeito às citadas normas que, no entanto, poderiam sofrer alteração por atos legislativos ordinários do Parlamento, que era supremo posto que re-

presentante da supremacia da vontade popular, razão pela qual não estavam os seus atos sujeitos a controle de constitucionalidade.

Portanto, mesmo no constitucionalismo antigo, pode-se observar a submissão dos atos jurisdicionais à supremacia da Constituição que, desde aquela época, já impunha limites aos abusos do poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas, consagrando-se princípios básicos da legalidade e da igualdade.

Passando-se ao constitucionalismo moderno, inaugurado após a independência dos Estados Unidos da América, tem como principal característica diferenciadora do antigo constitucionalismo o desenvolvimento do conceito de um poder constituinte soberano e pertencente ao povo[9], poder este que vincula todos os órgãos e funções estatais, até mesmo a função legislativa, não controlada no constitucionalismo antigo.

A idéia de uma soberania popular para a qual todas as funções estatais, também chamadas de poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário), estão vinculadas foi exposta inicialmente no livro *Qu'est-ce que le tiers état?*, de Emmanuel Joseph Sieyès, obra esta que tem como base o ideal da Revolução Francesa, em que o autor, expondo as reivindicações da burguesia, traz a idéia de um poder constituinte como a expressão maior da vontade política de um povo, responsável pela criação de um novo Estado, organizando-o e criando as funções destinadas a reger os interesses da comunidade.

Por sua vez, a idéia de um poder constituinte soberano é o suporte lógico da existência da supremacia das normas constitucionais em relação ao restante do ordenamento jurídico, as quais, em regra, não poderão ser modificadas pelos poderes constituídos. Nasce, assim, a supremacia material das normas constitucionais e conseqüente incompatibilidade de qualquer lei, conduta, ato normativo ou jurisdicional com elas colidentes.

Surge também a chamada supremacia formal das normas constitucionais, pois os poderes ou funções estatais têm origem na própria Constituição, o que gera a existência de um escalonamento normativo no qual a Constituição, sendo a norma positiva através da qual é regulada a produção das normas jurídicas gerais, encontra-se no topo da

pirâmide.

Também em decorrência do reconhecimento de um poder constituinte popular e soberano torna-se necessária a previsão de alteração constitucional por procedimentos legislativos especiais, originando-se as Constituições rígidas, como a Constituição Brasileira de 1988, na qual está previsto que a sua alteração só pode ser realizada por um processo legislativo mais solene e dificultoso do que o existente para a edição das demais espécies normativas.

Por fim, ainda em decorrência da supremacia do poder constituinte popular, surge a idéia de controle de constitucionalidade, não só em relação aos atos do soberano e dos tribunais, como ocorria no constitucionalismo antigo, mas também em relação aos atos do próprio Legislativo. Esta, aliás, é uma característica que separa o constitucionalismo antigo do moderno, como afirma Alexandre de Moraes:

"Diferentemente do constitucionalismo antigo, o moderno limita o poder não só do soberano (Executivo) e dos tribunais (Judiciário), como também do próprio Parlamento, cujo respeito ao texto constitucional deve ser observado"[10].

Portanto, conclui-se que, dentro do constitucionalismo moderno, como conseqüência do poder popular soberano, fruto do pensamento da Revolução Francesa, vigora a idéia do poder constituinte popular e soberano, razão pela qual, em decorrência de tal soberania, todos os outros poderes ou funções dele decorrentes são constituídos e, portanto, limitados ao regramento previamente estabelecido na manifestação da soberania popular, ou seja, na Constituição.

Assim sendo, todos os atos emanados das funções constituídas (Legislativa, Executiva ou Judiciária) devem observância à Constituição, por ser esta a verdadeira expressão da soberania popular. Como conseqüência lógica, todos os atos originados de tais funções podem e devem ser submetidos ao controle de constitucionalidade, tenham eles origem no Poder Legislativo, Executivo, ou Judiciário, sendo o controle da constitucionalidade deste último o objeto desta monografia, desde já demonstrado como possível.

1.2. O ato jurídico inconstitucional

Como acima já exposto, os atos das três funções ou poderes estatais devem obediência à Constituição Federal, uma vez que nesta encontram seu fundamento de validade.

Este regramento decorre do princípio da constitucionalidade, inerente ao Estado de Direito, estabelecido no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, que exige que os atos praticados sejam conformes com a Constituição.

O referido princípio, como já demonstrado, vincula não só o Poder Legislativo, mas sim todos os poderes e órgãos do Estado, os quais, para a edição de um ato, deverão observar quem é constitucionalmente competente para tanto, a forma e o processo previstos na Constituição e ainda não contrariar o conteúdo constitucional, sob pena de dotarem o seu ato do vício da inconstitucionalidade.

O ato inconstitucional, em decorrência do princípio da constitucionalidade, não tem validade por contrariar a própria Constituição Federal que lhe serve de fundamento, razão pela qual, não possuindo legitimação, é incapaz de produzir efeitos, sob pena de, ao se aceitar a produção destes efeitos, ainda que temporários, admitir-se a idéia de que um simples ato pode suspender parcial e provisoriamente a Constituição, o que não é possível dentro do Estado de Direito.

Demonstrada a extensão do vício da inconstitucionalidade, que impede a produção de efeitos, resta agora discorrer sobre a natureza do vício de que é dotado o ato inconstitucional.

Discorrendo sobre as categorias de vícios do ato jurídico, afirma Miguel Reale:

"De grande relevo é a distinção entre atos nulos, anuláveis e inexistentes. Os primeiros são atos que carecem da validade formal ou vigência, por padecerem de um vício insanável que os compromete irremediavelmente, dada a preterição ou a violação de exigências que a lei declara essenciais.

Anuláveis, ao contrário, são aqueles atos que se constituem

com desobediência a certos requisitos legais que não atingem a substância do ato, mas sim a sua eficácia, tornando-lhes inaptos a produzir os efeitos que normalmente lhe deveriam corresponder. Daí dizer-se, com terminologia a ser empregada com o devido critério, que os atos nulos estão eivados de nulidade absoluta, enquanto que os anuláveis padecem de nulidade relativa. O certo é que os segundos podem ser sanados ou ratificados, através de processos que variam segundo a natureza da matéria disciplinada.

...

Vejam agora como se conceituam os atos jurídicos inexistentes, cuja existência é contestada, a nosso ver, sem razão por diversos autores que, pura e simplesmente, os equiparam aos atos nulos, ou os repelem como elementos estranhos ao Direito.

Mas como há necessidade de repelir eventuais pretensões fundadas em situações resultantes de atos juridicamente embrionários, não se pode confundir a inexistência, - que é um vício antes natural ou fático, devido à falta de elementos constitutivos, - com a nulidade, que resulta da não correspondência dos elementos existentes com as exigências prefiguradas em lei. O ato inexistente, na realidade, carece de algum elemento constitutivo, permanecendo juridicamente embrionário, ainda in fieri*, devendo ser declarada a sua não-significação jurídica, se alguém o invocar como base de uma pretensão. Os atos nulos ou anuláveis, ao contrário, já reúnem todos os elementos constitutivos, mas de maneira aparente ou inidônea a produzir efeitos válidos, em virtude de vícios inerentes a um ou mais de seus elementos constitutivos"*[11].

Analisando o acima exposto, conclui-se que o ato inconstitucional pertence à categoria dos atos nulos, carecendo de validade em virtude do vício que o compromete de forma irremediável, qual seja, a inconstitucionalidade.

Saliente-se que parte da doutrina afirma que o ato inconstitucional pertence à categoria dos atos inexistentes. No entanto, na hipótese de ato inconstitucional não há um vício fático nem uma mera aparência de ato, como ocorre com os atos inexistentes, de que é exemplo uma sentença assinada por quem não exerça jurisdição. Apesar de desconforme à Constituição, o ato inconstitucional existe no plano fático, reunindo as condições para ser identificado como um ato jurídico, não lhe faltando elementos materiais. Contrapondo-se à supre-

macia da Constituição, falta ao ato inconstitucional validade, padecendo do vício absoluto e irremediável da inconstitucionalidade. Assim sendo, tipifica caso de nulidade, e não de inexistência.

Ressalte-se também que o ato inconstitucional não pode ser considerado anulável, como demonstra uma breve análise do sistema de controle judicial de constitucionalidade da lei e do ato normativo.

Observando-se inicialmente o controle judicial concentrado, exercido pela ação direta, extrai-se que a decisão que declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma produz efeitos gerais e retroativos, e não apenas a partir do momento da decisão que, por tal motivo, não tem natureza constitutiva, como seria no caso de ser anulável a norma constitucional, mas sim declaratória, o que demonstra ser o vício da inconstitucionalidade uma espécie do gênero nulidade.

Neste sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

"*Ação Direta de Inconstitucionalidade – Controle Normativo Abstrato – Natureza do Ato Inconstitucional – Declaração de Inconstitucionalidade – Eficácia Retroativa – O Supremo Tribunal Federal como Legislador Normativo - Revogação Superveniente do Ato Normativo Impugnado - Prerrogativa Institucional do Poder Público - Ausência de Efeitos Residuais Concretos. Prejudicialidade.*

- O repúdio do ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da Constituição. Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de menor grau de positividade jurídica guardem, necessariamente, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na Carta Política, sob pena de ineficácia e de conseqüente inaplicabilidade.

- Atos inconstitucionais são por isso mesmo, nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica.

- A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico que inquina de total nulidade os atos emanados do Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe – ante a sua inaptidão para produzir

efeitos jurídicos válidos – a possibilidade de invocação de qualquer direito.

- A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as conseqüências daí decorrentes, inclusive a plena restauração das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. Esse poder excepcional – que extrai a sua autoridade da própria Carta Política – converte o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro legislador negativo"[12].

Passando-se ao controle judicial difuso, nele a decisão produz efeitos somente entre as partes que estavam litigando, mas também retroativos. Portanto, a sentença aqui também tem natureza declaratória, confirmando que o vício da inconstitucionalidade tipifica nulidade. Neste sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

"Declarada a inconstitucionalidade de uma lei, ela alcança, inclusive, os atos do passado praticados com base nessa lei"[13].

Saliente-se que o fato da suspensão da execução da lei declarada inconstitucional, realizada pelo Senado Federal, não ter efeitos retroativos em nada prejudica a tese da nulidade, posto que qualquer cidadão prejudicado pela inconstitucionalidade da lei que teve a sua execução suspensa poderá ingressar em juízo visando obter efeitos retroativos para o seu caso específico, a exemplo do que ocorreu com a parte do feito que originou a decisão de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e posterior suspensão da execução da norma pelo Senado Federal.

Portanto, como visto acima, segundo o sistema de controle judicial de constitucionalidade o ato inconstitucional não pode produzir efeitos e, portanto, é nulo, e não anulável, mesmo porque, como já afirmado, admitir-se a produção de efeitos por uma lei inconstitucional, ainda que temporariamente, seria admitir a idéia de que um simples ato pode suspender parcial e provisoriamente a Constituição, o que não é possível dentro do Estado de Direito.

Entretanto, o legislador ordinário, ao disciplinar o processo e

julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, estabeleceu no artigo 27 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, que "ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

Com a edição da norma acima transcrita, concedeu-se ao Supremo Tribunal Federal o poder de, ao decidir pela inconstitucionalidade de um ato normativo, permitir que mesmo assim venha ele a produzir efeitos, o que significa dizer que não mais seria ele nulo, mas tão somente anulável.

Tal norma, no entanto, não vem a negar a teoria da nulidade anteriormente exposta posto que, apesar de adotada em outros modelos constitucionais, é de flagrante inconstitucionalidade dentro do atual sistema constitucional brasileiro.

Afinal, o artigo 1º da Constituição Federal de 1988, rígida, consagrou o Estado de Direito, assegurando-se a supremacia das normas constitucionais, razão pela qual deve-se reconhecer hierarquia constitucional ao postulado da nulidade da lei inconstitucional. Em conseqüência, não poderia o legislador ordinário ter editado a norma em exame que, reconhecendo a possibilidade da lei ou ato normativo inconstitucional produzir efeitos, terminou por ferir o princípio da supremacia da Constituição e, por conseqüência, o Estado de Direito constitucionalmente estabelecido pela soberania popular.

Argumentando sobre a hierarquia constitucional do postulado da nulidade da lei incompatível com a Constituição, afirmou Gilmar Ferreira Mendes:

"Tanto o poder do Juiz de negar aplicação à lei inconstitucional, quanto a faculdade assegurada ao indivíduo de negar observância à lei inconstitucional demonstram que o constituinte pressupôs a nulidade da lei inconstitucional.

Nessa medida, é imperativo concordar com a orientação do Supremo Tribunal Federal que parece reconhecer hierarquia constitu-

cional ao postulado da nulidade da lei incompatível com a Constituição"[14].

Ademais, uma interpretação histórica também demonstra a inconstitucionalidade da previsão do artigo 27 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. É que na Assembléia Constituinte realizada entre 1986 e 1988 foi proposta a introdução de dispositivo semelhante que autorizava o Supremo Tribunal Federal a determinar se a lei que teve sua inconstitucionalidade declarada no controle abstrato de normas haveria de perder eficácia *ex tunc*, ou se deixaria de ter eficácia a partir da data da publicação da decisão, proposta esta rejeitada pela Assembléia Constituinte que, assim agindo, preservou a orientação de ser nulo de pelo direito o ato inconstitucional[15].

Portanto, apesar do artigo 27 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, ter admitido a hipótese da anulabilidade da lei ou ato normativo inconstitucional, demonstrado está que, diante da inconstitucionalidade acima exposta em breves argumentos, mesmo porque não se trata do objeto deste trabalho, o ato normativo inconstitucional continua a ser nulo dentro do sistema jurídico brasileiro mesmo porque, se assim não se entender, deixou de ser rígida a Constituição de 1988.

Ora, se nulos são os atos normativos e as leis contrárias à Constituição, nulos também são os atos jurisdicionais inconstitucionais, mesmo porque o Poder Judiciário, assim como os demais poderes ou funções estatais, encontra o seu fundamento de validade na Constituição, razão pela qual seus atos estão submetidos à supremacia da Constituição e, caso venham a contrariá-la, são nulos, não podendo produzir efeitos.

No entanto, ao se tratar de decisão judicial, matéria objeto deste estudo, sempre se tem a falsa impressão de que o seu controle de constitucionalidade somente é possível até o trânsito em julgado, após o que a decisão judicial adquiriria uma imutabilidade capaz de superar até mesmo o vício da inconstitucionalidade.

No entanto, como adiante se demonstrará, a decisão judicial, mesmo que já consumada a coisa julgada, pode ser submetida ao controle de constitucionalidade, deixando inclusive de gerar seus efei-

tos se vier a contrariar a Constituição, posto que nula.

Antes, no entanto, de se passar para esta argumentação, necessário se faz analisar o real contorno do instituto da coisa julgada e de sua intangibilidade, o que será feito no próximo capítulo.

II – A COISA JULGADA

2.1. Noções gerais sobre coisa julgada

Tendo o Estado avocado a jurisdição, tem a obrigação de decidir as lides que lhe são submetidas a julgamento, buscando uma solução definitiva e indiscutível para o litígio que provocou o exercício do direito de ação e a instauração do processo, o que faz pelo seu Poder Judiciário que, com a entrega da sentença, solve a obrigação do Estado de decidir a questão quanto à aplicação do direito.

Tem a sentença como efeito principal "esgotar o ofício do juiz e acabar a função jurisdicional", conforme disciplinado no artigo 463 do Código de Processo Civil.

Já a coisa julgada, tida por parcela da doutrina como efeito da sentença, apresenta-se, em verdade, como uma qualidade da sentença assumida em determinado momento processual, qual seja, o momento em que o julgado e seus efeitos tornam-se imutáveis.

Conceituando o que seja o instituto da coisa julgada, disciplina o artigo 467 do CPC que "denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário", a partir de quando passa a ter força de lei "nos limites da lide e das questões decididas", conforme previsto no artigo 468 do Código de Processo Civil.

Além do artigo 467 do Código de Processo Civil, acima já transcrito, o artigo 6º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil define o instituto da coisa julgada ou caso julgado como sendo "a decisão judicial de que não mais caiba recurso".

Apesar de tais definições legais, o instituto da coisa julgada

não se esgota nestes dispositivos.

Na acepção literal dos vocábulos, pareceria, numa primeira análise, que coisa significa objeto. Todavia, não é essa a noção jurídica que traduz, e sim a de uma medida de valor que pode ser objeto de direito ou até mesmo a noção de bem ou de relação jurídica. Por sua vez, o adjetivo "julgada" qualifica a matéria que foi objeto de apreciação judicial.

Portanto, a definição de coisa julgada envolve algo mais do que a simples soma de seus termos, representando um conceito jurídico que, como já dito, qualifica uma decisão judicial, atribuindo-lhe autoridade e eficácia.

Assim sendo, considerando-se que o conceito de coisa julgada difere da soma de seus termos, cabe aos juristas a construção do conceito, o qual tem variado no tempo e no espaço, posto que, por exemplo, a compreensão da coisa julgada do direito inglês não coincide com a do direito francês.

Dentro do próprio direito brasileiro são identificadas idéias diversas em torno da projeção do instituto da coisa julgada, dependendo apenas do momento histórico e da doutrina consultada.

Conceituando coisa julgada há muitos séculos, Modestino, no Digesto, expôs: "Diz-se coisa julgada a que, pelo pronunciamento do Juiz, alcança o fim das controvérsias, o que acontece pela condenação ou pela absolvição"[16].

Já Celso Neves afirma que "coisa julgada é o efeito da sentença definitiva sobre o mérito da causa que, pondo termo final à controvérsia, faz imutável e vinculativo, para as partes e para os órgãos jurisdicionais, o conteúdo declaratório da decisão judicial" [17].

Por seu turno, Guilherme Estellita, citado por Sérgio Gilberto Porto, observa que "na coisa julgada o que sobreleva a tudo o mais e lhe constitui a essência mesma, é a autoridade, é a força, é a eficácia atribuída à decisão judicial. A inadmissibilidade de recursos é apenas um requisito à aquisição daquele poder"[18].

Certo é que a conceituação da coisa julgada é extremamente dificultosa, devendo-se concordar que, como afirmado por Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, "muitas são as tentativas de conceituar o que substancialmente seja o fenômeno da coisa julgada. Do ponto de vista prático, que é o mais importante para o operador do direito, assim como para os seus destinatários finais, a coisa julgada realmente se apresenta como a indiscutibilidade da nova situação jurídica declarada pela sentença e decorrente da inviabilidade recursal"[19].

Do conceito acima exposto extrai-se que a coisa julgada não se confunde com a sentença, mas consiste no julgamento nela contido, ou, no dizer de Moniz de Aragão, "na norma jurídica concreta que deve disciplinar a situação submetida à cognição judicial, por ela revelada"[20].

No entanto, para haver a coisa julgada, exige-se mais do que o pronunciamento pelo Judiciário da norma jurídica que vai pôr fim à lide, ou seja, ao conflito de interesses deduzidos em juízo. Necessário se faz que a decisão judicial que dita a vontade concreta da lei não mais seja passível de recurso, como afirmado por Moniz de Aragão:

"Para o direito atual, a locução coisa julgada não designa apenas o julgamento da res, mas, isto sim, a especial autoridade de que fica investido quando preclui (ou se esgota) a faculdade de contra ele recorrer, o que o torna imutável. A imutabilidade do julgamento, pois, é que consubstancia a coisa julgada"[21].

Com efeito, uma vez publicada a sentença, torna-se ela irretratável para o julgador que a proferiu, conforme estabelecido no artigo 463 do Código de Processo Civil. No entanto, o vencido não está obrigado a aceitar esta primeira resposta dada pelo Poder Judiciário, razão pela qual pode impugná-la, valendo-se do duplo grau de jurisdição consagrado pelo nosso sistema judiciário, pedindo a outro órgão superior do Judiciário que reexamine o julgado, o que fará utilizando o sistema recursal.

Tal possibilidade de impugnação à sentença, entretanto, não fica eternamente à disposição do vencido, uma vez que para todo e qualquer recurso a lei estipula prazo certo e preclusivo, razão pela

qual, vencido o termo legal sem a interposição do recurso pelo vencido, ou decididos todos os recursos interpostos, sem possibilidade de apresentação de outros recursos, a sentença torna-se definitiva e imutável, adquirindo a qualidade de coisa julgada.

Enquanto pendente de recurso, ou enquanto o recurso pende de julgamento, a sentença apresenta-se apenas como um ato judicial tendente a traduzir a vontade da lei ao caso concreto.

Por isto é que, como ensina Moacyr Amaral Santos, "somente pelo esgotamento dos prazos de recursos, excluída a possibilidade de nova formulação, é que a sentença, de simples ato do magistrado, passará a ser reconhecida pela ordem jurídica como a emanação da vontade da lei"[22].

Portanto, enquanto sujeita a recurso, a sentença não passa de uma situação jurídica que, embora possa produzir efeitos em alguns casos, como na hipótese da execução provisória, não é imutável, sendo passível de reforma por meio de recursos. Somente num segundo estágio, quando não mais estiver suscetível a recursos, é que ocorrerá o trânsito em julgado, tornando a decisão, na acepção de norma jurídica concreta, dotada de autoridade, ou seja, imutável e indiscutível para todos os que dela fizeram parte, excluindo-se qualquer novo debate e julgamento sobre aquilo que foi decidido e transitou em julgado.

Assim sendo, conclui-se que o conceito de coisa julgada está umbilicalmente relacionado à idéia de imutabilidade da questão decidida.

2.2. Fundamentos da coisa julgada

A autoridade da coisa julgada tem sido justificada pela doutrina com base em dois fundamentos. O primeiro é de natureza política ou filosófica. O segundo é de natureza jurídica.

Quanto ao primeiro, de natureza política, consiste na opção feita pelo sistema de que a partir de certo momento a sentença deverá se tornar indiscutível, seja ela correta ou incorreta, justa ou injusta, com o que se pretende conferir estabilidade à relação jurídica posta à

apreciação, definindo-a, evitando-se o caos que seria a eternização das lides, posto que geraria uma total insegurança jurídica.

Tratando do fundamento político da coisa julgada, explica Moacyr Amaral Santos:

"A verdadeira finalidade do processo, como instrumento destinado à composição da lide, é fazer justiça, pela atuação da vontade da lei ao caso concreto. Para obviar a possibilidade de injustiças, as sentenças são impugnáveis por via de recursos, que permitem o reexame do litígio e a reforma da decisão. A procura da justiça, entretanto, não pode ser indefinida, mas deve ter um limite, por exigência da ordem pública, qual seja, a estabilidade dos direitos, que inexistiria se não houvesse um termo além do qual a sentença se tornou imutável"[23].

No tocante ao fundamento jurídico, é ele disputado por várias teorias expostas pela doutrina.

A primeira teoria, firmada com base em Ulpiano, identifica a autoridade da coisa julgada na presunção da verdade contida na sentença. Para esta teoria, a finalidade do processo era a busca da verdade. No entanto, como nem sempre a sentença produz a verdade real, nem por isso deixaria ela de adquirir autoridade de coisa julgada, razão pela qual, não podendo afirmar que a sentença sempre representa a verdade material, idealizaram como fundamento jurídico para a coisa julgada a presunção de verdade.

A segunda teoria, elaborada por Savigny, é chamada de Teoria da Ficção da Verdade ou da Verdade Artificial. Nela, partiu-se da constatação de que também as sentenças ilegais adquiriam autoridade de coisa julgada. Assim sendo, aduziu-se que a sentença constituía mera ficção da verdade, uma vez que a declaração nela contida nada mais representava do que uma verdade aparente e, em decorrência, produzia uma verdade artificial.

Além das teorias já citadas, encontra-se em Pachenstecher a chamada Teoria da Força Substancial da Sentença, em Hellwig a Teoria da Eficácia da Declaração, em Ugo Rocco a Teoria da Extinção da Obrigação Jurisdicional e em Carnelutti a Teoria da Estabilidade do

Ato.

Contudo, merece ainda destaque a Teoria de Chiovenda, segundo o qual a autoridade da coisa julgada reside no fato de provir do Estado, isto é, na imperatividade do comando da sentença, onde concentra-se a força da coisa julgada.

Por fim a Teoria de Liebman que, ao investigar sobre as razões do instituto da coisa julgada, não vislumbrava a autoridade como sendo mais um efeito da sentença, mas sim como uma qualidade que aos efeitos se somava, para torná-los imutáveis.

Filiando-se ao entendimento de Liebman, o Código de Processo Civil de 1973 não considera a coisa julgada como um efeito da sentença. Qualifica-a como uma qualidade especial do julgado, que reforça a sua eficácia através da imutabilidade conferida ao conteúdo da sentença como ato processual e na imutabilidade de seus efeitos.

Diante de todas as teorias expostas, pode-se concluir que, em última análise, os fundamentos da coisa julgada residem na teleologia da sentença, qual seja, regular definitivamente certa relação jurídica, gerando, a exemplo da prescrição, uma segurança jurídica nas relações exigida para a manutenção da ordem pública, incompatível com a perpetuação das incertezas que seriam criadas pela perpetuação dos litígios.

Como afirma Humberto Theodoro Júnior, “a própria lei quer que haja um fim à controvérsia da parte. A paz social o exige. Por isso também é a lei que confere à sentença a autoridade de coisa julgada, reconhecendo-lhe, igualmente, a força de lei para as partes do processo”[24].

2.3. Intangibilidade da coisa julgada

Do acima já exposto, extrai-se como conclusão da autoridade da coisa julgada a imutabilidade do seu conteúdo, sendo esta uma exigência da boa administração da Justiça, da funcionalidade dos tribunais e da salvaguarda da paz social, evitando-se que uma lide dê origem a diversas relações processuais, impedindo que haja soluções

contraditórias sobre a mesma lide e garantindo a solução definitiva dos litígios submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

Portanto, conclui-se que a coisa julgada é, a exemplo da prescrição, verdadeira expressão dos valores de segurança e certeza, indispensáveis a qualquer ordem jurídica.

Discorrendo sobre a segurança jurídica, destaca Canotilho que tal idéia se desenvolve em torno de dois conceitos: a estabilidade, fazendo com que as decisões tornem-se imutáveis, salvo quando ocorram pressupostos materiais relevantes, e a previsibilidade, tornando certo e calculável para os cidadãos os efeitos jurídicos dos atos normativos[25].

Realmente, a incerteza jurídica causa problemas não só para as partes que estão em litígio, mas também para toda a sociedade que fica perplexa diante da dúvida sobre a regra que deve prevalecer no litígio, bem como afetada pelo risco de não prevalecerem no convívio social as regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico para a preservação do relacionamento civilizado.

Saliente-se que é exatamente da necessidade de se pacificar os litígios e definir as regras aplicáveis a cada caso concreto que se retira a função do Judiciário que, exercitando a soberania do Estado, existe para dirimir os conflitos, tornando possível o convívio social.

Para quase nada serviria o Judiciário se o seu provimento não tivesse uma condição de estabilidade, de definitividade. Afinal, se assim não fosse, as partes, mesmo logo após encerrado o processo, restabeleceriam as divergências e o Poder Judiciário delas voltaria a tratar por sucessivas e indefinidas vezes, de forma a que nunca se chegaria a uma conclusão, a uma definição. Se assim fosse, o litígio nunca seria realmente composto, e o Poder Judiciário teria como única utilidade impedir a realização da justiça privada, posto que não serviria para dirimir as lides.

Para que o acima exposto não ocorra é que o sistema processual, desde os seus primórdios, concebeu o instituto da coisa julgada, pelo qual, adotando-se a teoria de Liebman acima já exposta, uma vez esgotada a possibilidade de impugnação pela via recursal, a sen-

tença adquire uma qualidade especial, qual seja, a imutabilidade, vinculando não só as partes, mas também o próprio Estado. Afinal, nem as partes poderão propor novamente a mesma causa nem o Estado, por seu Poder Judiciário, poderá novamente discutir a causa já encerrada e protegida pelo manto da coisa julgada, salvo em casos excepcionais.

Por tais razões é que Paulo Otero afirma que, "em nome da tutela da segurança jurídica, verifica-se que assume especial relevo a certeza do direito definido pelos tribunais e destinado, directa ou indirectamente, a regular litígios resultantes de situações concretas e individualizadas"[26].

Discorrendo sobre o assunto, afirma Canotilho que "a segurança jurídica no âmbito dos actos jurisdicionais aponta para o caso julgado. O instituto do caso julgado assenta na estabilidade definitiva das decisões judiciais, quer porque está excluída a possibilidade de recurso ou a reapreciação de questões já decididas e incidentes sobre a relação processual dentro do mesmo processo - caso julgado formal -, quer porque a relação material controvertida (questão de mérito, questão de fundo) é decidida em termos definitivos e irretratáveis, impondo-se a todos os tribunais e a todas as autoridades – caso julgado material"[27].

Pelas razões acima expostas, todas relacionadas à necessidade da segurança jurídica, é que os ordenamentos jurídicos não admitem a livre revogação ou alteração das decisões judiciais acobertadas pela coisa julgada, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com os atos legislativos e administrativos.

Aliás, em nome da segurança jurídica, vem sendo repetido o fundamento da imutabilidade da coisa julgada, visto, durante vários anos, como dotado de caráter absoluto, buscando-se, com isso, garantir a estabilidade das relações jurídicas submetidas à apreciação do Poder Judiciário.

No entanto, melhor se examinado a matéria, conclui-se que a imutabilidade da coisa julgada não possui o caráter absoluto que lhe confere a doutrina e jurisprudência brasileiras, bastando-se, para tanto, citar o exemplo da ação rescisória, que tem por objetivo exatamen-

te desconstituir a coisa julgada.

Em verdade, o caráter absoluto que caracteriza a imutabilidade da coisa julgada está relacionado tão e somente a sua não modificabilidade pelos recursos ordinários, sendo possível, ainda que excepcionalmente, modificá-la por outras vias.

Este é o real contorno da imutabilidade da coisa julgada que, para melhor compreensão, necessita da análise de todo o sistema legal de proteção à coisa julgada, o que doravante será feito.

Inicialmente, cumpre registrar que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXVI, estabelece que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada"[28].

Não se preocupou, entretanto, o legislador constituinte em conceituar tais institutos, mesmo porque tal atribuição não lhe cabia, mas sim ao legislador ordinário que, no Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil), deu o significado de cada um dos elementos que formam o comando constitucional acima referido.

Assim, no artigo 6º, "caput", do Decreto-Lei 4.657/42, repetindo-se a norma constitucional, está previsto que "a Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada".

Em seqüência, no parágrafo primeiro da norma acima citada está prescrito que "reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou", estabelecendo-se no parágrafo segundo que "consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem". Por fim, no parágrafo terceiro prevê a mesma norma um conceito de coisa julgada formal, estabelecendo que "chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso".

Por sua vez, estabeleceu o já referido artigo 467 do Código de Processo Civil o conceito de coisa julgada material, prescrevendo que

"denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário".

Registre-se, ao fim, que o Código de Processo Penal não conceituou o instituto da coisa julgada, mas a ele se referiu ao tratar das exceções, determinando no seu artigo 110, § 2º, que "a exceção da coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença".

Estas são as disposições legais acerca do instituto da coisa julgada, as quais devem ser analisadas com o objetivo de se verificar a real proteção à intangibilidade da coisa julgada.

Neste ponto, em observância à supremacia das normas constitucionais, deve-se inicialmente verificar qual a real proteção dada à coisa julgada pela Constituição Federal de 1988 para, num segundo momento, estudar-se a sua proteção infraconstitucional.

Como já exposto, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXVI, repetindo os textos anteriores, estabeleceu que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Portanto, de tal norma extrai-se que a lei, em sentido amplo[29], ao entrar no mundo jurídico, não pode produzir eficácia que leve a causar qualquer diminuição aos limites da sentença trânsita em julgado. Dirige-se a norma a limitar única e exclusivamente a ação do legislador ordinário, vedando-se a lei retroativa, ou seja, lei posterior para reger fatos passados. Impede-se apenas que o Judiciário venha a ter sua decisão desrespeitada por uma lei posterior, valorizando-se a independência entre os poderes.

Comentando sobre a referida norma constitucional, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria afirmam que, "como se observa, a preocupação do legislador constituinte foi apenas a de pôr a coisa julgada a salvo dos efeitos de lei nova que contemplasse regra diversa da normatização da relação jurídica objeto de decisão judicial não mais sujeita a recurso, como uma garantia dos jurisdicionados. Trata-se, pois, de tema de direito intertemporal em que se consagra o princípio da irretroatividade da lei nova"[30].

Pelo exposto, conclui-se que o tratamento dado pela Constituição Federal à coisa julgada não tem a extensão que muitos intérpretes equivocadamente lhe dão, erro este motivado pela inserção da citada regra dentro do artigo 5º da Constituição Federal, que trata dos direitos e garantias individuais.

Discorrendo sobre a interpretação da norma constitucional que trata da coisa julgada, bem afirmou José Augusto Delgado em texto que, apesar de longo, merece ser transcrito:

"A interpretação do dispositivo constitucional não oferece dificuldades. Em princípio, utilizando-se do método gramatical de hermenêutica, poder-se-ia chegar a duas conclusões interpretativas absolutamente diferentes. A utilização dos demais métodos de hermenêutica, porém, deixa evidenciada a certeza do entendimento correto do dispositivo.

Realmente, apenas pela leitura apressada dos termos do anunciado inciso XXXVI se poderia chegar a duas interpretações, quais sejam:

a) "A lei não pode prejudicar a coisa julgada", ou seja, a lei não pode atribuir ao instituto da coisa julgada estrutura e limites que lhe emprestem menor amplitude. O instituto da coisa julgada, valioso aos olhos da Constituição, mereceria do legislador infraconstitucional toda a atenção, de modo a preservar-lhe a extensão. Assim, seria inconstitucional toda disposição infraconstitucional que de qualquer forma diminuísse a importância do instituto, reduzisse a sua incidência ou dificultasse sua formação. Por muito maior razão seria inconstitucional o dispositivo que admitisse o ataque à coisa julgada, criando remédio jurídico-processual hábil a desconstituí-la. Enfim, por esta interpretação, a Constituição protegeria o instituto da coisa julgada.

b) "A lei não pode prejudicar a coisa julgada", ou seja, a lei não pode alterar o conteúdo do julgado, após a formação da coisa julgada. Editada a sentença sobre determinado caso concreto, é irrelevante que a lei disciplinadora do tema seja alterada, dado que a solução prescrita pela sentença, ainda que tenha de produzir seus efeitos no futuro, é intocável, não se lhe podendo opor comando diferente, ainda que editado por lei. O bem jurídico da "quietude", da "segurança" e da "paz" foi valorizado de tal forma pelo legislador constituinte que este interditou ao legislador ordinário editar normas agressoras a casos já

decididos pelo Judiciário. Nova disciplina jurídica do fato somente incidirá para os casos não julgados. Assim, seria marcadamente inconstitucional o dispositivo que desobrigasse os devedores de pagar aos credores (moratória), na parte em que eventualmente estabelecesse sua aplicação aos casos julgados. Enfim, por esta interpretação, a Constituição protegeria o teor do julgado.

Das duas interpretações literais (gramaticais) possíveis, a segunda é aquela que efetivamente corresponde à mensagem legal. Observe-se, por primeiro, que o referenciado inciso XXXVI não proíbe a lei de prejudicar o "instituto da coisa julgada", mas, sim, de malferir a "coisa julgada". Assim, mesmo a interpretação gramatical tende a prestigiar o segundo entendimento. A Constituição interditou o ataque ao comando da sentença, protegendo a imutabilidade do julgado, tornando-o imune a alterações legislativas subseqüentes.

A igual solução chega-se através da interpretação sistemática. É que a proteção da coisa julgada foi estabelecida na Carta Política, em dispositivo único que trata cumulativamente da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, prescrevendo-lhes idêntico regime jurídico. E é fora de questão que a Constituição não visou defender o "instituto" do direito adquirido, nem o do ato jurídico perfeito. Em qualquer dos casos, o desejo do constituinte foi o de impedir que lei nova tivesse o condão de alterar direito já adquirido ou ato jurídico já celebrado. Trata-se, aqui, do princípio da não surpresa e da irretroatividade da lei. A lei, sabe-se, somente incide sobre fatos ocorridos após sua vigência, daí porque as relações jurídicas formadas sob o império da lei anterior devem ser resolvidas segundo os seus comandos"[31].

Como exposto, observa-se que tanto pela interpretação gramatical quanto pela sistemática a norma constitucional não protege o instituto da coisa julgada, mas sim o objeto da coisa julgada.

Em conseqüência, na ausência de qualquer outra norma constitucional que trate da coisa julgada, conclui-se que a Constituição Federal de 1988 não se preocupou em dispensar tratamento constitucional ao instituto da coisa julgada, tendo apenas vetado a incidência dos efeitos das leis posteriores aos casos anteriormente julgados. Portanto, tendo esta sido a única regra sobre coisa julgada que adquiriu foro constitucional, tudo o mais no instituto é matéria objeto de legislação ordinária.

A circunstância do instituto da coisa julgada ser disciplinado por legislação ordinária é que torna constitucional a existência da ação rescisória e da revisão criminal, ainda que tais institutos não tivessem sido referidos na Constituição Federal. Afinal, caso prevalecesse a tese de que a própria Constituição protege o instituto da coisa julgada, e não apenas o seu objeto, e desconsiderando-se as referências feitas a tais institutos no corpo da Constituição, seria inconstitucional o instituto da ação rescisória por se tratar de remédio jurídico que tem como único objetivo destruir a coisa julgada, como também seria inconstitucional a revisão criminal que pode ser requerida a qualquer época, não se lhe podendo opor a exceção da coisa julgada.

Também não ofende a Constituição a ação rescisória porque não há retroatividade quando se rescinde uma sentença, posto que o novo julgamento é proferido tendo como base a mesma legislação existente ao tempo da sentença rescindida.

Ademais, como afirmado por José Afonso da Silva, "a proteção constitucional da coisa julgada não impede, contudo, que a lei preordene regras para a sua rescisão mediante atividade jurisdicional. Dizendo que a lei não prejudicará a coisa julgada, quer-se tutelar esta contra a atuação direta do legislador, contra ataque direto da lei. A lei não pode desfazer (rescindir ou anular ou tornar ineficaz) a coisa julgada. Mas pode prever licitamente, como o fez o art. 485 do Código de Processo Civil, sua rescindibilidade por meio de ação rescisória"[32].

Saliente-se, inclusive, que a ação rescisória poderia ser perpétua sem que disso resultasse qualquer ofensa à Constituição.

A previsão da ação rescisória por simples lei infraconstitucional serve também para demonstrar que a Constituição apenas protegeu a coisa julgada do efeito retroativo da lei nova, não tendo nem implicitamente protegido o instituto da coisa julgada, o que ficou a cargo da lei ordinária, que definiu o seu conceito e contornos, como o caráter natural de imutabilidade. Afinal, caso se defenda que a Constituição Federal, ao se referir ao instituto da coisa julgada, contemplou implicitamente o seu caráter de imutabilidade, e não tendo ela regulado as hipóteses excepcionais de rescisão, mas tão apenas se referido à competência dos tribunais para processar e julgar a rescisória, seria

inconstitucional o Código de Processo Civil ao disciplinar os casos de ação rescisória, uma vez que estaria invadindo seara da competência do legislador constituinte.

Portanto, conclui-se que, ao contrário da irretroatividade da lei para influir na coisa julgada, prevista constitucionalmente, o instituto da coisa julgada, não tendo sido defendido constitucionalmente, pode ser alterado, ainda que tal mudança signifique uma restrição ou a criação de novos instrumentos para seu controle.

Afinal, os contornos do instituto da coisa julgada estão definidos na legislação ordinária, qual seja, o artigo 467 do Código de Processo Civil e o artigo 6º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e não na Constituição Federal, razão pela qual a intangibilidade da coisa julgada não deve ser entendida como absoluta e de matriz constitucional, mas sim como relativa, posto que passível de modificação pelo legislador ordinário por ter matriz infraconstitucional, devendo também, em decorrência desta matriz infraconstitucional e conseqüente inferioridade hierárquica, ser submetida à supremacia da Constituição e ao controle de constitucionalidade decorrente de tal supremacia.

Esta, ao nosso juízo, é a verdadeira dimensão da intangibilidade da coisa julgada.

III – A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E SEUS INSTRUMENTOS DE CONTROLE

3.1. A coisa julgada inconstitucional

Demonstrou-se no primeiro capítulo deste trabalho a supremacia das normas constitucionais posto que tais regras são decorrentes da verdadeira expressão da soberania popular, razão pela qual todos os atos emanados das funções constituídas (Legislativa, Executiva ou Judiciária) devem observância à Constituição e, por conseqüência lógica, podem e devem ser submetidos ao controle de constitucionalidade, tenham eles origem no Poder Legislativo, Executivo, ou Judiciário.

Concluiu-se que a supremacia das normas constitucionais vin-

cula todos os poderes e órgãos do Estado, obrigando que os atos destes estejam conforme a Constituição, ou seja, observando as normas e princípios hierarquicamente superiores da Constituição, posto que é desta que retiram o seu fundamento de validade. Em caso de inobservância da Constituição, os atos não têm o fundamento de sua validade e, portanto, são nulos.

No tocante aos atos jurisdicionais ainda não cobertos pelo manto da coisa julgada, salientou-se que dúvidas não há sobre a possibilidade de controle de sua constitucionalidade, posto que estão previstos na legislação processual civil brasileira diversos mecanismos de contornos bem conhecidos, como os recursos ordinários e extraordinários.

No entanto, em relação à decisão judicial não mais passível de impugnação recursal, afirmou-se que, por ter a Constituição inserido no capítulo dos direitos individuais e coletivos a proteção da coisa julgada frente à retroatividade da lei, a doutrina terminou por conferir ao instituto da coisa julgada uma proteção constitucional a ele não dispensada, razão pela qual criou-se o mito da intangibilidade da coisa julgada, ainda que tal coisa julgada fosse inconstitucional.

Ocorre que, como demonstrado no capítulo anterior, o instituto da coisa julgada não é protegido constitucionalmente, sendo disciplinado por legislação infraconstitucional, qual seja, o artigo 467 do Código de Processo Civil, razão pela qual a intangibilidade da coisa julgada não deve ser entendida como absoluta, mas sim como relativa, posto que passível de modificação pelo legislador ordinário, por ter matriz infraconstitucional.

A inferioridade hierárquica da intangibilidade da coisa julgada, que tem matriz processual e não constitucional, traz como conseqüência a sua submissão ao princípio da constitucionalidade, razão pela qual pode-se neste momento afirmar que a coisa julgada só será intangível enquanto estiver conforme a Constituição e não tipificar nenhuma hipótese prevista na legislação ordinária para sua rescisão, ao passo em que, quando desconforme com esta, deverá ser submetida à supremacia da Constituição e ao controle de constitucionalidade decorrente de tal supremacia.

Registre-se que, mesmo no Direito português, onde a imutabilidade da coisa julgada tem tratamento constitucional, uma vez que o seu artigo 282, n. 3, ressalva a coisa julgada dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, submete-se ela ao princípio da constitucionalidade, como afirma Paulo Otero:

"a sentença violadora da vontade constituinte não se mostra passível de encontrar um mero fundamento constitucional indirecto para daí retirar a sua validade ou, pelo menos, a sua eficácia na ordem jurídica como caso julgado. Na ausência de expressa habilitação constitucional, a segurança e a certeza jurídicas inerentes ao Estado de Direito são insuficientes para fundamentar a validade de um caso julgado inconstitucional"[33].

O mito da intangibilidade da coisa julgada sempre teve como base o princípio da segurança jurídica, inerente ao princípio do Estado de Direito na sua dimensão de princípio garantidor de certeza jurídica.

Realmente, a segurança jurídica, como afirma Canotilho, "é um elemento essencial do princípio do estado de direito"[34], na medida em que torna-se necessário que as decisões dos poderes públicos não venham a ser modificadas arbitrariamente para não se criar uma instabilidade nas relações jurídicas, notadamente daquelas já submetidas à apreciação do Poder Judiciário.

Sendo a segurança um elemento do próprio Estado de Direito, constitucionalmente assegurado, serve ele como fundamento para a manutenção da coisa julgada que contenha uma ofensa à lei ordinária, decisão esta que, sendo ilegal, mas não inconstitucional, deve prevalecer em obediência à segurança jurídica, inerente ao princípio constitucional do Estado de Direito, que exige a pacificação dos conflitos e a segurança dos jurisdicionados, verdadeiros fundamentos do Estado de Direito.

Portanto, em se tratando de coisa julgada ilegal, ou seja, contrária à legislação ordinária, deve ela ser mantida posto que a mera infração à legislação ordinária tem que se submeter ao princípio da segurança jurídica, inerente ao Estado de Direito que, por ter matriz constitucional, figura como hierarquicamente superior.

Discorrendo sobre o assunto, afirma Paulo Otero que, “na realidade, a certeza e a segurança são valores passíveis de fundar a validade de efeitos de certas soluções antijurídicas, desde que conformes com a Constituição”[35].

No entanto, como acima assinalado, a mesma segurança jurídica não serve de fundamento de validade da coisa julgada inconstitucional. Afinal, neste caso estaria a coisa julgada a ferir diretamente o próprio princípio da constitucionalidade que, sendo responsável pela validade de todos os atos, torna inválida a coisa julgada inconstitucional.

Ademais, o que está em choque quando ocorre uma coisa julgada ilegal, mas constitucional, é a manifestação do Poder Judiciário, criando a lei do caso concreto, e a manifestação do Poder Legislativo, que criou a norma abstrata, manifestações estas que, possuindo idêntica legitimidade constitucional, posto que dentro do âmbito da competência de cada um dos Poderes, podem e devem coexistir. Já no caso da coisa julgada inconstitucional, encontram-se em choque a manifestação do Poder Judiciário, de legitimidade constitucional, e a própria Constituição que lhe dá legitimidade, razão pela qual deve esta prevalecer.

Como afirma Paulo Otero, “a segurança e a certeza jurídicas são passíveis de salvaguardar ou validar efeitos de actos desconformes com a Constituição quando o próprio texto constitucional expressamente o admite. Fora de tais situações, repete-se, os valores da segurança e da certeza não possuem força constitucional autônoma para fundamentarem a validade geral de efeitos de atos inconstitucionais”[36].

Neste ponto, convém salientar que a segurança jurídica não é um valor em si mesma, mas sim na medida em que conserva o Estado de Direito, ou seja, na medida em que contribui para a preservação do sistema instituído pelo poder constituinte. Portanto, não pode ela ser utilizada como argumento para a manutenção de uma coisa julgada que esteja contrariando diretamente a manifestação deste poder constituinte, manifestação esta que, por seu fundamento, deve preservar.

Por outro lado, no conflito entre a observância da Constituição e

o respeito à coisa julgada, a segurança jurídica, por razões lógicas, tem que socorrer a Constituição, posto que é desta que se extrai a validade da decisão judicial enquanto manifestação da soberania do Estado.

Saliente-se também que, como já dito, não há como se falar em segurança quando se admitir como possível que qualquer ato emanado do poder público possa contrariar a Constituição Federal sem que seja possível controlar os seus efeitos, posto que, nesta hipótese, estar-se-ia admitindo como possível quebrar-se a supremacia da Constituição, retirando-se do cidadão não apenas a segurança criada pela decisão judicial de uma única relação jurídica, mas sim a segurança de todo um Estado de Direito limitador do poder estatal que, em tal hipótese, já não mais encontraria barreira na supremacia da Constituição.

De fato, em não sendo possível controlar-se a coisa julgada inconstitucional, estaria o Judiciário, embora sendo um poder constituído, autorizado a contrariar o poder constituinte. Restaria quebrado o ideal da soberania popular, posto que o poder judicial, ainda que exercido além dos limites impostos pela Constituição, seria válido e surtiria todos os seus efeitos.

Em última análise, terminaria o Poder Judiciário por transformar-se de poder constituído para poder constituinte, posto que poderia decidir sem fundamentação e até mesmo em oposição à Constituição Federal, e ainda assim seria válida a sua decisão. Ter-se-ia, portanto, a já citada transfiguração do Estado de Direito em Estado Judicial, no qual não está presente a idéia da legitimação popular.

Findaria o Poder Judiciário por poder criar todo o sistema jurídico, ferindo o princípio da separação dos poderes.

Portanto, conclui-se que, nos sistemas jurídicos em que não há expressa ressalva na Constituição, a coisa julgada deve obediência às normas constitucionais, razão pela qual não há como subsistir a coisa julgada inconstitucional, posto que desprovida de eficácia na medida em que, como manifestação do Judiciário, encontra seu argumento de validade na Constituição e, por este motivo, não pode atacá-la, sob pena de fazer desmoronar todo o sistema constitucional que

lhe dá vida e, por conseqüência lógica, autodestruir-se.

Fazendo-se uma abstração, a coisa julgada seria como um órgão que faz parte de um organismo denominado Constituição. Este órgão, que sobrevive do organismo, não pode tender a destruí-lo, sob pena de, ao conseguir o seu intento, vir a perecer. Da mesma forma, não pode a coisa julgada, que existe em decorrência da Constituição, atentar contra esta, sob pena de cometer um verdadeiro suicídio.

Na mesma linha de raciocínio acima exposta, afirmam Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria:

"A relação, portanto, que existe entre o princípio da constitucionalidade e o da imutabilidade da coisa julgada é de antecedente e conseqüente, ou melhor, de prejudicialidade, mormente no direito brasileiro em que se está diante de um princípio de natureza constitucional e outro de natureza ordinária. Assim, para que se fale na tutela da intangibilidade da coisa julgada e por conseguinte na sua sujeição a um regime excepcional de impugnação, é necessário que antes se investigue sua adequação à Constituição"[37].

Finalizando este tópico, cumpre esclarecer, apesar de óbvio, que a coisa julgada que ora é atacada é aquela inconstitucional à época em que foi decidida, não podendo ser sustentada a alegação de inconstitucionalidade se em tal época ela era constitucional e somente por emenda constitucional posterior tornou-se inconstitucional. Afinal, os fatos são regidos pelo ordenamento jurídico vigente à época de sua ocorrência.

3.2. Instrumentos de controle da coisa julgada inconstitucional

Como já exposto, o instituto da coisa julgada não é protegido constitucionalmente, razão pela qual a intangibilidade da coisa julgada não deve ser entendida como absoluta, mas sim como relativa, posto que passível de modificação pelo legislador ordinário, por ter matriz infraconstitucional.

A inferioridade hierárquica da intangibilidade da coisa julgada, que tem matriz processual e não constitucional, traz como conseqü-

ência a sua submissão ao princípio da constitucionalidade, razão pela qual pode-se afirmar que, quando desconforme com a Constituição, deverá ser submetida à supremacia desta e ao controle de constitucionalidade decorrente de tal supremacia, que será realizado pelo próprio Poder Judiciário.

Afinal, o que a Constituição veda é que a coisa julgada venha a ser atingida pela lei posterior, não havendo nenhuma restrição a que venha ela a ser objeto de nova análise jurisdicional.

Neste sentido, afirma Paulo Otero:

"De qualquer forma, importa sublinhar que o princípio da intangibilidade do caso julgado não permite afirmar que a Constituição impossibilita que uma nova decisão judicial possa colocar em causa uma sentença transitada em julgado"[38].

E adiante, fala o mesmo autor:

"Por tudo isto, pode dar-se como assente que, segundo a Constituição, apenas mediante uma nova decisão judicial (e não através de qualquer outro acto jurídico) o caso julgado pode ser afectado, verificada alguma das circunstâncias excepcionais anteriormente indicadas"[39].

Saliente-se também que já se demonstrou que uma decisão judicial, ainda que tenha transitado em julgado, se violar diretamente a Constituição, é nula, posto que é na Constituição que a decisão judicial, enquanto manifestação da soberania do Estado, encontra o seu suporte de validade.

Portanto, ferindo a Constituição, não tem a coisa julgada condição para valer, ou seja, falta-lhe idoneidade para gerar os seus efeitos, como ocorre com todo e qualquer outro ato inconstitucional das outras funções ou poderes estatais.

Assim sendo, resta agora examinar qual o instrumento a ser utilizado no controle da coisa julgada que viola diretamente as normas constitucionais.

Neste ponto, cumpre salientar que o ordenamento jurídico bra-

sileiro, ao contrário do que se observa na Alemanha, por exemplo, não prevê expressamente nenhum mecanismo para o controle da coisa julgada inconstitucional.

Em verdade, a Constituição Brasileira de 1988 somente se preocupou com o controle repressivo da constitucionalidade dos atos normativos e legislativos, revelando a tendência já anteriormente referida de preocupação apenas com o controle concentrado de constitucionalidade dos atos do Legislativo e do Executivo dotados de força normativa, deixando de contemplar os atos decisórios do Poder Judiciário cobertos pelo manto da coisa julgada.

Não havendo também no ordenamento infraconstitucional nenhuma referência expressa ao controle da coisa julgada inconstitucional, nem mesmo dentro das hipóteses de cabimento da ação rescisória, estabelecidos no artigo 485 do Código de Processo Civil, poder-se-ia pensar, num primeiro instante, que está ela imune a qualquer meio de impugnação, razão pela qual, após consumada com o esgotamento da via recursal, não mais poderia vir a ser alterada.

Esta interpretação, no entanto, não merece acolhimento, já que o direito de ação é assegurado constitucionalmente no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, razão pela qual, possuindo o cidadão o direito de ver preservada a supremacia da Constituição contrariada pela coisa julgada, como já demonstrado, não lhe pode ser negado este direito com base na ausência de instrumento processual expressamente previsto.

Assim sendo, necessário se faz procurar no sistema processual brasileiro qual o mecanismo que se adequa ao direito de ver declarada a nulidade da coisa julgada inconstitucional.

Neste ponto, parte da doutrina apresenta a ação rescisória como instrumento adequado para o combate à coisa julgada inconstitucional por ser ela o mecanismo idealizado para o combate à coisa julgada ilegal, apontando como hipótese de cabimento a previsão contida no artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil, segundo o qual “a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando violar literal disposição de lei”.

Saliente-se que o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido do cabimento da ação rescisória para desconstituir a coisa julgada inconstitucional, como se vê no julgado abaixo transcrito:

"A suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeitos todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional. Contudo, a nulidade da decisão judicial transitada em julgado só pode ser declarada por via de ação rescisória, sendo impróprio o mandado de segurança. Aplicação da Súmula 430. Recurso improvido"[40].

Também afirmando a admissibilidade da ação rescisória para desconstituir a coisa julgada inconstitucional, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"Processual Civil – Ação Rescisória – Interpretação de Texto Constitucional – Cabimento – Súmula 343/STF – Inaplicabilidade – Violação a Literal Disposição de Lei (CPC, Art. 485, V) – FNT-Sobretarifa – Lei 6.093/74 – Inconstitucionalidade (RE 117315/RS) – Divergência Jurisprudencial Superada – Súmula 83/STJ – Precedentes

- O entendimento desta Corte, quanto ao cabimento da ação rescisória nas hipóteses de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei é no sentido de que "a conformidade, ou não, da lei com a Constituição é um juízo sobre a validade da lei; uma decisão contra a lei ou que lhe negue a vigência supõe lei válida. A lei pode ter uma ou mais interpretações, mas ela não pode ser válida ou inválida, dependendo de quem seja o encarregado de aplicá-la. Por isso, se a lei é conforme à Constituição e o acórdão deixa de aplicá-la à guisa de inconstitucionalidade, o julgado se sujeita à ação rescisória ainda que na época os tribunais divergissem a respeito. Do mesmo modo, se o acórdão aplica lei que o Supremo Tribunal Federal, mais tarde, declare inconstitucional".

- A eg. Corte Especial deste Tribunal pacificou o entendimento, sem discrepância, no sentido de que é admissível a ação rescisória, mesmo que à época da decisão rescindenda, fosse controvertida a interpretação de texto constitucional, afastada a aplicação da Súmula 343/STF"[41].

Ocorre que, ao contrário do exposto nas decisões acima transcritas, a ação rescisória, embora possa ser utilizada para o combate à coisa julgada inconstitucional, em virtude do princípio da instrumentalidade das formas, não é suficiente para a desconstituição de todos os casos de coisa julgada inconstitucional.

Afinal, a ação rescisória foi concebida para ser o instrumento adequado para a impugnação da coisa julgada ilegal, e não para o combate à coisa julgada inconstitucional. Assim sendo, traz no seu regime jurídico a previsão de prazo para a sua impetração, o que não se adequa ao vício da inconstitucionalidade que, por significar uma nulidade, nunca vai consolidar na ordem jurídica.

Portanto, admitir-se a ação rescisória como único instrumento de combate à coisa julgada inconstitucional seria equiparar a inconstitucionalidade à ilegalidade, o que, como já exposto, não pode ocorrer, posto que uma coisa julgada ilegal pode subsistir dentro do sistema jurídico sem perder a sua validade, razão pela qual o seu controle pode ficar submetido a prazo decadencial, ao passo em que a coisa julgada inconstitucional, por ferir o seu próprio suporte de validade, é nula, não convalidando jamais, em função de que pode ser atacada a qualquer momento, independentemente de prazo.

Saliente-se que a coisa julgada inconstitucional submete-se ao mesmo regime de inconstitucionalidade dos atos normativos inconstitucionais do Legislativo e Executivo, razão pela qual, a exemplo destes, não pode ficar submetida a prazo decadencial, posto que trata-se de ato nulo e, portanto, não sujeito a prazos prescricionais ou decadenciais.

Em verdade, sendo a coisa julgada inconstitucional nula e inválida, não deve ser ela objeto de ação rescisória, posto que não há nenhum ato válido a ser rescindido. Sendo caso de nulidade, e não de anulabilidade, deve ser objeto de mera declaração judicial, uma vez que já não era válida para produzir seus efeitos. Nessa linha de pensamento, afirma Pontes de Miranda:

"Se nula a sentença, nada se pode pensar quanto à res iudicata*, porque está exposta à declaração de nulidade"*[42].

Portanto, o instrumento adequado para o combate à coisa julgada inconstitucional é a ação declaratória, a exemplo do que ocorre quando a coisa julgada apresenta alguma nulidade absoluta, como no caso da relação processual que não foi devidamente instaurada em conseqüência do vício de citação. Neste caso, aliás, os tribunais são pacíficos ao afirmarem que não é adequada a rescisória, mas sim a mera ação declaratória, como se extrai do seguinte julgado:

"Rescisória. Sentença nula. Defeito da citação. Dispensa rescisória. Não há prazo decadencial.

Para a hipótese do art. 741, I, do atual CPC, que é a da falta ou nulidade de citação, havendo revelia persiste, no Direito positivo brasileiro, a querela nullitatis*, o que implica dizer a nulidade independentemente do prazo para a propositura da ação rescisória que, a rigor, não é cabível para essa hipótese"*[43].

Ressalte-se que o ato constitucional, sendo nulo, nunca convalesce, razão pela qual não há nenhum prazo decadencial ou prescricional para se aduzir nulidades em juízo. Portanto, seja no caso da nulidade decorrente de vício de citação ou de inconstitucionalidade, não há nem pode haver prazo estabelecido para o exercício do direito de ação.

Afinal, em decorrência do sistema geral de nulidades, vício este inerente à coisa julgada inconstitucional, não estão elas sujeitas à prescrição, razão pela qual razão assiste a Paulo Otero quando afirma que "as normas inconstitucionais nunca se consolidam na ordem jurídica, podendo a todo o momento ser destruídas judicialmente"[44].

O fato da nulidade da coisa julgada inconstitucional poder ser alegada a qualquer momento não contribui para a instabilidade das relações jurídicas e não infirma o princípio da segurança jurídica. Pelo contrário, confirma-o, atuando como fator de acertamento dos atos jurídicos ao ápice do ordenamento, servindo, portanto, à supremacia da Constituição, valor maior da segurança jurídica.

Saliente-se que, sendo caso de típica nulidade, a coisa julgada inconstitucional não depende de provocação da parte para ser reconhecida. Em verdade, pode e deve ela ser reconhecida de ofício pelo Juiz com base na previsão contida no artigo 146, parágrafo único, do

Código Civil, em qualquer tempo e grau de jurisdição, como afirmado por Nagib Slaibi Filho:

"A inconstitucionalidade é espécie de nulidade. Como nulidade, a inconstitucionalidade é a incompatibilidade do ato com a Lei Maior. Se pode o juiz, de ofício, conhecer da nulidade absoluta, nos termos do art. 146 do Código Civil, por maior razão deverá pronunciar a incompatibilidade do ato com a Constituição"[45].

No mesmo sentido, Pontes de Miranda:

"O juiz não tem o arbítrio de deixar de lado a questão constitucional, ou as questões constitucionais que as partes ou os membros do Ministério Público levantaram. É missão sua. É dever seu. Ele mesmo as pode suscitar e resolver. Rigorosamente, é obrigado a isso"[46].

Até mesmo em sede de execução da sentença pode o juiz reconhecer de ofício a inconstitucionalidade da coisa julgada. Afinal, sendo esta nula, é nulo o título executivo que, por tal razão, perde a sua exigibilidade, tornando o autor carecedor de ação em decorrência da impossibilidade jurídica da tutela executiva que, para ser manejada, necessita de um título líquido, certo e exigível.

Neste sentido, afirma Paulo Otero:

"...se perante uma sentença condenatória transitada em julgado é intentada uma posterior acção executiva, o juiz deverá proceder ao exame da constitucionalidade do referido título executivo. Se concluir que o mesmo é directamente desconforme com a Constituição, deve considerar improcedente o pedido de execução, fundamentando a sua decisão na inconstitucionalidade do respectivo título base"[47].

Tal matéria, como se vê, pode ser reconhecida de ofício, conforme previsto no artigo 267, § 4º, do Código de Processo Civil. No entanto, se assim não agir o juiz, pode o executado suscitar a questão pela via dos embargos do devedor ou ainda, em caso de não querer ou poder segurar o juízo, alegar a nulidade do título por simples petição nos autos da execução, ato este que a doutrina vem denominando de exceção de pré-executividade.

Do exposto neste tópico, conclui-se que a coisa julgada inconstitucional, sendo nula, não deve ser objeto de ação rescisória, posto que inválida para produzir efeitos. No entanto, acaso manejada a rescisória, merece ser aproveitada, em nome dos princípios processuais da instrumentalidade das formas e da economia processual, hipótese em que não ficará limitada pelo prazo decadencial estabelecido para a sua interposição.

No entanto, o correto é que venha a ser atacada por ação declaratória de sua nulidade, podendo ainda ser reconhecida de ofício pelo juiz na execução de sentença que, assim não agindo, possibilita ao executado suscitar a questão nos embargos do devedor ou por simples exceção de pré-executividade.

Expostas tais argumentações, poder-se-ia pensar, neste momento, nas diferentes situações que podem ocorrer com um jurisdicionado submetido a coisa julgada que teve como fundamento norma posteriormente declarada inconstitucional e nos mecanismos que devem ser por ele manejados para ver assegurado o seu direito de não se submeter à coisa julgada inconstitucional.

Na primeira hipótese, pense-se no caso do jurisdicionado submetido a coisa julgada que teve como fundamento lei posteriormente declarada inconstitucional pela via de ação direta. Neste caso, a posterior declaração de inconstitucionalidade produziu efeitos gerais e retroativos e, portanto, a coisa julgada anterior seria por ela alcançada, perdendo a sua validade, razão pela qual não necessitaria o jurisdicionado sequer ingressar com ação declaratória da nulidade da coisa julgada, podendo simplesmente inobservá-la e, acaso executado, suscitar a nulidade do título executivo judicial tanto pela interposição de embargos do devedor quanto pela exceção de pré-executividade.

Numa segunda situação tem-se o caso do jurisdicionado submetido a coisa julgada que teve como fundamento lei posteriormente declarada inconstitucional pelo controle difuso e em seguida suspensa pelo Senado Federal. Neste caso, por força da redação contida no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, os efeitos da suspensão da execução da norma decidida como inconstitucional, apesar de gerais, não retroagem, operando-se a partir da data da suspensão. O

jurisdicionado, entretanto, poderá ingressar em juízo a qualquer momento com uma ação declaratória de nulidade com o objetivo de ver declarada a nulidade da decisão judicial desde o seu nascedouro, ou seja, retroativamente. Por sua vez, acaso ainda não tenha cumprido o dispositivo condenatório da decisão, poderá também suscitar a questão em embargos do devedor ou ainda pela exceção de pré-executividade.

Finalizando, pode-se agora pensar numa terceira hipótese, qual seja, a do jurisdicionado submetido a coisa julgada que entendeu inconstitucional e, por isso, deixou de aplicar lei posteriormente declarada constitucional.

Este caso, entretanto, é bem diferente dos anteriores. Afinal, quando um julgado aplica lei inconstitucional, ofende diretamente a Constituição e, portanto, é nulo, por atacar diretamente o seu suporte de validade. Já na hipótese agora examinada deixou-se de aplicar lei ordinária sob o fundamento de inconstitucionalidade, ocorrendo que tal norma é posteriormente declarada constitucional. Assim sendo, a ofensa consumada não é à Constituição, mas sim à lei ordinária a que a sentença não reconheceu eficácia, razão pela qual a decisão, por não conter uma inconstitucionalidade direta, mas sim uma ilegalidade, deve ter seu controle submetido ao regime próprio da ação rescisória, inclusive com observância do prazo decadencial.

Neste ponto, saliente-se o pensamento de Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria:

"A recusa de aplicar lei constitucionalmente correta representa, quando muito, um problema de inconstitucionalidade reflexa, o qual, porém, não é qualificado pela jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal como questão constitucional. Disso decorre que a hipótese deva se submeter ao regime comum das ações rescisórias por ofensa à lei ordinária e não ao regime especial de invalidação ou rescisão das sentenças inconstitucionais"[18].

CONCLUSÃO

Ao término deste trabalho, cumpre destacar as conclusões alcançadas:

1) Desde o início do constitucionalismo a idéia da supremacia constitucional traz consigo a imposição de limites ao poder do Estado e de todas suas autoridades constituídas, seja ele manifestado por qualquer de suas funções, e não só pela função legislativa.

2) Nas constituições rígidas, como o modelo brasileiro, verifica-se a superioridade das normas constitucionais posto que criadas no momento histórico próprio, qual seja, a assembléia nacional constituinte, momento no qual o povo, por seus representantes, exerce a sua soberania estabelecendo as normas que, doravante, irão impor limites ao poder estatal, organizar as funções estatais e estabelecer os direitos e garantias fundamentais.

3) A idéia de um poder constituinte soberano é o suporte lógico da existência da supremacia das normas constitucionais em relação ao restante do ordenamento jurídico, as quais, em regra, não poderão ser modificadas pelos poderes constituídos.

4) Todos os atos emanados das funções constituídas (Legislativa, Executiva ou Judiciária) devem observância à Constituição, uma vez que é esta a verdadeira expressão da soberania popular. Como conseqüência lógica, todos os atos originados de tais funções podem e devem ser submetidos ao controle de constitucionalidade, tenham eles origem no Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário.

5) O ato inconstitucional, em decorrência do princípio da constitucionalidade, não tem validade por contrariar a própria Constituição Federal que lhe serve de fundamento, razão pela qual, não possuindo legitimação, é incapaz de produzir efeitos, sob pena de, ao se aceitar a produção destes efeitos, ainda que temporários, admitir-se a idéia de que um simples ato pode suspender parcial e provisoriamente a Constituição, o que não é possível dentro do Estado de Direito.

6) O ato inconstitucional existe no plano fático, reunindo as condições para ser identificado como um ato jurídico, não lhe faltando elementos materiais. Contrapondo-se à supremacia da Constituição, falta ao ato inconstitucional validade, posto que padece do vício absoluto e irremediável da inconstitucionalidade. Assim sendo, tipifica caso de nulidade, e não de inexistência.

7) O Estado de Direito e a supremacia da Constituição impedem que o ato inconstitucional produza efeitos, razão, pela qual ele é nulo, e não anulável, como demonstra o sistema de controle judicial de constitucionalidade.

8) O artigo 27 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, reconhecendo a possibilidade da lei ou ato normativo inconstitucional produzir efeitos, terminou por ferir o princípio da supremacia da Constituição e, por conseqüência, o Estado de Direito constitucionalmente estabelecido pela soberania popular, razão pela qual é inconstitucional.

9) A coisa julgada tem como sua principal característica a imutabilidade do seu conteúdo, sendo esta uma exigência da boa administração da Justiça, da funcionalidade dos tribunais e da salvaguarda da paz social, evitando-se que uma lide dê origem a diversas relações processuais, impedindo que haja soluções contraditórias sobre a mesma lide e garantindo a solução definitiva dos litígios submetidos à apreciação do Poder Judiciário. Portanto, é verdadeira expressão dos valores de segurança e certeza, indispensáveis a qualquer ordem jurídica.

10) Em nome da segurança jurídica é que os ordenamentos jurídicos não admitem a livre revogação ou alteração das decisões judiciais acobertadas pela coisa julgada, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com os atos legislativos e administrativos.

11) A imutabilidade da coisa julgada não possui o caráter absoluto que lhe confere a doutrina e jurisprudência brasileiras, bastando-se, para tanto, citar o exemplo da ação rescisória que tem por objetivo exatamente desconstituir a coisa julgada. Em verdade, o caráter absoluto que caracteriza a imutabilidade da coisa julgada está relacionado tão e somente a sua não modificabilidade pelos recursos ordinários, sendo possível, ainda que excepcionalmente, modificá-la por outras vias.

12) A Constituição Federal de 1988 não se preocupou em dispensar tratamento constitucional ao instituto da coisa julgada, tendo apenas vetado a incidência dos efeitos das leis posteriores aos casos anteriormente julgados. Portanto, somente protegeu a coisa julgada

do efeito retroativo da lei nova, não tendo nem implicitamente protegido o instituto da coisa julgada, o que ficou a cargo da lei ordinária, que definiu o seu conceito e contornos, como o caráter natural de imutabilidade. Afinal, caso se defenda que a Constituição Federal, ao se referir ao instituto da coisa julgada, contemplou implicitamente o seu caráter de imutabilidade, e não tendo ela regulado as hipóteses excepcionais de rescisão, mas tão apenas se referido à competência dos tribunais para processar e julgar a rescisória, seria inconstitucional o Código de Processo Civil ao disciplinar os casos de ação rescisória, posto que estaria invadindo seara da competência do legislador constituinte.

13) A ação rescisória não ofende a Constituição porque não há retroatividade quando se rescinde uma sentença, já que o novo julgamento é proferido tendo como base a mesma legislação existente ao tempo da sentença rescindida.

14) O instituto da coisa julgada, não tendo sido defendido constitucionalmente, mas estabelecido no artigo 467 do Código de Processo Civil e no artigo 6º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil, pode ser alterado, ainda que tal mudança signifique uma restrição ou a criação de novos instrumentos para seu controle. Assim sendo, a intangibilidade da coisa julgada não deve ser entendida como absoluta e de matriz constitucional, mas sim como relativa, posto que passível de modificação pelo legislador ordinário por ter matriz infraconstitucional, devendo também, em decorrência desta matriz infraconstitucional e conseqüente inferioridade hierárquica, ser submetida à supremacia da Constituição e ao controle de constitucionalidade decorrente de tal supremacia.

15) A inferioridade hierárquica da intangibilidade da coisa julgada traz como conseqüência a sua submissão ao princípio da constitucionalidade, razão pela qual a coisa julgada só será intangível enquanto estiver conforme a Constituição e não tipificar nenhuma hipótese prevista na legislação ordinária para sua rescisão, ao passo em que, quando desconforme com esta, deverá ser submetida à supremacia da Constituição e ao controle de constitucionalidade decorrente de tal supremacia.

16) Os fundamentos da imutabilidade da coisa julgada residem

na teleologia da sentença, qual seja, regular definitivamente certa relação jurídica, gerando, a exemplo da prescrição, uma segurança jurídica nas relações jurídicas exigida para a manutenção da ordem pública, incompatível com a perpetuação das incertezas que seriam criadas pela perpetuação dos litígios.

17) Sendo a segurança um elemento do próprio Estado de Direito, constitucionalmente assegurado, serve ele como fundamento para a manutenção da coisa julgada que contenha uma ofensa à lei ordinária, decisão esta que, sendo ilegal, mas não inconstitucional, deve prevalecer em obediência à segurança jurídica, inerente ao princípio constitucional do Estado de Direito, que exige a pacificação dos conflitos e a segurança dos jurisdicionados, verdadeiros fundamentos do Estado de Direito. Ademais, o que está em choque quando ocorre uma coisa julgada ilegal, mas constitucional, é a manifestação do Poder Judiciário, criando a lei do caso concreto, e a manifestação do Poder Legislativo, que criou a norma abstrata, manifestações estas que, possuindo idêntica legitimidade constitucional, posto que dentro do âmbito da competência de cada um dos Poderes, podem e devem coexistir. Já no caso da coisa julgada inconstitucional encontram-se em choque a manifestação do Poder Judiciário, de legitimidade constitucional, e a própria Constituição que lhe dá legitimidade, razão pela qual deve esta prevalecer.

18) A segurança jurídica não é um valor em si mesma, mas sim na medida em que conserva o Estado de Direito, ou seja, na medida em que contribui para a preservação do sistema instituído pelo poder constituinte. Portanto, não pode ela ser utilizada como argumento para a manutenção de uma coisa julgada que esteja contrariando diretamente a manifestação deste poder constituinte, manifestação esta que, por seu fundamento, deve preservar.

19) Não há como se falar em segurança quando se admitir como possível que qualquer ato emanado do Poder Público possa contrariar a Constituição Federal sem que seja possível controlar os seus efeitos, posto que, nesta hipótese, estar-se-ia admitindo como possível quebrar-se a supremacia da Constituição, retirando-se do cidadão não apenas a segurança jurídica criada pela decisão judicial de uma única relação jurídica, mas sim a segurança jurídica de todo um Estado de Direito limitador do poder estatal que, em tal hipótese, já não mais

encontraria barreira na supremacia da Constituição.

20) Caso não fosse possível exercer o controle da coisa julgada inconstitucional, estaria o Judiciário, embora sendo um poder constituído, autorizado a contrariar o poder constituinte. Restaria quebrado o ideal da soberania popular, posto que o poder judicial, ainda que exercido além dos limites impostos pela Constituição, seria válido e surtiria todos os seus efeitos. Em última análise, terminaria o Poder Judiciário por transformar-se de poder constituído para poder constituinte, podendo decidir sem fundamentação e até mesmo em oposição à Constituição Federal, e ainda assim seria válida a sua decisão. Ter-se-ia, portanto, a transfiguração do Estado de Direito em Estado Judicial, no qual não está presente a idéia da legitimação popular. Findaria o Poder Judiciário por poder criar todo o sistema jurídico, ferindo o princípio da separação dos poderes.

21) Nos sistemas jurídicos em que não há expressa ressalva na Constituição, como o brasileiro, a coisa julgada deve obediência às normas constitucionais, razão pela qual não há como subsistir a coisa julgada inconstitucional, posto que desprovida de eficácia na medida em que, como manifestação do Judiciário, encontra seu argumento de validade na Constituição e, por este motivo, não pode atacá-la, sob pena de fazer desmoronar todo o sistema constitucional que lhe dá vida e, por conseqüência lógica, autodestruir-se.

22) Ferindo a Constituição, não tem a coisa julgada condição para valer, ou seja, falta-lhe idoneidade para gerar os seus efeitos, como ocorre com todo e qualquer outro ato inconstitucional das outras funções ou poderes estatais.

23) O ordenamento jurídico brasileiro, ao contrário do que se observa na Alemanha, por exemplo, não prevê expressamente nenhum mecanismo para o controle da coisa julgada inconstitucional.

24) A coisa julgada inconstitucional submete-se ao mesmo regime de inconstitucionalidade dos atos normativos inconstitucionais do Legislativo e Executivo, razão pela qual, a exemplo destes, não pode ficar submetida a prazo decadencial, posto que trata-se de ato nulo, não sujeito a prazos prescricionais ou decadenciais. Portanto, não pode ela ficar submetida ao regime jurídico da rescisória, mesmo

porque, sendo a coisa julgada inconstitucional nula e inválida, não há nenhum ato válido a ser rescindido. No entanto, acaso manejada a rescisória, merece ser aproveitada, em nome dos princípios processuais da instrumentalidade das formas e da economia processual, hipótese em que não ficará limitada pelo prazo decadencial estabelecido para a sua interposição.

25) O instrumento adequado para o combate à coisa julgada inconstitucional é a ação declaratória, a exemplo do que ocorre quando a coisa julgada apresenta alguma nulidade absoluta, como no caso da relação processual que não foi devidamente instaurada em conseqüência do vício de citação.

26) O fato da nulidade da coisa julgada inconstitucional poder ser alegada a qualquer momento não contribui para a instabilidade das relações jurídicas e não infirma o princípio da segurança jurídica. Pelo contrário, confirma-o, posto que atua como fator de acertamento dos atos jurídicos ao ápice do ordenamento, servindo, portanto, à supremacia da Constituição, valor maior da segurança jurídica.

27) Sendo caso de típica nulidade, a coisa julgada inconstitucional não depende de provocação da parte para ser reconhecida. Em verdade, pode e deve ela ser reconhecida de ofício pelo juiz com base na previsão contida no artigo 146, parágrafo único, do Código Civil, em qualquer tempo e grau de jurisdição. No entanto, se assim não agir o juiz, pode o executado suscitar a questão pela via dos embargos do devedor ou ainda, em caso de não querer ou poder segurar o juízo, alegar a nulidade do título por simples petição nos autos da execução, ato este que a doutrina vem denominando de exceção de pré-executividade.

28) No caso do jurisdicionado submetido a coisa julgada que teve como fundamento lei posteriormente declarada inconstitucional pela via de ação direta, tal declaração produziu efeitos gerais e retroativos e, portanto, a coisa julgada anterior foi por ela alcançada, perdendo a sua validade, razão pela qual não necessita o jurisdicionado sequer ingressar com ação declaratória da nulidade da coisa julgada, podendo simplesmente inobservá-la e, acaso executado, suscitar a nulidade do título executivo judicial tanto pela interposição de embargos do devedor quanto pela exceção de pré-executividade.

29) No caso do jurisdicionado submetido a coisa julgada que teve como fundamento lei posteriormente declarada inconstitucional pelo controle difuso e em seguida suspensa pelo Senado Federal, os efeitos da suspensão da execução da norma decidida como inconstitucional, apesar de gerais, não retroagem, operando-se a partir da data da suspensão. O jurisdicionado, entretanto, poderá ingressar em juízo a qualquer momento com uma ação declaratória de nulidade com o objetivo de ver declarada a nulidade da decisão judicial desde o seu nascedouro, ou seja, retroativamente. Por sua vez, acaso ainda não tenha cumprido o dispositivo condenatório da decisão, poderá também suscitar a questão em embargos do devedor ou ainda pela exceção de pré-executividade.

30) No caso do jurisdicionado submetido a coisa julgada que entendeu inconstitucional e, por isso, deixou de aplicar lei posteriormente declarada constitucional, a ofensa consumada não é à Constituição, mas sim à lei ordinária a que a sentença não reconheceu eficácia, razão pela qual a decisão, por não conter uma inconstitucionalidade direta, mas sim uma ilegalidade, deve ter seu controle submetido ao regime próprio da ação rescisória, inclusive com observância do prazo decadencial.

BIBLIOGRAFIA

ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. Código de processo civil e legislação processual em vigor. Organização do texto: Theotonio Negrão. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução ao código civil brasileiro.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código civil. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 48. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

BRASIL. Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. *Revista da Advocacia-Geral da União*. Brasília, v. 6, janeiro de 2001.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 15. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da constituição*. São Paulo: Atlas, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

MIRANDA, Pontes. *Comentários ao código de processo civil*.

3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, tomo V.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000.

NERY JÚNIOR, Nélson. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de processo penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 6.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v.4.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 3.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à constituição de 1988 – aspectos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. Recurso especial n. 36.017-Pernambuco. Relator Ministro Francisco Peçanha Martins. DJU 11/12/2000, p.185.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação direta de inconstitucionalidade n. 652-5-Maranhão. Pleno. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Maranhão e Assembléia Legislativa do Estado do Maranhão. Relator Ministro Celso de Mello. DJU 02/04/1993, p. 5.615.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso extraordinário n. 97.589. Pleno. Relator Ministro Moreira Alves. DJU 03/06/1982, p.7.883.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso de mandado de segurança n. 17.976-SP. Recorrente: Engenharia e Construções Otto Meinberg S/A. Recorrida: Fazenda do Estado. Relator Ministro Amaral Santos. RTJ 55/744.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso extraordinário n. 35.370-Paraná. Recorrente: Pinho Guimarães Ltda. Recorrido: Estado do Paraná. Relator Ministro Cunha Vasconcelos. DJU 15/01/1960.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista da Advocacia-Geral da União*. Brasília, v. 9, p. 2, abril de 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v.1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução*. 19. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvin. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

[1] OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.
[2] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
[3] OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.
[4] THEODORO JÚNIOR, Humberto, FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista da Advocacia-Geral da União*. Brasília, v. 9, p. 2, abril de 2001.
[5] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
[6] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985.
[7] MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição*: São Paulo: Atlas, 2000.
[8] Mauro Capelleti, citado por Alexandre de Moraes na obra acima referida, exemplifica que, na antiga civilização ateniense, as normas distinguiam-se em “nómos” e “pséfisma”, correspondendo as primeiras a nossas leis e as segundas aos decretos, afirmando que os “nómoi”, ou seja, as leis, tinham um caráter que, sob certos aspectos, poderia se aproximar das modernas leis constitucionais, e isto não somente porque diziam respeito à organização do Estado, mas ainda porque modificações das leis (nómoi) vigentes não podiam ser feitas a não ser através de um procedimento especial, com características que, sem dúvida, podem trazer à mente do jurista contemporâneo o procedimento de revisão constitucional. Em relação aos “pséfisma”, lembra o autor que era princípio fundamental aquele segundo o qual o decreto, qualquer que fosse o seu conteúdo, devia ser legal, seja na forma, seja na substância. Isto é, ele devia, como seríamos tentados a dizer, nós, juristas modernos, ser constitucional, ou seja, não podia estar em contraste com os “nómoi” vigentes.
[9] Parte da doutrina costuma utilizar a nomenclatura “poder constituinte originário” para o poder constituinte soberano do povo, e o termo “poder constituinte derivado” para o poder reformador. Tal nomenclatura, no entanto, não é adequada, posto que somente o poder constituinte é soberano, sendo o dele decorrente constituído, e não constituinte, posto que a este vinculado.
[10] MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000.

[11] REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
[12] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação direta de inconstitucionalidade nº 652-5-Maranhão. Pleno. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Maranhão e Assembléia Legislativa do Estado do Maranhão. Relator Ministro Celso de Mello. DJU 02/04/1993, p. 5.615.
[13] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso extraordinário nº 35.370-Paraná. Recorrente: Pinho Guimarães Ltda. Recorrido: Estado do Paraná. Relator Ministro Cunha Vasconcelos. DJU 15/01/1960.
[14] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.
[15] A proposta rejeitada, de autoria do Senador Maurício Corrêa, estabelecia:
"Art. 127 ...
§ 2º. Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles perderão eficácia desde a sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da decisão declaratória".
[16] Texto original: "res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione iudices accipit: vel condemnatione vel absolutione contingit".
[17] NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
[18] PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 6.
[19] THEODORO JÚNIOR, Humberto, FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista da Advocacia-Geral da União*. Brasília, v. 9, p. 2, abril de 2001.
[20] MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
[21] MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
[22] SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 3.
[23] SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v.4.
[24] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v.1.
[25] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
[26] OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.
[27] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
[28] A título de ilustração, lembre-se que o poder constituinte, sendo soberano e, portanto, ilimitado, não está obrigado ao respeito de tais institutos jurídicos, como, por exemplo, ocorreu no artigo 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988.
[29] Excepcionada a hipótese do poder constituinte inicial que, como visto, é soberano.
[30] THEODORO JÚNIOR, Humberto, FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista da Advocacia-Geral da União*. Brasília, v. 9, p. 2, abril de 2001.
[31] DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. *Revista da Advocacia-Geral da União*. Brasília, v. 6, janeiro de 2001.
[32] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

[33] OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.
[34] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
[35] OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.
[36] OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.
[37] THEODORO JÚNIOR, Humberto, FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista da Advocacia-Geral da União*. Brasília, v. 9, p. 2, abril de 2001.
[38] OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.
[39] OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.
[40] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso de mandado de segurança nº 17.976-SP. Recorrente: Engenharia e Construções Otto Meinberg S/A. Recorrida: Fazenda do Estado. Relator Ministro Amaral Santos. RTJ 55/744.
[41] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. Recurso especial n. 36.017-Pernambuco. Relator Ministro Francisco Peçanha Martins. DJU 11/12/2000, p.185.
[42] MIRANDA, Pontes. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, tomo V.
[43] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso especial nº 97.589. Pleno. Relator Ministro Moreira Alves. DJU 03/06/1982, p.7.883.
[44] OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.
[45] SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988 – aspectos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
[46]MIRANDA, Pontes. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, tomo V.
[47] OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.
[48] THEODORO JÚNIOR, Humberto, FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista da Advocacia-Geral da União*. Brasília, v. 9, p. 2, abril de 2001.



O PAPEL SOCIAL DO PROFISSIONAL DO DIREITO

Marcos Roberto Gentil Monteiro é mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará, professor da Universidade Tiradentes, oficial de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

RESUMO: Demonstra a necessidade de o profissional de Direito possuir formação interdisciplinar, capaz de dotá-lo da percepção da dimensão axiológica, bem como sociológica do fenômeno jurídico.

A – PRELIMINARES EPISTEMOLÓGICOS

Papel social é "o conjunto de maneiras de agir que caracteriza o comportamento dos indivíduos no exercício de determinada função em determinada coletividade"[2].

Investigar o conjunto de expectativas que possui a sociedade brasileira diante do desempenho dos profissionais jurídicos é tarefa necessária a qualquer desses profissionais, posto que são remunerados pelo corpo social para defenderem seus mais elevados interesses em juízo.

Não se trata de tolher a liberdade de exercício profissional, direito humano e fundamental, mas sim de examinar, cientificamente, as causas que têm levado a população a descrer no sistema jurídico, a partir da conduta de seus profissionais, bem como apontar fundamentos teóricos que devem ser levados em conta por todos aqueles que labutam no foro, cotidianamente.

B – DO DIREITO ENQUANTO SUBSISTEMA SOCIAL

Em primeiro lugar, é preciso perceber as insuficiências do Direito no tocante à condução do povo brasileiro à fruição dos direitos previstos na legislação. É imperioso não esperar do sistema jurídico, enquanto controle social formal, mais do que aquilo que representa, diante de uma realidade social mais ampla.

Um tecnicismo supervalorizado pelos cursos jurídicos, em direção à realização financeira dos postulantes a cargos bem remunerados, em cotejo com a condição social da imensa maioria, tem provocado uma desvalorização do real conhecimento jurídico, em suas relações com os demais sistemas sociais, de acordo com a visão interdisciplinar exigida pelo atual estágio da ciência.

Não se pode realmente conhecer qualquer instituto jurídico senão a partir de sua origem e evolução histórica. Qual outra razão explica que a legislação civil pátria seja fortemente influenciada pela codificação romana? “O mundo jurídico não pode, então, ser verdadeiramente conhecido, isto é, compreendido, senão em relação a tudo o que permitiu a sua existência e no seu futuro possível. Este tipo de análise desbloqueia o estudo do direito de seu isolamento, projecta-o no mundo real onde ele encontra o seu lugar e a sua razão de ser, e ligando-o a todos os outros fenômenos da sociedade, torna-o solidário da mesma história social”[3].

A população brasileira, fruto de grupos étnicos historicamente compelidos a viver sob o padrão europeu de existência, em sua generalidade órfã de uma educação de qualidade, aviltantemente remunerada, responsabiliza o jurídico pela ineficácia de normas constitucionais como as que abaixo se seguem:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família

com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:

§ 3º - As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a 12% ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar."[4]

Ocorre que é na Constituição que os sistemas jurídico e político se acoplam. Em conseqüência disso, de nada adianta um direito constitucional encontrar-se previsto, destinado à cidadania, se não houver *vontade política* capaz de torná-lo eficaz. "Nas contínuas discussões sobre a necessidade e a porcentagem de um possível aumento, os políticos e a mídia discutem sobre a viabilidade econômica de uma tal medida. Geralmente, recusa-se um aumento drástico com o argumento de que isto levaria ao endividamento do Estado, à recessão econômica, à inflação etc. Nessas discussões todos parecem ter esquecido a prescrição que a Constituição de 1988 impõe ao legislador: a obrigação *jurídica* de instituir um salário mínimo capaz de atender as necessidades de moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social (art. 7.º, inciso IV). *Tal obrigação não está sujeita a considerações de possibilidade econômica ou política*"[5].

Da mesma forma ocorre a ineficácia do direito da cidadania brasileira de não se encontrar submetida a mercenárias taxas de juros praticadas pelo sistema financeiro, em virtude de influências perniciosas advindas do sistema econômico e político.

C – DA JUSTIÇA SOCIAL ENQUANTO PARADIGMA DE CONDUTA

Urge diagnosticar a realidade jurídica integrante de uma realidade social bem mais ampla. Portanto, é necessário superar o mito da

neutralidade científica, cânone do positivismo. Como é possível ao cientista social, ao profissional jurídico, que receberam os primeiros valores morais em família, educaram-se de acordo com a opção pedagógica da escola que freqüentaram, viveram e convivem em sociedade, que sejam neutros?

Do advogado se espera que defenda os interesses de seus constituintes, é parcial por natureza; do promotor de justiça, fiscal da lei e do interesse público, a opção pelo social é patente; e não há como negar, o juiz deve ser imparcial, todavia, não consegue completamente, posto que é humano, sujeito à influência do mundo que o cerca.

Desde meados do século passado, a dimensão valorativa tem ganho força progressiva no mundo jurídico, a partir da adoção universal da Teoria da Tridimensionalidade do Direito de Miguel Reale. De fato: todo acontecimento que gera efeito jurídico (fato jurídico), é regulado por regra de conduta coercível (norma jurídica), fundamentada em princípio aceito por uma dada sociedade, num determinado momento histórico (valor).

Pode-se perceber ainda que a dimensão axiológica é a que vai fundamentar a norma jurídica a ser editada, para regular a conduta humana em sociedade. Ou seja, não há preceito jurídico que não esteja apoiado em princípio (valor) aceito por uma determinada sociedade, que almeja realizá-lo por intermédio do sistema normativo.

É simples compreender quando se analisa uma norma jurídica em sua particularidade. Assim, quando o artigo 121 do Código Penal brasileiro prescreve a sanção privativa de liberdade para a conduta de "matar alguém", é porque o Direito, ciência deôntica, que estuda como deve ser a conduta do homem em sociedade, pretende concretizar o princípio, valor do respeito à vida, enquanto bem jurídico mais caro à coletividade. Aliás, não é outro o motivo pelo qual há sanções gradativamente previstas no ordenamento, a depender dos bens jurídicos, princípios, valores que a sociedade quer ver concretizados para tornar possível a convivência social.

O hodierno estágio da ciência do Direito não mais se compraz com reducionismos, necessita de uma visão interdisciplinar, fulcrada em princípios que a fundamentem. Tal a importância da dimensão axiológica que o jusfilósofo italiano Giorgio Del Vecchio, conceitua Direito como sendo "*a coordenação objectiva das acções possíveis entre vários sujeitos, segundo um princípio ético que as determina, excluindo qualquer impedimento*"[6].

Mas a opaca contraposição positivista de que o Direito é ciên-

cia, e, enquanto tal, não se influencia por valores subjetivos seria acertada se os valores que fundamentam o sistema jurídico fossem dotadas dessa alegada subjetividade. Mas não, não são os valores de cada um, em sua singularidade, que servem de fundamento ao Direito, todavia, os valores compartilhados por todo um corpo social, num determinado momento histórico. É por essa razão que cada sociedade possui sua cultura, seus valores, e, em conseqüência, seu correspondente ordenamento jurídico.

Em contraposição, há valores aceitos numa dimensão supranacional, os direitos humanos de liberdade, igualdade, fraternidade e democracia. E o pensamento genial do sergipano Tobias Barreto já sabia disso, quando por expressão lapidar proferida no final do século XIX precisou o objeto da ciência jurídica enquanto histórico-cultural: "O Direito não é filho do céu, é simplesmente um fenômeno histórico, produto cultural da humanidade"[7].

É que Direito, ciência deôntica, investiga os fenômenos sob a categoria de pensamento do dever-ser. O fenômeno jurídico já nasce valorado, portanto, pretende realizar por meio do ordenamento, os princípios aceitos por uma determinada sociedade. "A Filosofia sistematiza conceitos em nível de abstração, enquanto a ciência é positiva, isto é, junge-se ao experimental – observável, empírico -, relegando a valoração *a priori*, aceitando o axiológico apenas como expressão fenomênica configurada"[8].

A desvalorização da dimensão axiológica do sistema jurídico não conduz, apesar do propalado pelo positivismo, à neutralidade científica, mas sim à omissão diante das influências danosas advindas da classe dominante política e economicamente, capazes de tornar o sistema jurídico como um todo ineficaz.

Sob o mito da neutralidade científica o direito alemão já foi nazista. E é precisamente essa falsa neutralidade a principal responsável pelo descrédito da população brasileira em seus profissionais jurídicos.

Não há como o sistema jurídico desprezar os valores aceitos pela sociedade. Aliás, não há um só pensamento que não seja produzido de acordo com a ideologia do sujeito pensante. Logo, urge perceber fundamentos lógicos e axiológicos do sistema jurídico. Necessário é diagnosticar que Direito é fato, valor e norma. Todavia, devido o fato de ser ciência *deôntica*, o Direito *deve ser justo e legítimo*. "O ponto de partida há de ser sempre a afirmação, de cunho universal, de que o Direito é fato, valor e norma. Não existe senão com essas três

dimensões. Contudo, o enunciado da teoria é meramente descritivo, situando-se na ordem sociológica da pura constatação. Direito não deve ser fato, valor e norma; é, e não pode deixar de ser. Na margem oposta, a nova teoria afirma que, além da primeira qualificação da juridicidade, o Direito deve ser justo e legítimo. Pode não ser, sem deixar de ser Direito. Precisamente nessa diferença, matriz de férteis resultados no domínio da produção filosófica e científica, parece residir a superioridade do tridimensionalismo axiológico, aqui proposto em suas linhas gerais"[9].

Mas não se diga com o positivismo que "o que é justo para alguém, pode não ser justo para outrem". A Justiça, enquanto valor que fundamenta o Direito não é a Justiça em sua dimensão individual, conforme Ulpiano: "Viver honestamente, a ninguém lesar, dar a cada um o que é seu." Se se der a cada um o que é seu far-se-á justiça no plano individual, apenas. Essa não é a tarefa do sistema jurídico.

A Justiça que serve de fundamento ao Direito é a justiça social, ou seja, esta mesma sob a qual já se debruçara Aristóteles há milênios, quando atribuiu à *polis* a função de atenuar a desigualdade natural entre os seres humanos. Hoje é o Estado que, através de políticas públicas de educação, saúde, habitação, transporte, vestuário, previdência social, lazer, deve promover socialmente os mais carentes em direção a uma sociedade mais equânime.

A justiça social deve ser tarefa do profissional do Direito, ainda que juspositivista, posto que se encontra inspirando toda a ordem jurídica constitucional brasileira, e deve servir de parâmetro para todos os que lidam com o fenômeno jurídico no Brasil. Os dispositivos abaixo ilustram tal assertiva:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Já a Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, em vigor, enunciava a necessidade de o aplicador do Direito observar a justiça social: "Art. 5.º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."[10]

D – DA LEGITIMIDADE ENQUANTO REQUISITO PARA A DEMOCRACIA

Infelizmente, os representantes do povo, legisladores, aqueles que produzem as normas que vão compelir a todos não têm conseguido traduzir os anseios, as aspirações populares. Não têm conseguido transpor para o ordenamento jurídico os valores, os princípios que norteiam a sociedade administrada.

A teoria da democracia representativa, importantíssima para a gênese do constitucionalismo moderno, fruto da revolução liberal burguesa, mostrou-se insuficiente para concretizar o valor igualdade. Muito ao contrário, os parlamentos têm atendido ao longo da história aos inconfessáveis objetivos de uma elite interessada em manter os seus privilégios previstos legislativamente. Têm sido os legisladores representantes não do povo que os elege, mas sim de uma classe dominante que possui condições, inclusive econômicas, de pressionar os elaboradores das normas jurídicas.

A conseqüência desse desequilíbrio é que o ordenamento tende a resultar não de um consenso popular, mas de imposição de vontade da classe dominante. E tal situação, mais uma vez, não pode ser resolvida apenas do ponto de vista do Direito, apesar de suas nefastas conseqüências para o sistema jurídico.

Consoante Jürgen Habermas e sua teoria da razão comunicativa, apenas será legítima uma norma jurídica quando todos os que serão afetados pelas decisões do processo de elaboração das mesmas tiverem o direito de buscar, democraticamente, o melhor argumento discutido racionalmente por entre os futuros compelidos à sua observância.

Obviamente, para que haja tal assembléia entre populares, não basta apenas que o povo possua nível cultural não só para valorizar o processo, mas tenha consciência de sua importância enquanto cidadão ativo, participante e capaz de influenciar o processo legislativo.

Muitos dirão que tal aspiração é utopia, que tal teoria não pode ser aplicada na prática. Todavia, uma teoria não existe para ser aplicada na prática. A prática é que deve ser criticada, com base no esquema teórico a fim de que a humanidade avance. Quando Montesquieu elaborou a teoria da separação dos poderes estatais a imensa maioria também pensou tratar-se de utopia, já que o poder do rei era absoluto,

e segundo o governante, fundamentado no divino.

Já existem tentativas claras de aproximar a população da administração, como o orçamento participativo, por exemplo. Também já há na Câmara dos Deputados, a Comissão Permanente de Assuntos Participativos, por meio da qual entidades da sociedade civil podem propor projetos de lei, que ao final podem ir a plenário, transformando-se em norma vigente.

O profissional jurídico não pode ficar alheio a essa mudança de paradigma na elaboração do Direito. Deve, ao contrário, esforçar-se pela defesa de uma ordem jurídica cada vez mais justa e legítima.

BIBLIOGRAFIA

CASTRO, Celso Antonio Pinheiro de. *Sociologia do Direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

Código Civil, Código de Processo Civil, Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Constituição da República Federativa do Brasil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

LAKATOS, Eva Maria. *Sociologia Geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1990.

MENEZES, Tobias Barreto de. *A idéia do Direito em Obras Completas – Estudos de Direito I*. Rio de Janeiro: Record, 1991.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao Direito*. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito, humanismo e democracia*. São Paulo: Malheiros, 1998.

OBSERVAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO DO DIREITO

Wildney Marcus de Azevedo Silva. Advogado, professor do curso de graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, do curso de pós-graduação em Direito da Universidade Cândido Mendes, e da Escola Superior de Advocacia (ESA), no Estado do Rio de Janeiro.

Wilney Magno de Azevedo Silva. Juiz federal, professor da Escola de Magistratura Reginal Federal da Segunda Região (EMARF), da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), do curso de pós-graduação em Direito da Universidade Cândido Mendes, e do Instituto Luso-Brasileiro de Direito Público, no Estado do Rio de Janeiro.

Em português, *princípio* é começo, início, ponto de partida[13]. É o fundamento, a base de uma construção. Na precisa lição de Miguel Reale,

"princípios são 'verdades fundantes' de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática (...) pelas necessidades da pesquisa e da *praxis*"[14].

Princípios são, portanto, idéias básicas, iniciais, de onde parte a dedução lógica. Tais proposições fundamentam e solidarizam os elementos de um grupo entre si, e assim, permitem o surgimento de uma nova unidade: o todo. São as idéias-base que produzem a solida-

riedade entre os elementos e, com isso, *fundam* e *integram* o sistema – tornam-no inteiro, completo, íntegro.

Provindo do radical latino *fons-fontis* – o qual resulta, por sua vez, de *fundere*, palavra latina que significa "derramar" –, o termo "fonte" indica, etimologicamente, o lugar de onde a água brota na terra[15]. O uso da língua portuguesa atribuiu a essa palavra o sentido de ponto de partida, e, por isso, no que interessa à ciência jurídica, o termo pode ser empregado para designar os princípios originais no Direito[16].

Os princípios gerais do Direito são, pois, a fonte do sistema jurídico por excelência – "pertencem ao sistema das fontes normativas primárias"[17]. São idéias gerais, os enunciados básicos monovalentes[18], que fundamentam e estruturam o Direito como um todo. Eles solidarizam as normas jurídicas entre si, e permitem, assim, o surgimento de uma identidade nova e própria – a do sistema jurídico.

"Os princípios gerais do direito compõem (...) a estrutura do sistema (...), por serem regras de coesão que constituem as relações entre as normas como um todo. (...) Sem os princípios não há ordenamento jurídico sistematizável nem suscetível de valoração. A ordem jurídica reduzir-se-ia a um amontoado de centenas de normas positivas, desordenadas e axiologicamente indeterminadas, pois são os princípios gerais que, em regra, rompem a inamovibilidade do sistema, restaurando a dinamicidade que lhe é própria."[19]

Na lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, os enunciados que compõem os princípios gerais do Direito correspondem a teses jurídicas comuns à civilização e à cultura de uma certa época histórica[20]. São idéias primárias que constituem a razão (*ratio*, raiz), a "*summa genera*"[21] do Direito. Estão incorporadas ao patrimônio de um povo, e, por isso, compõem o fundamento do sistema de normas que regulam o Estado e a sociedade. É muito feliz a expressão de Pietro Perlingieri: os princípios fundamentais definem "a identidade, a 'essência' do (...) ordenamento."[22]

Exemplos de princípios gerais do Direito são fornecidos pela doutrina pátria[23]:

1. a idéia da intangibilidade das situações jurídicas consolidadas;

2. o ideal de igualdade de todos perante a norma jurídica – o que implica a igualdade de todos diante da lei e daquele que a ministra (juiz ou administrador);

3. a proibição do enriquecimento sem causa;
4. o veto a que alguém obtenha proveito da própria torpeza;
5. a obrigatoriedade das convenções (*pacta sunt servanda*);
6. a exigência de continuidade do serviço público; e,
7. a impossibilidade de alguém ser punido, mais de uma vez, pelo mesmo fato (*ne bis in idem*).
8. a idéia de moralidade – que se impõe, inclusive, à administração pública;
9. a função social da propriedade;
10. o princípio da presunção da boa-fé;
11. o ideal de preservação da instituição familiar;
12. a necessidade de reparação do dano causado por dolo ou culpa;
13. a idéia de manutenção do equilíbrio contratual;
14. a obrigatoriedade da adoção da solução menos onerosa para o devedor;
15. a intranscendência da pena, em matéria criminal;
16. a impossibilidade de renúncia dos benefícios instituídos por normas sociais;
17. a exigência jurídica de suprimento das deficiências econômicas dos indivíduos (isonomia material), em matéria trabalhista, processual civil e do consumidor; e,
18. a necessidade de estabelecer a verdade real, em matéria de interesse público primário.

Normalmente, o princípio não figura, de modo expresso, na norma legal[24]. Ele a precede. A norma é definida a partir do princípio, que é um axioma do Direito. A norma facilita a visão do princípio, pois serve de "janela" que o deixa à mostra.

"Os princípios gerais de direito, portanto, em sua grande maioria, não estão declarados nas normas jurídicas, porém nelas estão implícitos, podendo ser descobertos, mediante a análise dos subsistemas componentes do sistema jurídico, relativos ao tema controvertido que se quer decidir."[25]

A existência do princípio não depende, pois, da existência da norma. O que ocorre é o inverso: A existência da norma é que dependente da existência do princípio.

Casos há, porém, em que, para tornar o princípio evidente, o Estado o transforma em norma legal. Isso tem o aspecto positivo de

tornar o princípio óbvio, como nos casos dos artigos 85 da Lei n.º 3.017, de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil), 3º e 5º do Decreto-lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil), e 5º, inciso II, e 37, *caput*, esses da Constituição da República:

Lei n.º 3.071/1916 (Código Civil):
Artigo 85:
"Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem."

Decreto-lei n.º 4.657/1942 (Lei de Introdução ao Código Civil):
Artigo 3º:
"Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece."

Artigo 5º:
"Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."

Constituição da República:
Artigo 5º:
"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;"

Artigo 37:
"A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:"

Há, no entanto, um perigo nessa atitude: A revogação da norma poderia dar a entender que houve rejeição do princípio... E, essa conclusão não procede. Como visto, não é o princípio que depende da norma, mas a norma que depende do princípio. A estrutura não depende da conjuntura. É a conjuntura que depende da estrutura.

Um dos mais importantes princípios do sistema jurídico é aquele que preside ao exercício da função pública – o "*due process of law*".

Qualquer que seja a função pública envolvida, o atendimento ao imperativo de vinculação do Estado ao Direito supõe a disciplina do conteúdo, da extensão e do modo de proceder da atividade estatal[26]. Cumpre, assim, que haja uma estreita correlação entre forma e conteúdo da manifestação do Estado – legiferante, administrativa ou jurisdicional –, para que esta, efetivamente, corresponda aos anseios de juridicidade[27] e de preservação dos direitos fundamentais do homem – sobretudo, o direito de liberdade.

"O princípio do Estado de direito é, fundamentalmente, um princípio constitutivo, de natureza material, procedimental e formal (...), que visa dar resposta ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder da actividade do Estado."[28] "(...) Forma e conteúdo pressupõem-se reciprocamente: como meio de ordenação racional, o direito é indissociável de realização da *justiça* (...); como *forma*, ele aponta para a necessidade de garantias jurídico-formais, de modo a evitar acções e comportamentos dos poderes públicos, arbitrários e irregulares."[29] "No princípio do Estado de direito se conjugam elementos materiais e formais, exprimindo, deste *modo*, (...) *profunda imbricação entre forma e conteúdo* (...)."[30] "'Terceira dimensão do Estado de direito', 'pilar fundamental do Estado de direito', 'coroamento do Estado de direito', são algumas das expressões utilizadas para salientar a importância, no Estado de direito, da existência de uma *protecção jurídica individual sem lacunas* (...). Do princípio do Estado de direito deduz-se, sem dúvida, a exigência de um *procedimento justo e adequado de acesso* ao direito e *de realização do direito*. (...) a realização do direito é determinada pela conformação jurídica do *procedimento* e do *processo* (...)."[31]

De fato, a Carta estabelece normas fundamentais de competência e forma, que instituem órgãos, definem suas atribuições, conferem-lhes prerrogativas e impõem-lhes obrigações, com o propósito de garantir a independência, o equilíbrio e a eficiência da função pública, e, também, assegurar o respeito aos direitos da sociedade e do indivíduo, igualmente consagrados pelo próprio Estatuto Político[32].

Já preconizada por Jhering – para quem "a forma é inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade"[33] –, essa noção preside ao exercício das três funções básicas de soberania.

As funções do Poder do Estado devem utilizar-se de processos próprios à consecução de seus fins, que respeitem, em última análise, a disciplina decorrente da própria Constituição da República.

Talvez, por ter-se suscitado, inicialmente, com o fito de promover a defesa do direito de liberdade contra as decisões do Estado, no âmbito processual penal[34], a idéia em exame é muito bem desenvolvida, no que concerne à prática da função jurisdicional. Não há dúvida, porém, de que ela se aplica, igualmente, às demais funções do Poder. O exercício da soberania acarreta a necessidade de que se observem "processos estatais"[35] devidos aos destinatários da função pública, por força do Direito: os "devidos processos" legislativo, administrativo e jurisdicional.

Isso se torna evidente com a análise dos dois aspectos básicos em que se desdobra a cláusula do "*due process of law*" – o substantivo e o instrumental.

A própria locução com que se costuma formular o princípio dá base ao raciocínio: "Ninguém pode ser privado de sua liberdade ou de seus bens, sem que se observe o devido processo do Direito"[36].

Afora as situações excepcionais em que o ordenamento jurídico autoriza a desapropriação, a privação da liberdade ou do patrimônio é a conseqüência estabelecida pelo Direito para a prática de condutas ilícitas – comportamentos anormais, explicitamente definidos em lei (típicos), contrários ao sistema jurídico (antijurídicos) e exercidos de modo culpável.

Ontologicamente, não há distinção entre ilícitos civis e penais. Ambos são modalidades de conduta típica e antijurídica, exercida de modo culpável. Tais comportamentos distinguem-se, apenas, pela gravidade da ofensa que acarretam ao bem jurídico tutelado. A prática de ilícitos penais – os mais graves entre os previstos pelo ordenamento jurídico – tem como sanção característica a privação da liberdade. Já a reprovação para a prática de ilícitos civis está relacionada à privação do patrimônio.

Seja qual for, porém, a natureza da pena, sua imposição está condicionada ao **emprego de um determinado instrumento**, provido de garantias mínimas para o adequado desempenho da função pública. Cumpre, ademais, que a norma a ser aplicada observe certos parâmetros, constitucionalmente postos, que podem ser resumidos no **respeito aos direitos fundamentais** do destinatário da decisão estatal[37].

A assertiva de que ninguém pode ser privado de sua liberdade

ou de seus bens – ou ainda, *a fortiori*, de sua vida –, sem que se observe o devido processo da lei, envolve, portanto, dois componentes básicos que merecem destaque – a lei e o processo: "Ninguém pode ser privado de sua liberdade e de seus bens, sem que a lei observe um processo devido"; e "ninguém pode ser privado de sua liberdade e de seus bens, sem que se observe um processo devido por lei".

Em outras palavras: A proibição de que alguém seja privado de seus mais importantes bens jurídicos – a vida, a liberdade e a propriedade –, sem que se observe o devido **processo da lei**, impõe, não apenas um devido **processo legal**, mas também, um devido **processo legislativo**. Afinal, "processo da lei" é tanto o processo legislativo quanto o processo legal.

Assim, por um lado, é vedado privar alguém da vida, da liberdade ou de seus bens, sem que a **cominação legal** das referidas penas tenha observado as exigências materiais e formais do devido processo legislativo. E, por outro, é juridicamente inviável privar alguém da vida, da liberdade ou de seus bens, sem que a **aplicação** da mencionada norma legal atenda a um processo devido (administrativo ou jurisdicional).

Ambos os aspectos estão presentes no princípio em causa – motivo, aliás, de a expressão "*due process of law*" ser mais bem traduzida como "devido processo do Direito", ou, simplesmente, "devido processo da lei"[38], e não "devido processo legal".

O primeiro prisma enfatiza **a lei** – a qual deve atender a um processo legislativo determinado, material e formalmente definido pela Constituição, sem o que, não pode servir como critério válido para que se imponha a perda da vida, da propriedade ou da liberdade. Dirigido à função legislativa, esse é o ângulo **substantivo** da cláusula em exame – o "*substantive due process of law*"[39] –, e fundamenta o controle da constitucionalidade formal e material das leis.

O segundo prisma destaca **o instrumento de aplicação da lei**, o qual deve proporcionar garantias mínimas a administrados ou jurisdicionados, para que possa servir de meio hábil à privação da vida, de bens ou da liberdade. Voltado às funções administrativa e jurisdicional, esse aspecto compõe o ângulo **instrumental** (ou procedimental) do mesmo princípio – o "*procedural due process of law*"[40] –, e dá base ao controle da validade legal e constitucional do processo e dos atos administrativos e jurisdicionais.

Verifica-se, assim, que o princípio do devido processo do Direito é uma cláusula fundamental que se refere, seja à **elaboração**, seja

à **aplicação** da lei.

"A cláusula *due process of law* não indica somente a tutela *processual*, como à primeira vista pode parecer ao intérprete menos avisado. Tem sentido genérico (...) e sua caracterização se dá de forma bipartida, pois há o *substantive due process* e o *procedural due process*, para indicar a incidência do princípio em seu aspecto substancial, vale dizer, atuando no que respeita ao direito material, e, de outro lado, a tutela daqueles direitos por meio do processo judicial ou administrativo. (...) O conceito de 'devido processo' foi-se modificando no tempo, sendo que doutrina e jurisprudência alargaram o âmbito de abrangência da cláusula de sorte a permitir interpretação elástica, o mais amplamente possível, em nome dos direitos fundamentais do cidadão. (...) O devido processo legal se manifesta em todos os campos do direito, em seu aspecto substancial. No direito administrativo, por exemplo, o princípio da legalidade nada mais é do que manifestação da cláusula *substantive due process*. Os administrativistas identificam o fenômeno do *due process*, muito embora sob outra roupagem, ora denominando-o de garantia da legalidade e dos administrados, ora vendo nele o postulado da legalidade. Já se identificou a garantia dos cidadãos contra os abusos do poder governamental, notadamente pelo exercício do poder de polícia, como sendo manifestação do devido processo legal. (...) O fato de a administração dever agir somente no sentido positivo da lei, isto é, quando lhe é por ela permitido, indica a incidência da cláusula *due process* no direito administrativo. A doutrina norte-americana tem-se ocupado do tema, dizendo ser manifestação do princípio do devido processo legal o controle dos atos administrativos, pela própria administração e pela via judicial. Os limites do poder de polícia da administração são controlados pela cláusula *due process*."[41]

"Como destinatários de tal vinculação perfilam-se, desde logo, os poderes públicos – o legislador, o governo/administração e os tribunais. (...) a 'decisão' constitucional se deve entender no sentido de uma *vinculação explícita e principal* de todas as entidades públicas, desde o legislador aos tribunais e à administração (...) as entidades públicas *estão sob reserva de direitos, liberdades e garantias*. (…) nenhum acto das entidades públicas é 'livre' dos direitos fundamentais".[42] "As relações entre direitos fundamentais e direito legal discutem-se também, (...) a propósito das formas de interacção entre *direi-*

tos fundamentais, *organização e procedimento*. (...) O conceito de *procedimento* é acolhido no sentido de um complexo de actos (...) para a preparação da tomada de decisões (legislativas, jurisdicionais, administrativas)."[43] "A garantia dos direitos fundamentais exige, para a sua realização, uma participação no procedimento (...). Daí a necessidade de as leis dinamizarem dimensões participatórias procedimentais a fim de, através de um *due process*, se garantirem eficazmente posições jurídicas fundamentais. Para além dos clássicos direitos processuais (...) a (...) participação procedimental (...) alargou-se aos procedimentos legislativos e administrativos (...)."[44]

É certo que cada um dos processos estatais subordina-se a princípios peculiares, ditados pelas características que distinguem as funções básicas de soberania entre si. Cumpre reconhecer, porém, a existência de certos princípios mínimos e traços[45] comuns, que norteiam o exercício da função pública como um todo, e que, por isso, permitem, inclusive, a afirmação da existência de uma teoria geral do processo[46] – um "direito processual estatal"[47].

"Certamente, o fato de não se referir ao exercício da jurisdição é inibidor do estudo do processo administrativo segundo os parâmetros e estruturas conquistadas pela teoria do processo jurisdicional e especialmente do processo civil, tecnicamente avançadíssima. (...) À medida que a atenção dos administrativistas passou a voltar-se à existência desse processo e à sua problemática, descobrindo e definindo princípios, a escalada para o patamar mais elevado de abstração foi *pari passu* inaugurada. Depois, no trato da teoria geral os próprios processualistas civis passaram a interessar-se pelo processo administrativo seriamente e hoje não é mais lícito negar a sua inserção na teoria geral do processo. O *poder* exercido pela Administração através dele é o mesmo poder que os juízes exercem *sub specie jurisdictionis*, tendo-se verdadeiro processo estadual lá e cá. (...) E o sistema processual administrativo, no Estado-de-direito, regido por garantias e grandes princípios constitucionalmente instalados, inclui a limitação do exercício do poder, definidos os seus limites numa ordem de legalidade que assegura a prevalência da cláusula *due process of law*; existem formas institucionalizadas nos procedimentos administrativos, que não podem negar a participação do interessado (ou interessados), nem o respeito à igualdade quando pertinente (*v.g.*, licitações públicas) (...). Tais e tantos pontos comuns, entre os mui-

tos que marcam a analogia com o processo jurisdicional, impõem que se inclua o direito processual administrativo na teoria geral do processo (modalidade 'processo estatal não-jurisdicional'). Inclui-se também o *processo legislativo*, se bem guarde ele menos semelhanças que o administrativo com os clássicos modelos de processo desenvolvidos em sede jurisdicional. (...) O certo é que, no processo legislativo em regime democrático e constitucional, *há* procedimentos a serem observados, com a marca da legalidade e participação dos interessados, entendendo-se que ao legiferar a maioria exerce o *poder* estatal; a abertura à *participação* do povo no processo legislativo através dos representantes é a norma que legitima essa espécie de processo estatal não-jurisdicional."[48]

Com fundamento nessa premissa, e, tendo em conta que, como visto, a teoria do "*due process of law*" foi mais bem desenvolvida em relação ao exercício da função jurisdicional, é possível admitir que o propósito de estabelecer os princípios que orientam o processo de qualquer das três espécies de função pública pode ser alcançado por meio da abordagem dos princípios que norteiam a função jurisdicional[49] – com o cuidado, é claro, de que a análise se efetue sob uma perspectiva maior, genérica, tendente a extrair das idéias básicas que presidem ao exercício dessa função, apenas, aquelas aplicáveis às funções públicas em geral[50]. Afinal, *ubi eadem ratio*, *ibi idem jus*.[51]

Cabe lembrar, a esse propósito, a lição extremamente lúcida de Cândido Rangel Dinamarco, a respeito da teoria geral do processo:

"(...) é significativo o seu poder de síntese indutiva do significado e diretrizes do direito processual como um sistema de institutos, princípios e normas estruturados para o *exercício do poder* segundo determinados objetivos: passar dos campos particularizados do processo civil, trabalhista ou penal (e administrativo e legislativo (...)) à integração de todos eles num só quadro e mediante uma só inserção no universo do direito é lavor árduo e incipiente, que a teoria geral do processo se propõe a levar avante."[52] "(...) vista por essa perspectiva, a teoria geral do processo assume o mister de manipular conceitos e fenômenos que vêm dos diversos ramos do direito processual, querendo chegar à essência de cada instituto, princípio ou garantia. Ela quer enxergar o essencial mediante o confronto entre as diversas manifestações setoriais de cada um e seu exame a partir dos parâmetros constitucionais (...)."[53] "Há *processos estatais* (...). Os

processos estatais são *jurisdicionais ou não*, conforme se trate do exercício do conjunto de atividades a que se convenciona chamar *jurisdição*, ou de outra manifestação do poder estatal."[54] "(...) a teoria geral do processo propõe-se a colher os elementos da diversidade representada pelas variadas espécies de processos e reduzi-los à unidade, numa escalada que principia com a sistematização de determinado ramo do direito processual (*v.g.*, direito processual civil) e tende à universalização."[55] "Não se trata de 'massificar' o direito processual, em suas manifestações jurisdicionais ou não, estatais ou não. À teoria geral do processo não passam despercebidas as diferenças existentes entre os diversos ramos, que são independentes a partir do ponto de inserção no tronco comum. Mas a seiva que vem do tronco é uma só, é o *poder*, a alimentar todos os ramos. Embora cada um deles tome a sua direção, nunca deixará de ser um ramo da árvore do processo. (...) Assim, há uma unidade nos grandes princípios, no entendimento das garantias constitucionais, na estrutura e interação funcional dos institutos fundamentais, sem que com isso exijam soluções igualadas em todos os setores."[56]

Base para todo o sistema processual brasileiro, a cláusula constitucional em exame impõe que a jurisdição se exerça mediante um determinado processo – um instrumento que atenda a garantias mínimas para a efetiva realização da Justiça no caso concreto.

Com efeito, não é qualquer processo que se presta ao devido exercício da função jurisdicional. Na abalizada visão de Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, o único processo jurisdicional constitucionalmente válido é o que assegure uma jurisdição eficiente; presidido por órgão imparcial e que dê às partes tratamento isonômico. É, além disso, um processo que garanta a seus sujeitos plena ciência e publicidade dos atos processuais e oportunidade de manifestação; cujas decisões sejam fundamentadas; e, que permita a entrega da tutela jurisdicional em tempo razoável.

"(...) impõe-se assegurar a todos os membros da coletividade o livre acesso ao juiz natural, com o direito de participar em contraditório e com igualdade de condições, institucionalizando-se os mecanismos de controle e exatidão do desfecho do processo."[57]

É possível enunciar em seis tópicos, portanto, as idéias que norteiam o devido processo jurisdicional da lei:

1. acesso à Justiça[58];
2. juiz natural[59];
3. tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo[60];
4. contraditório e ampla defesa[61];
5. publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios[62]; e, por fim, o da
6. prestação jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável[63].

Há, porém, como simplificar. Nos seis itens apontados – que aludem a oito princípios constitucionais do processo jurisdicional – , identificam-se, em verdade, três idéias básicas que presidem ao exercício de qualquer função pública, entre as quais, a jurisdicional: **democracia**, **isonomia** e **eficiência moral**.

O **princípio democrático** se exprime pela afirmação do exercício do Poder "do povo, pelo povo, para o povo"[64]. Essa é uma idéia cujo núcleo é composto por dois elementos essenciais – participação e controle: De um lado, o princípio em exame garante àqueles que suportarão, diretamente, os efeitos da função pública o direito de participar em seu exercício; e, de outro, assegura, também, aos destinatários diretos da mesma função a faculdade de fiscalizar (controlar) seu exercício, para que este se mantenha dentro dos limites estabelecidos pela Constituição para o atendimento da finalidade pública.

"(...) é o governo constitucional das maiorias que, sobre as bases de uma relativa liberdade e igualdade (...), proporciona ao povo o poder de representação e fiscalização dos negócios públicos."[65]

Como bem observa Cândido Dinamarco, o princípio democrático estende-se ao desempenho de todas as funções de soberania. Assim, todas elas devem ser exercidas com participação e controle.

"Sabe-se que no Estado-de-direito tem-se por indispensável fator legitimante das decisões *in fieri* a participação dos seus futuros destinatários, a quem se assegura a observância do procedimento adequado e capaz de oferecer-lhes reais oportunidades de influir efetivamente e de modo equilibrado no teor do ato imperativo que virá. Tal é o primeiro significado da exigência democrática do *contraditório*; e trata-se de postulado que invade todo e qualquer processo, por força de suprema garantia constitucional (não somente o de jurisdição)."[66]
"Esse modo de ver o processo corresponde ao pensamento mais

moderno da teoria processualista e é de cômoda assimilação na teoria Estado e do poder. Diz-se que o processo é todo *procedimento realizado em contraditório* e isso tem o mérito de permitir que se rompa com o preconceituoso vício metodológico consistente em confiná-lo nos quadrantes do 'instrumento da jurisdição'; a abertura do conceito de processo para os campos (...) da própria administração (...) constitui fator de enriquecimento da ciência ao permitir a visão teleológica dos seus institutos além dos horizontes acanhados que as tradicionais posturas introspectivas impunham."[67]

É o que ocorre, por exemplo, com a função jurisdicional.

O contraditório vincula a entrega da prestação jurisdicional à necessidade de que as partes tenham ciência de todas as etapas do processo e a correspondente oportunidade de manifestação[68]. O princípio traduz, portanto, a idéia de *participação* no desempenho da função jurisdicional.

O princípio da ampla defesa garante ao réu, no processo penal, o exercício da defesa, com todos os recursos a ela inerentes. Isto significa assegurar-lhe uma defesa técnica de qualidade e a autodefesa – exercida diretamente pelo acusado, a quem a lei garante uma série de privilégios pessoais que se resumem, em última análise, aos direitos de presença, audiência e recurso. O princípio em exame é uma especialização subjetiva e objetiva do princípio do contraditório – subjetiva, porque está voltada, apenas, para o réu; e, objetiva, porque diz respeito, tão-somente, ao processo penal[69] –, pelo que, cuida-se, mais uma vez, da idéia de *participação* do destinatário da função pública (jurisdicional) no exercício desta mesma função.

A exigência de publicidade dos atos processuais e de motivação das decisões jurisdicionais[70] viabiliza, por sua vez, o *controle* da jurisdição: a transparência do processo e o dever de informar os fundamentos da convicção exposta no ato decisório tornam possível uma eficiente fiscalização da atividade jurisdicional.

Os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade dos atos processuais e da obrigatória motivação das decisões jurisdicionais são, pois, as expressões do *princípio democrático*, no que toca à função jurisdicional. Eles garantem a oportunidade de *participação* e *controle* no exercício da jurisdição.

Mencionado, expressamente, no *caput* do artigo 37 da Constituição da República, o princípio da impessoalidade impõe que a função pública seja exercida de acordo com critérios objetivos – gerais e

abstratos. Este é o significado do princípio do juiz natural. Com efeito, a garantia de que toda pessoa seja julgada por juízo cuja competência esteja estabelecida de acordo com critérios legais previamente definidos visa a assegurar, mais do que a imparcialidade do julgamento, a adoção de parâmetros objetivos – gerais e abstratos – para a solução do caso concreto e particular. Em suma, o princípio do juiz natural é uma maneira de afirmar que a função judicante – assim como qualquer função pública – deve ser exercida impessoalmente.

Esse postulado é conseqüência imediata do **princípio da isonomia**. A impossibilidade de a função pública ser exercida por agente que guarde algum vínculo de interesse particular com a situação objeto da função – como, por exemplo, laços de amizade íntima, casamento, sociedade, ou mesmo, inimizade figadal – decorre da necessidade de que todos os destinatários da função pública sejam tratados com *igualdade*. Admitir o contrário implicaria coonestar discriminações ou privilégios indevidos – algo absolutamente vedado pelo sistema jurídico.

"(...) a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimentosas. Nem favoritismos nem perseguições são toleráveis. (...) O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. Está consagrado explicitamente no art. 37, *caput*, da Constituição. (...) assim como 'todos são iguais perante a lei' (art. 5º, *caput*), *a fortiori* teriam de sê-lo perante a Administração."[71]

"Dessa forma, mais claro fica o significado do princípio da impessoalidade da Administração Pública (...). O ato administrativo serve a todos de igual maneira, independente dos desejos dos agentes e de quem sofrerá seus efeitos."[72]

Todos são iguais perante a lei. Logo, também o são perante o aplicador da lei. Este é o motivo por que o princípio da *isonomia*, expressamente consagrado no artigo 5º, inciso I, da Constituição da República, também se aplica aos processos administrativo e jurisdicional. Como bem observam Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, "a *igualdade* abrange não só o campo da *criação* da lei, mas também, o de sua *aplicação*"[73]. Por isso, as partes têm o direito subjetivo público de ser tratadas com *igualdade* pelo juiz e pelo administrador.

É preciso observar, porém, que o postulado da igualdade no processo – como, de resto, o próprio ideal de igualdade perante a lei – não implica a necessidade de todas as pessoas serem tratadas, rigorosamente, do mesmo modo. Os sujeitos não são absolutamente iguais. Há distinções de fato existentes entre as pessoas, que devem ser ponderadas pelo agente público, no desempenho de suas funções. O tratamento eqüitativo imposto pelo princípio em exame deve levar em conta as diferenças verificadas entre as situações de que as pessoas são titulares.

O núcleo do conceito jurídico de *igualdade* é, pois, a idéia de *proporção*: Igualdade é tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na proporção em que se desigualam.

"A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade"[74].

Assim, apesar de disporem dos mesmos direitos, obrigações e deveres processuais, as partes são merecedoras de um tratamento diferenciado, proporcional à diferença das situações por elas titularizadas, exatamente para que se respeite o ideal de isonomia. Daí a perfeita compatibilidade entre o princípio da igualdade processual e normas como a do artigo 188 do Código de Processo Civil – que garante à Fazenda Pública prazo em quádruplo para contestar e, também ao Ministério Público, prazo em dobro para recorrer.

Respeitada, pois, a aludida proporção, cumpre que as partes disponham, não só das mesmas oportunidades de manifestação no processo, mas também, das mesmas armas processuais – inclusive, aqueles que não possam arcar com os honorários de um defensor técnico bem capacitado.

"(...) o contraditório há de ser *equilibrado*, combatendo os litigantes em *paridade de armas*; essa é uma projeção processual do princípio constitucional da isonomia que ilumina todo o procedimento mediante o qual se exterioriza a participação contraditória."[75]

Nesse último sentido é que se pode afirmar, por exemplo, que a exigência constitucional de instituição da Defensoria Pública junto a todos os níveis e graus de jurisdição[76] exprime, não apenas o princípio

do acesso à Justiça, como também, o princípio da isonomia no processo[77].

É preciso, outrossim, que a jurisdição observe o ideal de *eficiência*. A afirmação de que não se pode subtrair à apreciação do Poder Judiciário alguma ameaça ou efetiva lesão de direito subjetivo – idéia núcleo do princípio do acesso à Justiça – não é garantia do exercício de uma jurisdição inócua, vazia de significado e inoportuna. O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República consagra a idéia de uma Justiça eficaz e oportuna – isto é, eficiente –, apta a restaurar a situação jurídica lesada, ou a garantir sua plena integridade contra a iminente lesão. É, pois, dever do juiz zelar por que sua função propicie uma tutela efetiva.

Isto implica, de um lado, a possibilidade do emprego de medidas de segurança, ou de pronta realização do Direito – como, por exemplo, a antecipação dos efeitos da tutela[78] –, para a prevenção de situações de emergência, que acarretem risco à efetividade da Justiça. E, de outro, a necessidade de que o processo, instrumento da jurisdição, atenda ao mencionado propósito – isto é, propicie uma tutela jurisdicional eficiente: seja apto à produção de um máximo de resultados com um mínimo de dispêndios financeiros, funcionais (em atos processuais), ou temporais.

O processo deve ser *econômico*. Etimologicamente[79], "*oikó*" (casa, ambiente, meio) + "*nómos*" (administração, governo) significa "administração da casa, do ambiente"[80]. A primeira exigência que se impõe a qualquer administrador é a de agir com *eficiência* – obter um máximo de resultados com um mínimo de dispêndios. Este é, pois, o sentido do princípio da economia processual: o processo deve ser administrado com eficiência, inclusive, no aspecto temporal. A garantia de que a prestação jurisdicional seja entregue em tempo razoável é um aspecto da exigência de que o processo da jurisdição seja econômico. O princípio da economia processual é, assim, um desdobramento da mesma idéia cerne do postulado do acesso à Justiça – o ideal de *eficiência* da função pública, que é um princípio geral da Administração do Estado, incluído no *caput* do artigo 37 da Carta Magna.

Atente-se, contudo, para a necessidade de que, na busca da eficiência, a Administração Pública não ultrapasse os limites que norteiam uma *conduta ética*, em consonância com os padrões gerais de honestidade aceitos pelo meio coletivo. O dever da boa administração – que, sem dúvida, constitui o cerne do princípio da eficiência – é,

antes de tudo, uma obrigação provida de conteúdo *moral*.

"(...) um dos deveres administrativos reconhecidos pela unanimidade da doutrina é o *dever de eficiência*, que decorre da obrigação moral de bem administrar, donde se conclui que este *dever da boa administração* é dotado de conteúdo moral, da moralidade administrativa. (...) a moralidade administrativa é um elemento vinculante de todo e qualquer ato da administração, integrando seu objeto, que, além de *lícito*, deve ser *moral*. (...) a indagação sobre a legalidade do procedimento administrativo não pode ser operada independentemente da indagação sobre a justiça do procedimento, que é a condição de uma *boa administração*."[81]

E, não deve causar espécie o fato de a exigência de conduta ética impor-se, até mesmo, ao Estado, que não é uma pessoa natural.

"(...) a moralidade consiste em princípios para os indivíduos e, por extensão, aos indivíduos que agem em concerto. É verdade que os conceitos e princípios morais se aplicam, em grande parte e fundamentalmente, à conduta individual, mas daí não se infere não possa a conduta de entidade coletiva ser julgada em termos morais."[82]

Não cabe, assim, à Administração Pública perseguir a eficiência a todo custo. Cumpre que paute sua conduta pelos ditames maiores de um **princípio de eficiência moral** – atenta, pois, à exigência de um comportamento ético, honesto, moralmente aceitável.

As oito idéias-chaves que norteiam o devido processo jurisdicional da lei – os princípios do acesso à Justiça, do juiz natural, do tratamento paritário dos sujeitos do processo, do contraditório, da ampla defesa, da publicidade dos atos processuais, da motivação dos atos decisórios, e, por fim, da prestação jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável – tratam, pois, em verdade, de três noções jurídicas fundamentais:

1. os postulados do acesso à Justiça e de entrega da prestação jurisdicional em tempo razoável concernem ao **princípio da eficiência moral**;
2. os postulados do juiz natural e do tratamento paritário dos sujeitos do processo são expressões do **princípio da isonomia**; e,

3. os postulados do contraditório, da ampla defesa, da publicidade dos atos processuais e da motivação dos atos decisórios aludem ao **princípio democrático**.

Democracia, isonomia e eficiência moral.

O válido e legítimo exercício da função jurisdicional exige, assim, o emprego de um processo democrático, isonômico e moralmente eficiente.

Esse, aliás, é o sentido indispensável para uma adequada interpretação, quer da teoria dos pressupostos do processo, quer do sistema de nulidades processuais. Afinal, como compreender as exigências jurídicas para o válido desenvolvimento da relação processual – os pressupostos processuais – e a sanção legalmente prevista para sua inobservância – as nulidades processuais – sem atentar para o objetivo a que esses conceitos estão voltados? Tais conceitos não se compreendem, senão como meio de garantir o emprego, pelo Estado-juiz, do devido processo jurisdicional do Direito.

É possível, no entanto, generalizar a idéia antes enunciada.

O válido e legítimo exercício da função pública – e não, apenas, da função jurisdicional – está condicionado ao emprego de um processo democrático, isonômico e moralmente eficiente. Essas são idéias que presidem ao válido e legítimo do poder do Estado – ao desempenho de qualquer função de soberania.

Isonômico, democrático e moralmente eficiente. Esse é o devido processo do Direito.

BIBLIOGRAFIA

BANDEIRA DE MELLO, Celso A. *Curso de direito administrativo.* 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo A. *Princípios gerais de direito administrativo.* Rio de Janeiro: Forense, 1969

BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1981

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional.* 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à constituição de 1988*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000

CRUZ E TUCCI, José R. *Aspectos processuais da denominada*

ação declaratória de constitucionalidade, *in* MARTINS, Ives Gandra da S. *et allii*. (coord.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994

CUNHA, Antônio G. da. *Dicionário etimológico nova fronteira*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982

DI PIETRO, Maria Sylvia Z. *Direito administrativo*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 1996

DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996

DINIZ, José Janguiê B. *Princípios constitucionais do processo*, *in* DINIZ, José Janguiê B. (org.). *Direito constitucional*. Brasília: Consulex, 1998

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995

FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro.* 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996

GRINOVER, Ada P. *Novas tendências do direito processual de acordo com a constituição de 1988.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990

GRINOVER, Ada P. *et allii*. *Teoria geral do processo.* 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994

LIEBMAN, Enrico T. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985

LINCOLN, Abraham. *The gettysburg address*. Internet: Library of Congress, 2000, *in http://lcweb.loc.gov/exhibits/gadd/4405.html*

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal.* 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997

PINTO FERREIRA. *Princípios gerais do direito constitucional moderno.* 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979

SILVA, Benedicto. (coord.). *Dicionário de ciências sociais*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986

SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1989

SOARES, Regina Coeli L. *Breves considerações sobre alguns*

princípios da administração pública, *in* CAMARGO, Margarida Maria L. (org.). *1988 – 1998: Uma década de constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999

TUCCI, Rogério L. *et allii*. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989

VASCONCELOS, Edson A. de. *Instrumentos de defesa da cidadania na nova ordem constitucional. Controle da administração pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1993

[13] CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 44, item 38.
[14] REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24ª ed. *3ª* tiragem. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 305.
[15] BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo A. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, v. I, p. 179, item 23.1.
[16] BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo A. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, v. I, p. 179, item 23.1.
[17] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 20.
[18] REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 300, item *c*.
[19] DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 215.
[20] BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo A. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, v. I, p. 360.
[21] PINTO FERREIRA. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, v. I, p. 16, item 5.
[22] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 14.
[23] BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo A. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, v. I, p. 361; DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 226-227; CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à constituição de 1988*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v. IV, 1992, pp. 2135-2136.
[24] BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo A. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, v. I, p. 361.
[25] DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 224.
[26] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 374, item 2.
[27] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 361, item 1.
[28] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 361, item 1.
[29] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 362, item 3.
[30] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 374, item 2.

[31] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 389, itens 4 e 4.1.
[32] DI PIETRO, Maria Sylvia Z. *Direito administrativo*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 395.
[33] JHERING, Rudolph v. *apud* CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 362, item 3.
[34] NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 35, texto e nota 31; DINIZ, José Janguiê B. *Princípios constitucionais do processo*, *in* DINIZ, José Janguiê B. (org.). *Direito constitucional*. Brasília: Consulex, 1998, p. 134, item 3.2.2.
[35] DI PIETRO, Maria Sylvia Z. *Direito administrativo*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 395; DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 64.
[36] A idéia é expressa, entre outros dispositivos, pelo artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República.
[37] NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 35.
[38] A opção do constituinte pela expressão "devido processo legal" reduz, assim, indevidamente, o enorme alcance da cláusula em exame, pois oculta aquele de seus aspectos voltado ao exercício da função legislativa.
[39] NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, pp. 34-38, item 5.
[40] NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, pp. 34-40, item 5 e 6.
[41] NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, pp. 34-37, item 5.
[42] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, pp. 591-592.
[43] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 651, item I.
[44] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 653, item 4.
[45] A doutrina reconhece características comuns aos processos das três funções essenciais do Estado: "(...) as notas mais intimamente ligadas aos atos e procedimentos do Estado, quais sejam a *inevitabilidade* (o poder estatal é exercido sem prévio acordo de vontades entre os litigantes e não há como furtar-se à eficácia imperativa do processo) e a *soberania* (os resultados do processo estatal não são revisíveis por entidade superior à fonte de poder que os impõe) –, predicados exclusivos do poder estatal." (DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 66).
[46] DI PIETRO, Maria Sylvia Z. *Direito administrativo*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 395; DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 58-59.
[47] "Num conceito mais amplo que o de processo jurisdicional, direito processual estatal é a *disciplina do exercício do poder estatal pelas formas do processo legalmente instituídas e mediante a participação do interessado, ou interessados*." (DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 72); "O direito processual, em qualquer de seus ramos (civil, penal, administrativo, tributário), disciplina uma atividade que se situa no ponto de encontro de problemas fundamentais da sociedade e do Estado: trata-se da atividade consistente em fazer justiça e assegurar a integridade e vitalidade da ordem

jurídica, concorrendo assim para definir e assegurar a personalidade dos indivíduos em suas relações recíprocas e perante o poder social, na medida em que lhes oferece meios jurídicos para a defesa de seus direitos e interesses e da sua liberdade." (LIEBMAN, Enrico T. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. I, p. 35, item 19).

[48] DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 71-72.

[49] O que Cândido Rangel Dinamarco denomina de "*generalização útil*" (DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 59).

[50] Não se pode olvidar o alerta do prestigiado integrante da "Escola de São Paulo": Mas é indispensável definir os limites da síntese útil, sem chegar a extremos de generalização dos quais nada de proveitoso possa retornar a cada ramo do processo: a exagerada extensão dos conceitos e princípios seria propícia à diluição da força de agregação, que cada qual tem, como elemento retor de institutos e critério interpretativo de disposições endereçadas ao objetivo eleito." (DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 67).

[51] Para a mesma razão a mesma solução.

[52] DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 58-59.

[53] DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 62.

[54] DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 64.

[55] DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 67.

[56] DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 73-74.

[57] TUCCI, Rogério L. *et allii*. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 17.

[58] TUCCI, Rogério L. *et allii*. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 19.

[59] TUCCI, Rogério L. *et allii*. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 28.

[60] TUCCI, Rogério L. *et allii*. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 37.

[61] TUCCI, Rogério L. *et allii*. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 60.

[62] TUCCI, Rogério L. *et allii*. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 72.

[63] TUCCI, Rogério L. *et allii*. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 17, e CRUZ E TUCCI, José R. *Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade*, *in* MARTINS, Ives Gandra da S. *et allii*. (coord.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 149.

[64] A frase é de Abraham Lincoln, proferida, em 19 de novembro de 1863, no "Discurso de Gettysburg", quando da inauguração do cemitério nacional, naquela localidade, onde ocorreu dura batalha, durante a Guerra da Secessão: "It is rather for us to be here dedicated to the great task remaining before us – that from these honored dead we take increased devotion to that cause for which they gave the last full measure of devotion – that we here highly resolve that these dead shall not have died in vain – that this nation, under God, shall have a new birth of freedom – and that

the government of the people, by the people, for the people, shall not perish from the earth." Eis a tradução da frase: "Antes, cumpre a nós os presentes, dedicarmo-nos à onerosa obrigação que temos pela frente – que estes venerandos mortos nos inspirem maior devoção à causa pela qual entregaram a última medida transbordante de devoção – que todos nós aqui presentes solenemente admitamos que esses homens não morreram em vão – que esta nação, com a graça de Deus venha gerar uma nova Liberdade – e, que o governo do povo, pelo povo, e para o povo, jamais desapareça da face da Terra." (LINCOLN, Abraham. *The gettysburg address*. Internet: Library of Congress, 2000, *in http://lcweb.loc.gov/exhibits/gadd/4405.html*. Texto e tradução. O texto também é referido em SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 140).

[65] FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 79.

[66] DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 91-92, item 12.

[67] DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 132.

[68] GRINOVER, Ada P. *Teoria geral do processo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 57, item 20..

[69] GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 1, pp. 55-58, item 9.3; GRINOVER, Ada P. *Novas tendências do direito processual de acordo com a constituição de 1988*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, pp. 8-10, item 7.

[70] Artigo 93, inciso IX, da Constituição da República.

[71] MELLO, Celso Antônio B. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 12ª ed., 2000, p. 84, item 41.

[72] SOARES, Regina Coeli L. *Breves considerações sobre alguns princípios da administração pública*, *in* CAMARGO, Margarida Maria L. (org.). *1988 – 1998: Uma década de constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 148.

[73] TUCCI, Rogério L. *et allii*. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 40, item 13.

[74] BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1981, p. 55.

[75] DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 135-136.

[76] Artigo 134 da Constituição da República.

[77] TUCCI, Rogério L. *et allii*. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 42.

[78] Disciplinada, por exemplo, nos termos do artigo 273 do Código de Processo Civil.

[79] CUNHA, Antônio G. da. *Dicionário etimológico nova fronteira*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982, p. 283, sob o verbete "economia"; *AllWords.com. Dictionary*. Internet: AllSites.com, Inc. 2000, *in http://www.allwords.com/query.asp?SearchType=0&Keyword=economy&goquery=Find+it%21&Language=ENG&ESP=1&v=308341287,* sob o verbete "economy".

[80] SILVA, Benedicto. (coord.). *Dicionário de ciências sociais*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986, p. 381, verbete "economia", item B.1.

[81] VASCONCELOS, Edson A. de. *Instrumentos de defesa da cidadania na nova ordem constitucional. Controle da administração pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, pp. 105-107.

[82] VASCONCELOS, Edson A. de. *Instrumentos de defesa da cidadania na nova ordem constitucional. Controle da administração pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 103.



A LIMITAÇÃO DA IMUNIDADE PARLAMENTAR – APONTAMENTOS SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 35/2001

Maurício Gentil Monteiro.Advogado, professor do curso de Direito da Universidade Tiradentes e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A imunidade parlamentar e a separação dos poderes; 3. A imunidade parlamentar no constitucionalismo internacional e brasileiro; 4. Análise comparativa da imunidade parlamentar na redação original da Constituição e após a Emenda Constitucional nº 35/2001; 5. Do Estado Democrático de Direito, da Separação de Poderes e da Soberania Popular; 6. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

No dia 21 de dezembro de 2001, foi publicada no *Diário Oficial da União* e entrou em vigor a Emenda Constitucional nº 35, de 20 de dezembro de 2001, que deu nova redação ao artigo 53 da Constituição Federal de 1988, alterando sobremaneira aspectos do instituto da imunidade parlamentar.

A principal modificação produzida no texto original da Carta Magna, pela referida emenda constitucional, foi a limitação desse instituto, de forma a permitir que o Supremo Tribunal Federal possa prosseguir no processamento de parlamentares, independentemente de licença da sua Casa Legislativa, facultando-se ao Parlamento, por iniciativa de partido político, sustar o andamento da ação.

De acordo com a redação original do artigo 53, o deputado ou senador somente poderia ser processado, pela prática de crime comum, se a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal concedessem licença ao Supremo Tribunal Federal nesse sentido; do contrário, o processo ficaria paralisado até que o parlamentar perdesse essa condição. Tal situação, segundo constatação da sociedade, vinha causando uma anomalia, eis que diversos parlamentares estariam se beneficiando do corporativismo dos seus colegas - que dificilmente aprovavam a licença requerida pelo STF - utilizando-se dessa modalidade da imunidade para proteger-se da ação judicial, mesmo quando envolvesse crimes comuns, em nada relacionados à atividade parlamentar.

Assim, casos famosos como o do ex-deputado Hildebrando Pascoal, acusado da prática de crimes cruéis contra trabalhadores rurais em suas propriedades, não eram julgados pelo Judiciário, porque a Câmara dos Deputados não concedia a licença; acusações de corrupção contra parlamentares ficavam adstritas ao julgamento político do próprio Legislativo, porque o Poder Judiciário dependia de improvável licença para proceder o julgamento, o que causava enorme indignação social e insatisfação com a chamada “classe política”.

Essa indignação foi sendo capitaneada por setores representativos da sociedade, aglutinada pela *media*, até alcançar a pauta do Congresso Nacional, que conseguiu reunir, em torno da proposta de limitação da imunidade, um consenso quase absoluto e raro na história política do país. Aprovada com esmagadora maioria na Câmara dos Deputados (dos quatrocentos e quarenta e quatro deputados que participaram da votação, quatrocentos e quarenta e um votaram favoravelmente à proposta, apenas um votou contra e dois se abstiveram) e por unanimidade (dos sessenta e sete senadores que compareceram à votação) no Senado Federal, a Emenda Constitucional nº 35/2001 coroou aquilo que foi chamado pelo Presidente da Câmara dos Deputados de “pacote ético”, que incluiu a limitação ao uso de medidas provisórias pelo Presidente da República (Emenda Constitucional nº 32/98), a instituição do Código de Ética dos Deputados e do Conselho de Ética na Câmara Federal. Em suas próprias palavras (*Folha de São Paulo*, edição de 1 de janeiro de 2002, p. A3):

“Trata-se de um momento histórico: de agora em diante, deputados e senadores são cidadãos comuns diante da lei. Podem ser

denunciados, processados ou condenados sem licença do Parlamento. Para que isso acontecesse foi necessária uma engenharia política que só se tornou possível porque a esmagadora maioria dos deputados, as lideranças partidárias e os membros da mesa compreenderam a importância dessa transformação.

A imunidade protege agora apenas as idéias, as opiniões e a ideologia dos parlamentares. O mandato não vai mais, enfim, acobertar crimes comuns."

Analisar se a limitação à imunidade parlamentar, tal como efetivada pela Emenda Constitucional nº 35/2001, representou realmente esse grande avanço para o país, é proposta do presente artigo, tanto sob o aspecto político como sob o aspecto jurídico-constitucional.

2. A IMUNIDADE PARLAMENTAR E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Fazer uma análise, mesmo que restrita, do instituto da imunidade parlamentar, exige prévias considerações sobre a teoria da separação dos poderes e a sua inscrição jurídico-positiva nos diversos textos constitucionais dos Estados Modernos.

É sabido que já Platão e Aristóteles, na Grécia Antiga, incursionaram pelo tema. Porém, as idéias precisam esperar o momento fértil para sua ebulição, e foi somente no contexto histórico das lutas contra o Antigo Regime e pela instauração de uma nova forma de organização social, qual seja a do estado liberal-burguês, fortemente inspirado nos ideais iluministas, que a teoria da separação dos poderes encontrou sua formatação ideal, de modo a bem servir aos interesses de uma classe social nova, que ansiava derrubar o poder político dos monarcas absolutos e da aristocracia: a burguesia.

Nesse contexto é que se insere a famosa obra *O Espírito das Leis*, de Montesquieu, em que são lançadas as bases teóricas para esse conceito tão caro ao Estado Liberal, a tal ponto de se converter em requisito indispensável àquilo que os convencionais revolucionários franceses tomaram por constituição material. Assim é que o artigo 16 da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, proclama que não se pode considerar uma autêntica Constituição aquela que não contemple a separação dos poderes. Ou seja: sem

separação de poderes não há Estado de Direito, estado constitucional, mas estado do arbítrio.

Para Montesquieu, importante era que o Poder Político estivesse devidamente separado, a fim de evitar a concentração demasiada de poderes não mãos de um só, porque todo aquele que detém parcela mínima de poder tende a dele abusar.

Nesse sentido, a divisão do poder político em Poder Legislativo, encarregado de elaborar as leis gerais e impessoais a serem seguidas pelos membros da sociedade política, Poder Executivo, encarregado de aplicar as leis enquanto administração pública, exercendo efetivamente a função governativa, nos termos da lei, e Poder Judiciário, encarregado de julgar os conflitos existentes na sociedade, interpretando oficialmente a legislação, serviria para evitar essa tendência natural ao abuso, eis que os poderes acabam limitando-se reciprocamente, e o abuso de um encontra a devida resposta no outro, eis que independentes entre si.

A teoria avança, e, para evitar que essa independência excessivamente rígida acabe por inviabilizar a vida política, são desenvolvidos os conceitos de funções típicas e atípicas de cada poder, de forma que cada um deles possui suas funções preponderantes ou típicas (o Legislativo legisla e fiscaliza, o Executivo administra e governa e o Judiciário julga), mas possui também funções atípicas, que não lhes são preponderantes (o Legislativo e o Judiciário administram o seu próprio pessoal, o Executivo participa do processo legislativo e até excepcionalmente legisla). Essa noção, além de evitar a petrificação do sistema, serve também como corolário da necessária independência entre os poderes. Assim, não cabe ao Poder Executivo determinar o horário de trabalho dos juízes e serventuários da Justiça, nem a organização interna do Poder Legislativo. Cada Poder possui a sua esfera de autonomia para tratar dos seus assuntos internos, mesmo que para tanto tenham que desempenhar funções que são próprias dos outros poderes, sendo-lhes portanto funções atípicas.

E, para consolidar a independência entre os poderes – sem independência não há efetiva separação – a teoria também desenvolveu as noções de garantias dos poderes e de seus membros em face dos demais, notadamente do Poder Executivo que, historicamente,

tem se revelado o mais propício ao abuso de suas funções e ao arbítrio.

Nesse contexto é que deve ser compreendido o instituto da imunidade parlamentar. Enquanto os demais poderes possuem garantias institucionais que possibilitam aos seus membros o fiel desempenho de suas atribuições, sem interferências indevidas, o Poder Legislativo é aquinhoado com a proteção dos seus membros, eleitos pelo povo para mandatos de representação política nacional, contra eventuais ações dos membros dos demais poderes que lhes possam prejudicar ou impedir o bom exercício das atribuições parlamentares.

Como o parlamento, no arcabouço da doutrina liberal-iluminista, é o órgão representativo da vontade geral da nação, responsável pela definição das normas jurídicas impessoais e gerais a regular a vida social, bem como principal fórum de discussão política dos destinos do Estado, além de fiscalizador dos atos do Poder Executivo, necessita possuir a independência apta para não se tornar um mero instrumento da vontade do governante. A imunidade parlamentar caminha nessa direção, ao procurar assegurar ao parlamentar, representante do povo e da nação, segurança e tranqüilidade para o cumprimento do seu mister.

3.A IMUNIDADE PARLAMENTAR NO CONSTITUCIONALISMO INTERNACIONAL E BRASILEIRO

À medida em que a teoria da separação dos poderes ganhava força e se disseminava na prática política dos povos, após as revoluções liberais, o instituto da imunidade parlamentar também se inseria nesse contexto, sendo contemplado nas diversas constituições européias e também no continente americano. Esse processo foi contínuo e evolutivo, sempre no sentido de colocação da imunidade parlamentar como condição necessária à independência entre os poderes e ao próprio estado de Direito.

A atual Lei Fundamental da Alemanha, por exemplo, é expressa ao garantir a imunidade parlamentar, tanto em sua acepção material (inviolabilidade) como formal:

Art. 46 [Inviolabilidade e imunidade parlamentar]

1.Um Deputado não poderá, em nenhum momento, ser submetido a processo judicial ou ação disciplinar ou ser chamado a responder, fora do Parlamento Federal, por voto ou discurso que tenha manifestado no Parlamento Federal ou em uma de suas comissões. Essa disposição não se aplicará a injúrias difamatórias.

2.Um Deputado só será preso ou chamado a responder por atitude imputável com a autorização do Parlamento Federal, salvo quando a prisão se der em flagrante delito ou ao longo do dia seguinte.

3.Será igualmente necessária a autorização do Parlamento Federal para qualquer outra restrição de liberdade pessoal de um Deputado ou abertura de processo contra ele, nos termos do artigo 18.

4.Todo processo penal ou instaurado nos termos do artigo 18 contra Deputado bem como toda detenção ou qualquer outra restrição de liberdade pessoal de parlamentar deverão ser suspensos quando houver pedido do Parlamento Federal nesse sentido.

Nesses termos também a atual Constituição da Espanha é expressa ao assegurar em sua plenitude o instituto da imunidade parlamentar:

Artículo 71

1. Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por la opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.

2. Durante el período de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculpados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva.

3. En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

As Constituições do Brasil também incorporaram rapidamente esse instituto. A Constituição de 1824, além de assegurar a chamada imunidade material em seu art. 26, dispunha expressamente que "nenhum Senador, ou Deputado, durante a sua deputação, pode ser preso por Autoridade alguma, salvo por ordem de sua respectiva Câmara, menos em flagrante delito de pena capital" (art. 27) e que "Se algum Senador, ou Deputado, for pronunciado, o Juiz, suspendendo todo o ulterior procedimento, dará conta à sua respectiva Câmara, a

qual decidirá, se o processo deve continuar, e o Membro ser, ou não, suspenso no exercício de suas funções." (art. 28).

A Constituição da República de 1891 também assegurava a inviolabilidade parlamentar em seu art. 19, e dispunha que "os Deputados e Senadores, desde que tiverem recebido diploma até a nova eleição, não poderão ser presos, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara, salvo caso de flagrante em crime inafiançável. Neste caso, levado o processo até pronúncia exclusive, a autoridade processante remeterá os autos à Câmara respectiva, para resolver sobre a procedência da acusação, se o acusado optar pelo julgamento imediato." (art. 20).

Não foi diferente na Constituição de 1934, que previu a imunidade material em seu art. 31 e dispôs que "os Deputados, desde que tiverem recebido diploma até a expedição dos diplomas para a legislatura subsequente, não poderão ser processados criminalmente, nem presos, sem licença da Câmara, salvo caso de flagrância em crime inafiançável. Essa imunidade é extensiva ao suplente imediato do Deputado em exercício." (art. 32).

A Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas à Nação, e responsável pelo arcabouço jurídico do Estado Novo, não assegurou a imunidade formal, e, com relação à imunidade material, limitou-a nos seguintes termos: "art. 43. Só perante a sua respectiva Câmara responderão os membros do Parlamento Nacional pelas opiniões e votos que emitirem no exercício de suas funções; não estarão, porém, isentos de responsabilidade civil e criminal por difamação, calúnia, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime. Parágrafo único. Em caso de manifestação contrária à existência ou independência da Nação ou incitamento à subversão violenta da ordem política ou social, pode qualquer das Câmaras, por maioria de votos, declarar vago o lugar do deputado ou membro do Conselho Federal, autor da manifestação ou incitamento.".

Com a redemocratização do país, a Constituição de 1946 restabeleceu a imunidade material, em sua plenitude, no art. 44, e também a imunidade formal, dispondo que "Desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime

inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua câmara." (art. 45).

A Constituição de 1967, também outorgada e responsável pela formatação jurídica inicial do regime militar instaurado com o golpe de 1964, manteve a imunidade material, em seu art. 34, e a imunidade formal, no § 1º do art. 34, reproduzindo literalmente o teor do art. 45 da Constituição de 1946.

O texto da Emenda Constitucional nº 01, de 1969, limitou a imunidade material, dispondo em seu art. 32 que "Os deputados e senadores serão invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, salvo no caso de crime contra a segurança nacional." (grifou-se), e restringiu a imunidade formal, pois, apesar de manter a regra do § 1º do art. 34 da Constituição de 1967, acrescentou que "Se a câmara respectiva não se pronunciar sobre o pedido, dentro de 40 (quarenta) dias a contar de seu recebimento, ter-se-á como concedida a licença." (§ 2º do art. 32).

Não é de causar espanto que tenha sido justamente nas Constituições dos períodos mais autoritários da histórica política nacional que o instituto da imunidade parlamentar tenha sofrido excessivas restrições ou até mesmo supressão. É que a imunidade parlamentar é garantia do Poder Legislativo em face do abuso dos demais poderes, principalmente do Poder Executivo; porém, nos regimes autoritários, os detentores do Poder Executivo não gostam de conviver com a limitação ao seu poder político e com a independência do Poder Legislativo. Por isso outorgam à nação uma Carta Política restritiva ou supressiva dessa garantia.

Com a nova redemocratização, após o fim do regime militar, a Constituição de 1988, em sua redação original, resgatando o instituto, em sua plenitude, dispunha:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º. Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa.

§ 2º. O indeferimento do pedido de licença ou a ausência de deliberação suspende a prescrição enquanto durar o mandato.

A redação do mencionado artigo, com a modificação introduzida pela Emenda Constitucional nº 35, de 20 de dezembro de 2001, ficou a seguinte:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos

...

§ 2º. Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

§ 3º. Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

§ 4º. O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora.

No item seguinte, serão analisadas essas inovações.

4.ANÁLISE COMPARATIVA DA IMUNIDADE PARLAMENTAR NA REDAÇÃO ORIGINAL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 35/2001

A intenção do Poder Reformador, com a produção da Emenda Constitucional nº 35/2001, foi clara: alterar o instituto da imunidade parlamentar formal para, restringindo os seus efeitos, evitar que a necessidade de licença prévia da Casa Legislativa para o Supremo Tribunal Federal poder processar e julgar parlamentares continuasse servindo como instrumento de proteção de alguns parlamentares contra as devidas e necessárias investigações de crimes comuns por eles praticados.

Por isso, inverteu-se a regra. Se, na redação original da Cons-

tituição, o Parlamento detinha a palavra primeira e última sobre os destinos do parlamentar denunciado criminalmente no STF, e o processo somente poderia prosseguir em caso de licença prévia, agora, com a Emenda Constitucional nº 35, o Parlamento somente possui a palavra final quanto ao assunto, eis que não mais se exige a prévia licença para instauração e prosseguimento do processo. Ou seja, em caso de denúncia de parlamentar, por crime comum, no Supremo Tribunal Federal, este não mais precisará solicitar da respectiva Casa Legislativa autorização para o prosseguimento do feito. O STF dará seguimento normal ao processo criminal, apenas comunicando à Casa Legislativa que, por iniciativa de partido político nela representado, e pelo voto da maioria absoluta, poderá sustar o andamento da ação.

Dessa forma, ficou bastante limitada a imunidade formal do parlamentar, eis que será um desgaste político muito grande para o partido tomar a iniciativa de instaurar o procedimento de sustação do andamento do processo criminal no STF. Esse o raciocínio do Poder Reformador: a sociedade cobrará muito mais desse partido político e do parlamentar processado, em caso de procedimento de sustação do andamento da ação, do que cobrava do Congresso Nacional como um todo a concessão da licença prévia anteriormente exigida.

Garantido estará, então, o fim do uso da imunidade parlamentar formal como instrumento de “impunidade”, segundo lugar comum tão utilizado pela *media* e inspirador do “pacote ético” no qual se incluiu a aprovação da emenda constitucional em análise.

Aqui é importante assinalar que o Supremo Tribunal Federal, após a Emenda 35, já deu prosseguimento a processos criminais contra parlamentares - por crimes supostamente praticados antes mesmo de sua entrada em vigor - que estavam à espera das respectivas licenças, uma vez que não são mais exigidas, ou ainda a processos criminais que tiveram negada a licença prévia da Casa Legislativa (Inquéritos nº 1517, decisão de 02/04/2002, e nº 1018, decisão de 23/04/2002). Alcançado então o objetivo pretendido.

Finalmente, cabe dizer que a possibilidade de sustação, pelo Parlamento, do andamento do processo criminal contra parlamentar no STF, somente se aplica, segundo a nova redação constitucional, aos crimes praticados após a diplomação. Assim, o pouco que resta da imunidade formal parlamentar somente se refere aos crimes co-

muns supostamente praticados pelos parlamentares após o momento da diplomação pela Justiça Eleitoral, ficando o mesmo completamente à mercê do Poder Judiciário em caso de acusação por crime comum praticado antes da diplomação.

5.DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, DA SEPARAÇÃO DE PODERES E DA SOBERANIA POPULAR

Apesar de aprovada em clima de "unanimidade nacional", a Emenda Constitucional nº 35/2001, quando limitou o instituto da imunidade parlamentar formal, ofendeu aos princípios democráticos, a separação de poderes e à soberania popular, sendo, por tais razões, inconstitucional, dada a supremacia do poder constituinte originário sobre o poder constituinte derivado.

A República Federativa do Brasil, segundo o art. 1º da Constituição, é um Estado Democrático de Direito, que possui como fundamento a soberania (inciso I), e no qual "todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição".

Assim, constitui a representação política parlamentar manifestação constitucional do princípio fundamental da soberania popular, segundo o qual todo poder emana do povo. Apesar dos reclamos doutrinários por um exercício mais constante dos mecanismos de participação popular direta no processo político, previstos no art. 14 da Constituição, é realidade inescapável até mesmo aos mais ardorosos defensores da democracia direta que um retorno puro e simples aos moldes da democracia da Grécia Antiga é impossível nos tempos atuais, quer devido à inviabilidade prática de reunião diária de milhões de cidadãos em praça pública para deliberações sobre os destinos da *polis*, quer devido à impossibilidade de dedicação diária e completa do homem moderno às discussões políticas, eis que precisa trabalhar para seu próprio sustento material. Assim, apesar de subordinada ao primado da vontade popular, a representação política parlamentar constitui instrumento indispensável à manutenção do regime democrático. O povo, que não pode dedicar-se diariamente à atividade política, elege representantes para fazê-lo em seu nome, mantendo-os sob vigilância e atenção.

Porém, para que o sistema representativo parlamentar possa funcionar de forma eficiente e apta para servir como verdadeira instância de representação política da sociedade, é preciso que seja dotado de garantias e proteções em face das investidas de outras esferas de poder. Daí a necessidade de adoção da separação de poderes, expressamente assegurada no art. 2º da Constituição Federal.

Assim, o instituto da imunidade parlamentar, tanto material como formal, apresenta-se como garantia do Poder, da representação política da sociedade, da instituição, contra as indevidas investidas de outras esferas de poder, e não como garantia do parlamentar. E, nesse diapasão, apresenta-se como verdadeira proteção ao próprio Estado Democrático de Direito e à soberania popular, servindo como instrumento de garantia do exercício do poder político independente do povo, por intermédio de seus representantes.

A Constituição Federal também prevê garantias dos demais poderes, como forma de assegurar a sua independência e harmonia (assim, por exemplo, as garantias da magistratura: irredutibilidade de subsídios, inamovibilidade e vitaliciedade).

Ocorre que a separação de poderes é cláusula pétrea do texto constitucional (art. 60, § 4º, inciso III), não sendo admitida sequer como objeto de deliberação qualquer proposta de emenda constitucional que tenha tendência à sua abolição. Em conseqüência, o arcabouço constitucional dos poderes, no tocante às prerrogativas e garantias de uns em face dos outros, é imutável, sob pena de prejuízo à sua independência recíproca (esse é um argumento recorrente utilizado por membros da magistratura, por exemplo, quando se coloca em debate qualquer proposta de adoção do controle externo do Poder Judiciário). Admitida emenda constitucional que reduza garantia de um poder em face do outro significa torná-lo frágil, vulnerável e menos independente.

É exatamente o que acontece com a Emenda Constitucional nº 35/01. Ao restringir a imunidade formal parlamentar às acusações de práticas de crimes comuns por parlamentares apenas após a diplomação, bem como ao permitir como regra o normal processamento do feito no STF, sem necessidade de licença prévia, o Poder Constitu-

inte Reformador reduziu sobremaneira as garantias do exercício da função parlamentar em face dos demais poderes, como instituídas pelo poder constituinte originário, ficando aí claramente delineada não apenas a tendência à abolição da separação de poderes, mas, no caso, uma profunda restrição à sua independência.

Doravante, fácil será o uso abusivo do aparato estatal para que sejam forjados processos criminais em face de parlamentares que exerçam com independência a sua função. Pior: sobre os parlamentares independentes, sempre vai pairar a ameaça de alguma acusação de prática de crime comum totalmente desprovida de materialidade (o que não é algo raro, registre-se, no sistema persecutório criminal brasileiro), como instrumento coibidor do exercício pleno e independente de suas funções.

O uso indevido da imunidade formal parlamentar - como instrumento de "impunidade" – por parte de alguns parlamentares, não deve ser motivo autorizador de tamanha ofensa ao regime democrático. Ao contrário: sendo o povo o titular da soberania, ao povo compete a decisão final, e, em caso de suspeita de uso indevido do instituto, a solução está em suas mãos: a não reeleição do parlamentar para o mandato subseqüente, medida que o tornará novamente um cidadão comum, não representante de ninguém a não ser de si mesmo, e passível de responder ao processo por crime comum na instância judicial competente, sem foro privilegiado.

Assim, inconstitucional se apresenta a restrição à imunidade parlamentar produzida pela Emenda Constitucional nº 35/01.

6.CONCLUSÕES

Apesar de aprovada com consenso raro na história nacional, e com o respaldo aparente da sociedade, a limitação da imunidade parlamentar produzida pela Emenda Constitucional nº 35/2001 fere princípios fundamentais da Constituição, tais como o do Estado Democrático de Direito, da soberania popular e da separação de poderes, merecendo a devida reprimenda através dos mecanismos do controle de constitucionalidade.

A imunidade parlamentar, mesmo formal, representa garantia inafastável do exercício independente da função parlamentar e, conseqüentemente, da soberania popular. Restringi-la significa tornar vulnerável o exercício da função parlamentar, e, portanto, vulnerabilizar a própria soberania popular.

É de se espantar que os setores políticos minoritários, geralmente os mais afetados pelos abusos de poder, não tenham esboçado reação contra tamanha ofensa ao regime democrático e, pior, tenham aderido acriticamente ao discurso oficial. Poderão ser os primeiros a sentir na pele os efeitos de seus equívocos de avaliação.

É o momento de reconhecer a inovação da linha de pensamento aqui adotada. Mas a idéia é exatamente provocar o debate, tendo como norte a preocupação com aquilo que Paulo Bonavides já considera como um direito fundamental de quarta geração: a democracia.

7.BIBLIOGRAFIA

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A Cidadania Ativa*, 3ª edição, São Paulo: Ática, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*, 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 1995.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, 11ª edição, São Paulo: Atlas, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 16ª edição, São Paulo: Malheiros, 1999.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, 17ª edição, São Paulo: Malheiros, 2001.

Folha de São Paulo, edição de 01 de janeiro de 2002.

www.camara.gov.br

www.senado.gov.br

www.stf.gov.br

VERTENTES HERMENÊUTICAS DE RISCO PARA A CIDADANIA

José Sérgio Monte Alegre* Professor da Universidade Tiradentes/SE e Procurador do Ministério Público Especial junto ao TCE. Ex-professor da UFS.

1. Conta-se que,abordado por irmãos de cor em um aeroporto de Estado exacerbadamente segregacionista, na Federação norte-americana, que lhe reclamava das leis locais,o líder negro Martin Luther King respondeu com presteza: “Não me interessam as leis do vosso Estado, mas sim qual seja a jurisprudência dos vossos Tribunais.” Sem dúvida, mesmo nas entrelinhas, o pacifista deixava enfatizado o que Piero Calamandrei, no seu bem afamado livro *Apologia aos Juízes,* ou eles, os juízes,vistos por nós advogados, houvera dito acerca dos magistrados: que eles têm um poder mágico, não compartilhado por nenhum outro homem sobre a face da Terra, o de dizer que o negro é branco e que o quadrado é redondo, pela coisa julgada.

2. Aceitamos que seja assim. Pois bem. Distinguidos com tão formidável poder, hão de exerce-los não em proveito de si próprios, postos que jurisdição **é função** do Estado. E função existe no Direito quando se outorga poder para a realização de uma finalidade alheia ao seu titular (Fábio Konder Comparato, em *Educação, Estado e Poder,* págs. 28/29, editora Brasiliense), ou então, “apenas quando alguém está assujeitado ao dever de buscar, no interesse de outrem, o atendimento de certa finalidade. Para desincumbir-se de tal dever, o sujeito de função necessita manejar poderes,sem os quais não teria como atender à finalidade que deve perseguir para a satisfação do interesse alheio.” (Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu *Curso de Direito Administrado*, p. 69, 13ª edição, Malheiros). Todavia, não só isso. Como a Constituição da República responde a um padrão normativo com o qual se hão de conformar todas as demais normas, formal e materialmente, isto pela sua natureza e pela sua hierarquia, então o

norte para a correta apreensão dos fenômenos jurídicos deverá residir nela própria, Constituição, que encontra em **si mesma** o seu referencial de compreensão. E é a Lei Republicana que textualmente afirma ser o Brasil uma República Federativa, constituída sob a forma de **Estado Democrático de Direito** (art. 1º, caput). Pelo que configura equívoco lamentável, de graves conseqüências, qualquer esforço de compreensão das normas e princípios constitucionais a partir da legislação ordinária. Assentada a premissa, é preciso saber o que, **na Constituição brasileira**, se devem entender como tal. Trata-se de Estado submetido à lei e desta dependente? **Só isto?** Tenho como certo que não. A subordinação e a dependência da lei são elementos necessários para conformar-lhe o perfil. Contudo, **são insuficientes**.

3. Realmente. É visível, ainda hoje, o nível de comprometimento da Constituição atual com vertentes do pensamento revolucionário francês de 1789, inclusive e sobremodo com aquelas formalizadas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Se não, vejamos.

3.1. Está acolhida na Constituição Federal a garantia a brasileiros e estrangeiros residentes no País da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança, à propriedade, nos termos que enuncia (art. 5º, caput). Ora, o que é isso senão a versão brasileira da fórmula francesa de que o fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais, e imprescritíveis do homem e que esses direitos são a liberdade, a propriedade e a segurança, ademais da resistência à opressão, este último inexplicavelmente ausente do texto nacional? (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão). Não é irrelevante que a Constituição brasileira tenha usado a palavra **garante**, ao invés de outorga, de atribui, de concede: só se garante o que já existe! Também não é um indiferente jurídico a consagração da separação dos Poderes, sob o enunciado clássico (art. 2º). E não será verdadeiro que, para o ideário da Revolução, não tinha Constituição a sociedade em que os Poderes não estivessem separados nem garantidos os direitos naturais da pessoa humana? Pois bem: se é esta a ótica, então o Brasil tem Constituição...

3.2. Contudo, há mais. Na Declaração, lê-se: “A liberdade consiste em poder fazer tudo quanto não incomode o próximo; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem limites senão nos que asseguram o gozo destes direitos a outro homem. **Estes limites não podem ser determinados senão pela lei**” (sem o destaque, no original). Logo a seguir: “A lei só tem o direito de proibir

as ações prejudiciais à sociedade. Tudo quanto não é proibido pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser obrigado a fazer o que ela não ordena". Enquanto isso na Constituição Republicana se afirma que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei (art. 5º, II). Ou então: "A lei é expressão da vontade de todos. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente ou por seus representantes para sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer proteja, quer castigue. Todos os cidadãos, sendo iguais aos seus olhos, sendo igualmente admissíveis a todas as dignidades, colocações e empregos públicos, segundo suas virtudes e seus talentos." (Declaração). Quais os seus equivalentes na Constituição Federal? "Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". (art. 1º, Parágrafo único) e "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza..." (art. 5º, caput). Prosseguindo, na Declaração se lê: "Todo homem será julgado inocente até quando for declarado culpado". Na Constituição: Ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5º, LVII). Outras identidades existem, mas parecem já suficientes as que ficaram citadas.

3.3. Então, a referência à lei, pura e somente, não é bastante para traçar com fidelidade a silhueta do Estado de Direito, no Brasil. Há de se lhe acrescentar outros elementos de informação, resumidos da seguinte fórmula: leis que expressem uma opção fundamental pela prossecução de valores como a intangibilidade da vida humana, da liberdade, da segurança, da propriedade, ademais obsequiosas à igualdade e resultante do exercício da função legislativa, predominantemente exercida pelo Congresso Nacional, com a sanção presidencial, como órgão de expressão do Poder Legislativo, exercitado por delegação do titular da soberania, o povo. Isso, obviamente, sem esquecer que, no Brasil, o Executivo **não** apenas se movimenta dentro dos limites que lhe são traçados pelo Legislativo, mas também **o faz** sob o controle do juiz (art. 5º XXV, da C.F.). Aí, sim, a expressão Estado de Direito guardará sintonia **material** com a Constituição.

3.4. Neste ponto, uma primeira conclusão já é possível. No sofisticado esquema de relações entre autoridade e a liberdade, tudo se resume à cláusula da **proteção da liberdade mediante interdição do arbítrio do Estado e, dentro deste, do Poder mais perigoso para a cidadania, que é o Executivo**. Aliás, esta a razão de ser do Direito Administrativo, a sua filiação histórica, como rebento legítimo

e não bastardo do Estado de Direito, tal como concebido pela Revolução Francesa. Sob essa perspectiva, **a liberdade é a regra e a sua restrição a exceção**; e toda exceção se interpreta restritivamente e nunca ampliativamente. A propósito, em recente decisão, o **Supremo Tribunal** deixou assentado que matéria de **direito estrito** não se presume **nem** comporta interpretação **ampliativa** (ADIN 724-6/RGS, no DJU de 27/4/2001). Segue-se inclusive que, na dúvida, decide-se **em favor da liberdade,** a semelhança do que acontece no Direito do Trabalho (na dúvida em favor do mísero) e no Direito Penal (na dúvida em favor do réu). Ou deixou de ser exato que nem nasce livre (e igual em direitos) é o homem? Ou que só este é que é titular de uma **liberdade originária**, nunca o Estado? A ser assim verdadeiro, então **como vem uma certa jurisprudência interpretando o Direito Administrativo, no Brasil,** com o aplauso de determinada doutrina? Entre duas interpretações possíveis, ambas bem nutridas de argumentos, qual a que têm preferido? Aquela que melhor homenageia **esse** Estado de Direito ou a que o deprime? Pelas amostras recolhidas em temas fundamentais, o que se tem visto são vertentes hermenêuticas de riscos... para a cidadania, algumas delas aliás já identificadas muito tempo atrás pela argúcia do festejado Sérgio Ferraz em "Justiça Social e Algumas Vertentes Autocráticas de Nosso Direito Administrativo" (Florianópolis 1982, na Conferência Nacional dos Advogados do Brasil), que, sem negar o Estado como mal e exaltar o indivíduo como um bem, entende que não se pode buscar justiça social, no Brasil, pelo reforço teórico dos comportamentos estatais autocráticos (pág. 26).

4. Confira-se, a seguir:

4.1. **a ação popular:** tem tido a sua legitimidade adstrita ao cidadão-eleitor, com o que são excluídos do pólo ativo as pessoas jurídicas, os estrangeiros residentes no Brasil, os septuagenários não inscritos como eleitores, os que tiveram os seus direitos políticos suspensos, os conscritos, etc. E, com isso, descura-se de que à República (art. 1º da CF) interessa sobremaneira que sejam muitos os habilitados a defender. Não só. A palavra cidadão nem sempre está empregada, textual ou contextualmente, no sentido de eleitor. Veja-se o art. 58, § 2º, V, C.F, e art. 64 do ADCT. Além do que a ação popular acha-se predisposta à preservação ambiental e a Constituição, sobre assegurar **a todos** o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, qualifica-o como bem de **uso comum do povo** e essencial à

sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defende-lo e preserva-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225, caput). Note-se que **a vida** é o primeiro dos direitos da **pessoa humana**, cuja inviolabilidade é assegurada na Constituição, que não distingue entre brasileiros e estrangeiros residentes no País (cf. art. 5º, caput). Ainda mais, a ação popular não diz com a formação da vontade do Estado pela via legislativa e pois essencialmente política, e sim com a formação da vontade estatal pela via judiciária, para qual qualquer **pessoa** pode concorrer exercitando o direito ao processo (art. 5º, inciso XXXV). (1).

4.2. **a ação civil pública:** não tem merecido melhor sorte. A legitimidade fica circunscrita a pessoas jurídicas e ao Ministério Público. **Conseqüência**: predisposta, por exemplo, à proteção do meio ambiente ou do patrimônio público, não está disponível enquanto tal, com que se reduzem as possibilidades de exercício do controle do Estado pela cidadania, atuando **sem** intermediação de quem quer que seja. E, sem dúvida, leva o indivíduo a ter de associar-se **compulsoriamente**, a permanecer associado, **o que contraria o art. 5º, XX, da C.F.** Esquece-se aqui que a pessoa jurídica surgiu como reforço à causa do indivíduo e **não** para substituí-lo. O que se deseja é que o indivíduo escolha o que mais lhe convém, se agir isoladamente ou então reunido a outros, formando pessoas jurídicas (2), para o que a Constituição lhe garante, exatamente a liberdade de associação. Aliás, não é outra coisa o que ressai do § 1º do art. 129, verbis: “a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”. Repare-se que a linguagem do texto é aberta, ao aludir a **terceiros** e não unicamente a pessoas jurídicas. Além disso, é óbvio que a lei referida no texto há de conter-se ao sistema de princípios e normas constitucionais, caminhando na mesma direção e não em sentido contrário, razão pela qual lhe é vedado comprimir o que a Constituição quis dilatado, ou valorizar a pessoa jurídica em detrimento da dignidade do indivíduo (2).

4.3. **o mandado de segurança:** padece do mesmo destino. Aferrada inclusive a expressão **já não** mais reproduzida na Constituição de 1988, no art. 5º, LXIX – ato de autoridade – contida na Carta de 1934, sob a qual foi editada a primeira lei do mandado de segurança, a Lei 191/36, que utilizava a locução, essa hermenêutica de risco recusa a interpretação do mandado de segurança contra ato do Estado ou de quem lhe fizer as vezes, sempre que atue **como** se fora um

particular, despido portanto de prerrogativa de Poder Público. E, então, encurtam-se as pernas de uma garantia constitucional inspirada exatamente na sadia idéia de salvaguardar o indivíduo contra eventuais desvios de comportamento estatal, **atuando por si ou mediante interposta pessoa**. E sociedade de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica são criaturas auxiliares ou instrumentos de atuação de quem, senão o Estado, contra o qual se busca acautelar o indivíduo com a via expedida do mandado de segurança? Ainda aqui, o que se faz é comprimir indevidamente o alcance de franquias constitucionais, debilitando-as nas suas virtualidades protetivas dos administrados, na mesma medida colocando-se o Estado a salvo de um controle do qual não se poderia evadir. Com efeito, sobre não constar do texto constitucional a expressão **ato de autoridade** (diferentemente do que acontecia com a Carta de 1934 e a Lei 191/36), o que se lê no art. 5º, inciso LXIX, é a referência a **atribuições do Poder Pública**, e não **de** Poder Público, sem qualquer qualificação de **típicas ou atípicas** (como o faz Decreto-Lei 200, no tocante às finalidades das autarquias, no art. 5º, inciso I), em regime de direito público ou de direito privado, e a exploração direta de atividade econômica é atribuição **do** Poder Pública, conquanto não lhe seja típica ou peculiar. **Mas atribuição é** (3).

4.4. **a desapropriação**: também aqui o que há é desalentador. Doutrina e jurisprudência vêm tolerando a **ampliação de uma exceção...** e, na seqüência, a propriedade torna-se suscetível de violabilidade **sem observância ao devido processo legal,** nada obstante a peremptória garantia de que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (art. 5º, LIV). Isso, entretanto, não parece importar muito porque não é verdade que o Supremo Tribunal Federal já disse, a respeito do Decreto 20.910/37, que "todo e qualquer direito ou ação, seja de que natureza for", não é todo e qualquer direito ou ação e sim somente os direitos pessoais?... (4). E não tem adiantado sequer chamar a atenção para que na desapropriação indireta, a indenização não é prévia, além do que o Executivo usurpa função do Judiciário, qual seja a de ordenar a imissão prévia na posse (4).

4.5. **a presunção de legitimidade, o ônus da prova e autotutela, e seu consectário da auto-executoriedade:** a respeito, a unanimidade impressiona, e muito. O que se diz é que os atos administrativo povoam o universo jurídico adornados por presunção de legitimidade e admitem execução, inclusive com o concurso da

compulsão física, sem a prévia intervenção do Judiciário. E mais: provar-lhe a ilegitimidade é encargo do administrado, com o que se dá uma formidável inversão do ônus da prova. O entendimento, dos mais tradicionais, vai ao ponto de obscurecer que o princípio consagrado na Constituição **é o da dignidade da pessoa humana**, não o da Administração Pública como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), o que um seu desdobramento é exatamente a presunção de inocência do indivíduo, mesmo o acusado de crime, ainda que hediondo, (art. 5º, LVII). Nessa linha, não se compreende como é que o acusado de crime, mediante prova de maior robustez, possa continuar presumido inocente e o cidadão livre de qualquer acusação seja privado dela! O paradoxo aqui é manifesto. Quando se relaciona com o Estado sob a disciplina do Direito Penal, ou do Processo Penal, o indivíduo-réu é dado como inocente, até sentença penal condenatória transitada em julgado; contudo, ao se envolver com o Estado sob o regime jurídico-administrativo, a presunção inverte-se em detrimento de quem é indivíduo e nada tem de réu... Isso sem falar da ampliação da teoria **decisão executória** para a do **ato administrativo!** E sem que se esclareça que, alhures, especialmente na França, o privilégio é decorrência da original teoria da **dualidade de jurisdições,** a comum e a administrativa especializada, à sua vez resultante de que se proíbe terminantemente ao Judiciário interferir por qualquer modo na atividade dos corpos administrativos, **o que não ocorre no Brasil nem nunca ocorreu (5).** Confunde-se também transferência do ônus da prova com transferência do **ônus de acionar**, e deixa-se de indicar qual o dispositivo constitucional que ampara semelhante inversão, como **exceção** ao regime geral da **heterotutela (art. 5º, inciso XXV) (5).**

4.6. **a urgência como pressuposto de expedição válida de medida provisória:** neste tema, o STF consolidou a sua jurisprudência no sentido de que “Os requisitos de relevância e urgência para a edição de medida provisória são de apreciação discricionária Chefe do Poder Executivo, não cabendo salvo os casos de excesso de poder, seu exame pelo Poder Judiciário. Entendimento assentado na jurisprudência do STF” (ADINC-2150/DF, em 23/03/2000 – Tribunal Pleno, no DJU de 28/4/00, Relator Min. Ilmar Galvão). Daí resulta que, embora **integrando** a estrutura da norma, como um seu **pressuposto** de aplicação, a **urgência** deixa de ser tratada como conceito jurídico indeterminado, cuja delimitação derradeira **cabe,** isto sim, ao Judiciário, como sua atividade jurisdicional de absoluta normalidade, segun-

do doutrina de largo prestígio na Espanha tanto quanto na Alemanha. Ou então recusa a discricionariedade na utilização de conceitos vagos, imprecisos, plurissignificativos, porém suscetíveis de determinação caso a caso, até pela interferência do critério da razoabilidade, dado às peculiaridades que o individualizam. Por essa doutrina, recobrindo o conceito palavras dessa compostura, só haverá discricionariedade quando forem possíveis duas ou mais interpretações razoáveis diante do caso concreto (Celso Antônio Bandeira de Mello, in *Curso de Direito Administrativo*, 13ª edição, Editora Malheiros, pág. 787). Caso contrário não. A interpretação do STF tudo distorce, qual Rei Midas, e, assim, o que é normalidade vira exceção e o que exceção se transforma em normalidade. Neste ponto, e nada obstante o ostracismo atual do autor nunca é excessivo lembrar "Perante um fato determinado pela ordem jurídica como pressuposto de uma conseqüência, a primeira pergunta do jurista tem que ser: qual o órgão jurídico que, segundo o ordenamento jurídico é competente para verificar este facto no caso concreto e qual é o processo determinado pela ordem jurídica segundo o qual essa verificação deve ser feita?" (Hans Kelsen, na sua *Teoria Pura do Direito,* terceira edição, pág. 330). Deplorável é que, na jurisprudência assentada do STF, esse órgão, no caso de urgência, seja o Executivo, via de regra. Com isso, ressuscita-se uma doutrina de vinco autoritário, expressada no caso Francisco Dualiby versos Estado de São Paulo, apreciado nessa Corte no RE 73.296, de 14/4/72, sobre a quem caberia qualificar como boa ou má conduta o só indiciamento em três inquéritos policiais. A resposta foi a de que caberia à Administração, ao Judiciário restando somente o exame da existência material do fato, mas não a **justiça ou injustiça da qualificação,** ressalvada apenas a eventual ocorrência de desvio de finalidade, cumpridamente demonstrada. Com esse modo de entender, o STF negava sua tese anterior de que "Cabe ao Poder Judiciário apreciar a **realidade e a legitimidade** dos motivos em que se inspira o ato discricionário da Administração". (sem o destaque, RE 17.126/MG, em 31/8/51). E esse parece persistir na exaltação da discricionariedade, **quanto a quem há de fixar o sentido de expressões fluidas,** como antecedente a que se liga um conseqüente. Realmente, na Ação Originária n. 476-4/Roraima, em 16/10/97, o Excelso Pretório sentou praça: "O requisito **notório saber** é pressuposto subjetivo a ser analisado governador do Estado, **a seu juízo discricionário**" (sem o negrito, no original).

4.7. **o solve et repete:** por este princípio aceito pelo Supremo

Tribunal Federal em matéria, por exemplo, de multas trabalhistas, se tem como válido o princípio segundo o qual se condiciona admissibilidade de recurso administrativo à efetiva e integral, ou parcial, satisfação do crédito da Administração pelo interessado inconformado como o respectivo título de constituição. Parece cristalino que um tal entendimento restringe o princípio constitucional da ampla defesa ou do livre acesso ao Judiciário (art. 5º, inciso XXXV da C.F.) em favor apenas daqueles que possam fazer e em detrimento de quantos não contem com disponibilidades suficientes para garantia da instância administrativa. Por isso mesmo, a notícia vem de Eduardo Garcia de Enterría e Tomas Ramón Fernández, no seu *Curso de Direito Administrativo,* RT, 1971, pág. 446, o Tribunal Constitucional italiano declarou a inconstitucionalidade do princípio *solve et repete*, o mesmo acontecendo na Espanha, com a jurisprudência do contencioso-administrativo, que lhe recusou o caráter **de princípio geral**, "embora a limitação inerente a seu ponto de partida a impediu de liquidar definitivamente os casos, que não são poucos, em que as leis condicionam expressamente a admissão dos recursos ao prévio pagamento ou depósito, total ou parcial, dos créditos declarados pela Administração." Mais adiante, entretanto, os autores deixam registrada a opinião de que "O art. 24, I Constituição, ao reconhecer a todos o "direito de obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais no exercício dos seus direitos e interesses legítimos, sem que em nenhum caso possa produzir-se impotência, parece liquidar definitivamente este molesto problema."

4.8. **a anulação de atos administrativos, pela própria Administração, sem necessidade de observância de formalidades especiais, inclusive do devido processo legal, com ampla defesa e contraditório** (STF, no RE185.255-1, em 1/4/97, apud STJ no RMS nº 10.123/RJ, Rel. o Min. Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, vencido o Min. José Delgado, no *Boletim de Direito Administrativo,* Junho 2001, pág. 489-496). O entendimento é flagrantemente inamistoso de uma intelecção favorável a uma mais perfeita e acabada garantia de interdição do arbítrio, inspiração derradeira maior do Estado Democrático de Direito, tanto mais grave quanto se tem uma Constituição que erige como fundamento República o princípio da dignidade da pessoa humana, em proveito de quem se proclama a **presunção de inocência,** mesmo quando se trate de acusado de crime hediondo! Aliás, neste acórdão do STJ chegou-se mesmo a acender fogueira de vaidades para se saber quem seria "Maria que iria com as

outras": se a jurisprudência deveria obedecer à doutrina ou se a doutrina é que deveria acatar a jurisprudência. O Ministro Humberto Gomes de Barros não se fez de rogado: "Sr. Presidente, os juristas têm que nos seguir. Somos nós que dirigimos. Estamos investidos desse direito pelo Estado..." (BDA, p.496). Ainda bem que a ementa, a despeito de não integrar o acórdão, sinaliza para "determinadas hipóteses" (não diz quais) em que a anulação e a revogação estão condicionadas ao devido processo legal...

5. O que há de comum a todas essas interpretações? Por sem dúvida, por todas elas deprimem o alcance de garantias constitucionais de reconhecida dignidade, ao invés de mantê-las em suas exatas dimensões e até mesmo amplia-las. O resultado é um controle acanhado e incompleto, com inegáveis proveitos para o Poder Público, em detrimento do controle amplo e eficaz do Judiciário, **pedra de toque do Estado Democrático de Direito** (art. 1º da C.F c/c o art. 5º, XXXV) e a verdadeira trincheira da liberdade humana. Interpretação, aquela, que caminha no sentido contrário da Constituição Federal; que lhe é inamistoso, hostil, e, pois, inaceitável. Com efeito: em favor de um mais completo e aperfeiçoado controle do Poder, exprimindo cláusula de interdição de toda e qualquer modalidade de excesso ou arbítrio, é que a Constituição atual não apenas declarou que a República Federativa do Brasil se constituía sob a forma de Estado Democrático de Direito, exigente não só de submissão à lei – entenda-se: razoável e proporcional, obediente à *due process of law* em sentido substantivo – (art. 1º); mas manteve a garantia de eternidade para determinadas matérias (art. 60, § 4º); como ainda explicou a extensão do contraditório e da ampla defesa no âmbito do processo administrativo (art. 5º, inciso LV); ampliou a proteção judiciária (art. 5º, inciso XXXV) com a criação de novos instituto, tais como o mandado de segurança coletivo (idem, inciso LXX), o mandado de injunção (idem, LXXI), o hábeas data (idem, LXXII); a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º); ademais de esclarecer a aplicabilidade do devido processo legal para privação temporária ou permanente de bens ou da liberdade dos indivíduos. (art. 5º, LIV); e de constitucionalizar a ação civil pública (art. 129, III); e, enfim, de assegurar a aplicabilidade imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º), rompendo com o silêncio das Constituições que precederam no tempo, sem exceção alguma. Surpreendente, pois, é que tais teses ainda hoje freqüentem com

desembaraço gabinetes de homens de leis. No entanto, é sempre possível uma energética correção de rumos, para que afinal se possa repetir com a graça e o encanto do cancioneiro popular: “Nada do que foi será do jeito que já foi um dia...”

---

(1) Ação Popular Não é Direito Político, na RDA 189; RTDP nº 3; nos Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política nº 2; e no BDA de Julho de 1992;
(2) Ação Civil Pública, Constituição Federal e Legitimidade Para Agir, na RTDP nº 14;
(3) Mandado de Segurança: Uma Proposta de Interpretação, na RTDP nº 23;
(4) Desapropriação Indireta, Sua Inconstitucionalidade e Obrigatória Invalidação Pelo Judiciário, em parceria com o Prof. Carlos Britto, na RDP nº 74;
(5) Presunção de Legitimidade, Ônus da Prova e Autotutela: O Que Diz a Constituição Federal?Ainda inédito, porém já selecionado para publica na RTDP e BDA.

