

SUMÁRIO

ENTREVISTAS

Antonio Carlos Viana Santos
Sergio Augusto Nigro Conceição

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

Indenização segundo a gravidade da culpa
Yussef Said Cahali

A execução na reforma do Código de Processo Civil
Cândido Rangel Dinamarco

O procedimento sumário: justaposição com os juizados especiais cíveis/ Há revelia nesse procedimento, mesmo com contestação? O pedido contraposto do réu e quando ele é possível.
Antonio Raphael Silva Salvador

Juízo Arbitral – Instituto existente há 2000 anos
Aclibes Burgarelli

O juiz e a litigância de má-fé
João Batista Lopes

Mulher casada: aquisição e perda do nome
Benedito Silvério Ribeiro

DIREITO CONSTITUCIONAL

Aspectos processuais do controle de constitucionalidade
Sydney Sanches

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Lei 9.099/95 – Algumas questões controvertidas
Waldemar Nogueira Filho

A reparação dos danos e o modelo consensual brasileiro de Justiça Criminal
Luiz Flávio Gomes

DIREITO COMERCIAL

A importância do exercício da tutela cautelar pelo juiz nos processos falimentares
Caio Gracchio Barretto Júnior

DIREITO DO CONSUMIDOR

O Crédito ao Consumidor e a estabilização da economia brasileira
Fábio Ulhoa Coelho

DIREITO AMBIENTAL

Da reparação do dano ecológico
Maria Adelaide de Campos França

DIREITO INTERNACIONAL, COMUNITÁRIO E MERCOSUL

Processo Civil Supranacional, União Européia e Mercosul
Sidnei Agostinho Beneti

Mercosul: integração, vicissitudes e possibilidades
Francisco Pedro Jucá

DIREITO VIVO

Juizado criminal especial: questões controvertidas
Carlos Eduardo Donegá Morandini e Enéas Costa Garcia

Juiz constitucional – juiz imediato – *perpetuatio jurisdictionis*
Jeferson Moreira de Carvalho

DEBATE

Hiato entre Judiciário e mídia é superável
Walter Ceneviva

Novas atribuições do Judiciário: necessidade de sua percepção e de reformulação da mentalidade
Kazuo Watanabe

A crise da Justiça e suas causas
Dinio de Santos Garcia

Cidadania e magistratura
Caetano Lagrasta Neto

O juiz e a cultura
José Renato Naldini

Exame da Ordem, aperfeiçoamento da seleção
Marco Antonio Fanucchi

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO PAULISTA

A criação do Tribunal de Justiça de São Paulo. Os primeiros desembargadores
Justino Magno Araújo

QUASE MEMÓRIA

Elogios: sonhos ou loucura?
Francis Selwyn Davis

CADERNO LITERÁRIO

BIBLIOGRAFIA E NOTAS

ENTREVISTA

ANTONIO CARLOS VIANA SANTOS

Presidente da Associação Paulista de Magistrados

Qual o objetivo primordial da Apamagis?

Conforme o art. 1º de seus Estatutos, a Apamagis é uma entidade representativa dos magistrados. Hoje, na verdade, a Apamagis está se transformando num órgão de classe que efetivamente representa os magistrados e o Judiciário. É através da Apamagis que podemos buscar a união de todos os magistrados. Mas ninguém desconhece as críticas que têm sido feitas de forma orquestrada ao Judiciário. Usando uma expressão corrente, principalmente entre os mais jovens, o Judiciário é a “bola da vez”. Chega-se a dizer que tem-se que tirar do Judiciário o monopólio de distribuição da Justiça, o que é um absurdo, pois poder-se-ia também afirmar que temos que tirar do Executivo o monopólio da administração e do Legislativo o monopólio de fazer normas para o comportamento do homem em sociedade.

Enfim, a finalidade da Apamagis é ser o órgão representativo da classe dos magistrados, entretanto, ela tem inúmeras atividades, principalmente como prestadora de serviços. Oferece várias opções de lazer, através de suas colônias de Guarujá e Campos do Jordão, já em funcionamento, e de Ibirá, a ser inaugurada no começo de 1997, quando também estará sendo lançada a pedra fundamental de Ilha Solteira, paralelamente à edificação da colônia da Águas de São Pedro. Da mesma forma, possui loja de atendimento aos juizes, lanchonetes, restaurantes e presta assistência judiciária e odontológica. Em convênio com a Escola Paulista da Magistratura, a Apamagis subsidia os encontros da própria Escola e dos Cedes, que são Centros de Estudos que descentralizam as atividades pelo interior e pelos Tribunais de Alçada.

E qual o objetivo da Apamagis ao lançar, em conjunto com a EPM, a Revista?

Há o convênio entre a Apamagis e a Escola, e a Apamagis, tendo melhor condição financeira, está encabeçando e puxando a *Revista*, numa forma de parceria. Isto para que os juizes de São Paulo, bem como os magistrados e operadores do Direito em todo o Brasil, como promotores e advogados, possam dar vazão não só à sua capacidade técnico-jurídica, mas também literária. Estamos criando um espaço que irá contribuir para o debate, informação e aprimoramento da magistratura e do Judiciário.

Na sua opinião, como deve ser a Revista?

Aberta à todos que possam dar importante contribuição para o crescimento científico-cultural almejado. A *Revista* veio para ficar e tem por finalidade implementar ao magistrado e aos demais operadores do Direito o desenvolvimento teórico e prático. No passado a Apamagis publicou a revista *Decisão*, que teve oito edições, e a Escola já teve sua própria *Revista*, que ficou no primeiro número. Agora, através da parceria, há maior vigor para que a publicação se perpetue. Ela chegará a todos os juizes do Brasil, com uma tiragem de 12,5 mil exemplares, como já acontece com a *Tribuna da Magistratura* e o *Caderno de Doutrina*, editados pela Apamagis.

Juizes, juristas, membros do Ministério Público, advogados, procuradores do Estado e do Município, são conclamados a enviar artigos para os próximos números, desde que, segundo norma estabelecida pelo Conselho Editorial, tais artigos sejam inéditos.

Há planos para que a Revista tenha cobertura ou abrangência internacional?

Em razão do Direito Comunitário e do Mercosul, iremos buscar, no futuro, até mesmo edições bilingües, como já aconteceu com o jornal da Apamagis durante o Encontro do Mercosul, realizado em nossa colônia no Guarujá, com a presença de ministros de Cortes Supremas da América do Sul.

Qual a contribuição da Apamagis para compreensão e consolidação jurídica do Mercosul?

A globalização econômica é indiscutível e não tem volta. Na Europa, América do Norte, Ásia e, agora também no Cone Sul, os países estão formando seus blocos econômicos. E os juízes, em 1996, despertaram para o Mercosul. Isso porque mais cedo ou mais tarde teremos que pensar em uma Corte Supranacional para dirimir as pendências que deverão surgir nas relações econômicas do Mercosul.

Como vê a nova Lei da Arbitragem?

O primeiro número da *Revista* traz artigo sobre o assunto. A arbitragem, como instituto, já existe desde o Código Civil, que entrou em vigor em 1917, bem como no Código de Processo Civil de 1939 e no de 1973. E ela não pegou, não faz parte da nossa cultura. A arbitragem já existe, sabe onde? No Morro da Rocinha, no Rio de Janeiro, cujos habitantes têm seus próprios códigos de comportamento. Também surge na solução de conflitos entre empresas multinacionais. Sou juiz há 28 anos, advoguei cinco, e nunca julguei uma ação entre multinacionais. Será que elas não têm divergências? Têm-nas e as resolvem na forma da arbitragem porque é comum no Direito anglosaxônico, principalmente nos Estados Unidos, o chamado "juiz de aluguel", que é um árbitro contratado pelas partes interessadas para dizer o Direito, privadamente. Trata-se normalmente de um grande jurista, um juiz aposentado, um advogado em final de carreira. Penso que pela nossa cultura, a imposição da arbitragem vai, no nosso meio comum da aplicação do Direito, ter dificuldades de grassar.

Mas, como disse, procuram esvaziar o Judiciário na aplicação do Direito, na busca da Justiça. A arbitragem é uma forma de esvaziar do Judiciário em si. No entanto, para o acesso à Justiça, a arbitragem pode ser exercida através dos juizados especiais, previstos no art. 98, I da Constituição, regrado pela Lei Federal 9.099. Na verdade, querem quebrar aquilo que chamam de monopólio da jurisdição, que é uma garantia constitucional. É o Judiciário que mantém o equilíbrio entre os dois outros Poderes.

E a revisão Constitucional, como vê?

Pregam a reforma do Judiciário, mas estão reformando o próprio Estado brasileiro. Reforma-se a Administração, a Previdência, o sistema tributário e o Judiciário. Não é o Judiciário que está em crise, é o Estado que está em crise.

Hoje temos 300 vagas no quadro da magistratura paulista e temos que instalar outras 300 Varas; temos um déficit, portanto, de 600 magistrados. Em média, os concursos de ingresso à magistratura aproveitam de 50 a 60 candidatos. Portanto, precisaríamos de 10 anos para preencher os quadros da magistratura, sem considerar os futuros afastamentos. Estão diminuindo não só o monopólio da jurisdição como a competência do Judiciário. Além de criarem-se dificuldades para o futuro da previdência, fazendo com que os vencimentos e a aposentadoria deixem de se constituir num atrativo, levando muitos jovens a se afastarem da carreira. O déficit de magistrados faz com que a Justiça seja morosa. No Brasil, temos uma média de um juiz para 28 mil habitantes. Esta relação, na Alemanha, é de um para 6 mil; em Portugal, de um para 10 mil. Recentemente, houve greve geral dos juízes portugueses porque foi ultrapassado o coeficiente de um para 10 mil habitantes. É tema para ser debatido e repensado, em nome do acesso à Justiça. Assim, a reforma propalada não atinge as raízes da crise atravessada pelo Poder Judiciário. É preciso criar condições para desenvolver vocações, garantindo-se uma aposentadoria digna aos magistrados e diminuindo-se drasticamente o número de recursos. Afastando-se, desta forma, a injusta acusação de morosidade.

Neste contexto, a *Revista* tem por finalidade a veiculação do mundo do Direito.

ENTREVISTA

SERGIO AUGUSTO NIGRO CONCEIÇÃO

Diretor da Escola Paulista da Magistratura

Qual a proposta desta gestão para a Escola?

É preciso, de início, ter presente que a Escola, segundo a Res. 24/88 do Tribunal de Justiça que a criou, tem como objetivo principal o cumprimento do disposto no Art. 93, II, c, e IV, da CF, ou seja, a realização de cursos de preparação à carreira, aperfeiçoamento de novos magistrados e, também, em relação aos demais, fornecer elementos ao Órgão Especial para aferição de merecimento. Por outro lado, considerando a circunstância de que, no Brasil, é garantido a todos o acesso ao Judiciário, competindo-lhe, em princípio, o exame de todas as questões que envolvam lesão ao direito individual, é dever da Escola preparar o magistrado, em todos os níveis, afim de que possa melhor cumprir a sua função.

É importante ressaltar que, nesta perspectiva, é imperioso que o magistrado tenha sólida formação jurídica e, também, cultural geral capaz de ministrar o conhecimento de que necessita para bem solucionar as complexas questões submetidas à sua apreciação. Não se pode olvidar, pois é fato notório, no Brasil, após a Constituição de 1988, que o Judiciário vem, a cada dia, sendo mais solicitado. Esta atividade, atualmente, desenvolve-se com maior amplitude, tendo em vista as garantias do cidadão, que o levam a postular os direitos que lhe são assegurados. A interpretação das normas jurídicas, nesta visão, ganha um relevo todo especial, pois este reconhecimento vai repousar, fundamentalmente, na verificação do alcance das disposições legais, da sua harmonia com o texto da Constituição Federal e a correta exegese de suas normas.

De que forma este projeto está sendo executado?

A Escola conta com um diretor, um vice-diretor e sete membros do Conselho Consultivo e de Programas, todos eleitos pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, entre desembargadores, juízes dos Tribunais de Alçada e um juiz de entrância especial. Estes membros têm, pela Resolução, função definida muito específica e limitada. Pareceu-nos conveniente ampliar estas atribuições de forma que todos, além dos coordenadores das várias áreas, informalmente e oficiosamente, passaram a compor, verdadeiramente, uma diretoria, na qual todas as questões de interesse da Escola são objetos de discussão e deliberação.

Com esta nova visão, inicialmente, nossa atenção voltou-se para a organização da Escola, por ser imprescindível ao seu bom funcionamento, uma vez que não dispõe de uma estrutura básica adequada para atender aos cursos, cuja implantação se pretende fazer, e aos colegas magistrados, principalmente aqueles em início de carreira, que devem ter um atendimento priorizado. Assim, foi feito um estudo pelo conselheiro Getúlio Evaristo dos Santos, já aprovado, que passará a ser implantado. Pretende-se organizar a Secretaria, a Tesouraria, o setor de Cursos, de Orientação, Pesquisa, Biblioteca e outros essenciais à sua atuação. A próxima medida é o início desta implantação que, se Deus o permitir, estará realizada até o final deste ano.

Sem prejuízo desta tarefa, a Escola, retomando a realização de cursos, em parceria com a Escola da Advocacia e o Centro de Estudos e Pesquisas do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, já realizou curso sobre o Novo Código de Processo Civil, cujo êxito pode ser verificado pelos 631 inscritos, entre magistrados, advogados, promotores, procuradores municipais, estaduais e federais, estudantes, assistentes jurídicos e estagiários. Além deste, recentemente, juntamente com o Instituto Brasileiro Giovanni Falcone e a Universidade Cidade de São Paulo (Unicid), participou do II Fórum sobre o Crime sem Fronteiras, estudos sobre o crime organizado que permite ao juiz uma visão desta modalidade de delito.

Quais serão os próximos passos?

Pretende a Escola, com a maior brevidade possível, verificar a conveniência, por meio dos Cedes, de formalizar convênios com Universidades e Faculdades de Direito de todo o Estado, para cursos no interior e nos Foros Regionais da capital com a participação de juízes e, também, mediante pagamento, de pessoas de outras carreiras jurídicas e estudantes. A Escola já tem pronto um projeto de lei, que submeterá ao Órgão Especial, visando criar um Fundo Especial, que lhe permita obter renda por meio de cursos e outros simpósios que venha a realizar, para que possa melhor desenvolver seus objetivos.

Para a implantação de novos Cursos, no momento, a Escola está solicitando aos magistrados a remessa de informações sobre a experiência docente, *curriculum* as disciplinas que gostariam de ministrar e a disponibilidade de horário. Elas serão encaminhadas a uma Comissão de alto nível que as examinará, submetendo suas conclusões à apreciação dos Conselheiros, para deliberação acerca da formação de um corpo docente permanente para os cursos preparatórios à carreira de juiz, de aperfeiçoamento, extensão e atualização, altos estudos e voltados aos funcionários da secretaria.

A Escola tem recebido apoio nesta missão?

Inegavelmente. Para bem cumprir a sua missão, que é muito ampla e exige recursos e ajuda de todos, a Escola tem contado com a participação e apoio dos magistrados. Esta circunstância é extremamente importante, porque revela o que está trilhando o caminho certo, além de ser um incentivo a novas iniciativas e realização de outros cursos. Aliás, objetivando facilitar a maior participação dos juízes, em breve, sem prejuízo de outros eventos, será publicado um calendário dos cursos com as datas e horários previstos, a fim de que cada um possa melhor se programar e assegurar sua indispensável presença.

Por outro lado, imprescindível realçar o apoio irrestrito que a Escola tem recebido da Apamagis, o que lhe permite viabilizar os encontros dos Cedes em todo o Estado, além de uma atividade muito ampla, seja mediante grupos de estudos, que tratam de assuntos comuns, inclusive a elaboração de convênios de interesse mútuo, seja mediante a implantação desta *Revista*, importante veículo de informação e divulgação da própria Escola e dos assuntos jurídicos. Há, na realidade, verdadeira comunhão de interesses ligando a Escola e a Apamagis. Ambas contribuem – cada uma no seu setor, cumprindo suas finalidades estatutárias – para melhor atender aos magistrados em todos os campos de suas atividades, no seu trabalho, no seu lazer, no convívio saudável entre colegas, na aproximação de suas famílias na realização do ideal de Justiça, que é a marca de todos. Por fim, a Escola está sempre aberta a críticas e sugestões, aguardando a manifestação de colegas, sugestões de cursos e outras atividades que melhor sirvam a seus objetivos.

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

INDENIZAÇÃO SEGUNDO A GRAVIDADE DA CULPA

Yussef Said Cahali
Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo

Enquanto o art. 1.056, do CC, dispõe que, “não cumprida obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos”, estabelece o art.159 que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. O dano insere-se, assim, como condição da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual.

Com efeito, depois de Carnelutti, a tese da “inconcebibilità dell’illecito civile senza danno”, de modo que “non v’è torto senza danno, embora vi può essere danno senza torto” (*Il danno e il reato*,p.18) , e que já vinha sendo sustentada anteriormente por Giorgi, Ferrini, Cesareo Consolo, Ricci, Pacific Mazzoni, Baudry – Lacantinerie e Barde, Mazeud – Tunc, firmou-se em definitivo na doutrina (Catriota Ferrara, Brasiello, Bassi- Rubini, Mosset Iturraspe).

Mesmo naqueles casos ressalvados à regra geral pela doutrina, e referentes aos juros de mora (CC, art. 1064), e à cláusula penal ou multa contratual (art.927), o que se faz apenas é presumir o dano.

Engano, porém, pretender-se que seja o dano como um dos elementos da responsabilidade civil aquele que suscita menos controvérsia. E nesse contexto coloca-se o problema de saber se os elementos subjetivos do ato ilícito (gravidade da culpa do agente) exercem qualquer influência na determinação do *quantum* da indenização devida.

Indenização e Responsabilidade Civil

Uma coisa é gravidade da culpa como determinante da responsabilidade civil; outra, diversa, a determinação do dano indenizável, feita em função da gravidade da culpa.

Pontes de Miranda não assimilou essa distinção; assim, referindo-se ao art. 1.225 do CC italiano, pretendeu que “isto equivale a postular-se que a indenização é conforme a gravidade da culpa. Tem-se, portanto, em direito italiano, de se entrar em indagação subjetiva, com as distinções entre dolo, culpa grave e culpa leve. No direito brasileiro, não há tal regra jurídica discriminativa do que se há de indenizar. O art.1.060 do CC refere-se ao dolo, mas exatamente para estatuir que, “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela, direito e imediato”. No art. 1.057 lê-se que “nos contratos unilaterais, responde por simples culpa o contraente, a quem o contrato aproveita, e só por dolo, aquele a quem não favoreça”. Nem aí se gradua culpa, para se determinar a indenização. Apenas se pré-exclui a responsabilidade se não há dolo” (*Tratado de Direito Privado*, XXIII, p. 74).

Misturou-se, à evidência, regramento concernente ao grau de culpa como pressuposto da responsabilidade, com a graduação da culpa como influente sobre o *quantum* indenizatório; sendo que, quanto àquele, interpolou-se, com maestria, o texto da lei, pois dizer-se que (nos casos que especifica) “apenas se pré-exclui a responsabilidade se não há dolo”, é o mesmo dito que (nos casos que especifica) “a responsabilidade somente se reconhece se há dolo”.

Para Agostinho Alvim, em Direito Civil, interessa pouco a intenção do autor, o dolo ou simples culpa. Na doutrina da indenização, o que se procura é avaliar o prejuízo para medir por ele o ressarcimento. Nem mesmo o art.1057 estabelece graduação da culpa, se para o efeito atribuir ou não a responsabilidade do agente, conforme-se trate de dolo ou de culpa, e se tenha em vista contrato unilateral ou bilateral. Assim, a maior ou menor gravidade da falta não influi sobre a indenização, a qual só se medirá pela extensão do dano causado (*Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, pp. 162, 212 e 215).

Mas, ao contrário do que assim se tem pretendido, o direito brasileiro não se mostra insensível à perquirição da qualidade da conduta do agente (elemento subjetivo do ato), não só na determinação de sua responsabilidade civil, como também para seu agravamento em função da gravidade da infração incursa.

Com efeito, perante o nosso direito, casos haverá em que: a) determinação da responsabilidade do agente não prescinde do dolo, ao qual se equiparam a culpa grave, a má-fé, a malícia, enfim a *Bösswilligkeit* dos alemães; em outros, será suficiente a simples culpa, ainda que levíssima, havendo mesmo aqueles em que o dever de indenizar exsurge objetivamente, em função da simples causalidade; b) a presença do elemento subjetivo do dolo ou da culpa determina o agravamento da responsabilidade, com a adição de um *plus* à indenização ressarcitória.

Aliás, esse tratamento discriminado encontra razão em boa doutrina exposta por Starck (*Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile*, Paris, L. Rodstein, Librairie Éditeur, 1947, p. 354)

Quanto à primeira hipótese, apontam-se os seguintes casos: a) na cobrança de dívida já paga, o STF consolidou-se a Súmula 159, segundo a qual, “a cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531”, b) no caso de denúncia caluniosa, considera-se que o agente somente responderá por perdas e danos se deu causa à instauração do inquérito obrando com dolo ou malícia; c) o

dolo é requisito necessário à configuração dos sonegados, e condição para que se imponha a pena do art.1.780 do CC;

d) preceitua o art. 1.073, do CC, que, na cessão por título gratuito, o cedente ficará responsável perante o cessionário pela existência do crédito, se tiver procedido de má-fé; e) no caso de mora do credor, o devedor não responde pela perda da coisa, quando culposa, mas somente por dolo.

E casos haverá em que a maior gravidade da culpa (em sentido lato) do agente irá refletir-se no agravamento de sua responsabilidade indenizatória, de modo a influir na determinação do *quantum debeat*: a) a coação, ainda quando exercida por terceiro, vicia o ato jurídico, sujeitando-o à anulação para restaurar o estado anterior. Se o beneficiário do ato anulado não soube da coação exercida por terceiro, só este responde por perdas e danos (CC, art. 101, § 2º). Se, porém, a coação exercida por terceiro tiver previamente conhecida da parte a quem aproveite, responderá esta, solidariamente com aquele, por todas as perdas e danos (art. 101, § 1º); b) no caso do vício redibitório, se o alienante não conhecia o vício, tão-somente restituirá o valor recebido, mais as despesas do contrato (art. 1.103, 2ª parte); se o conhecia, a restituição será acrescida de perdas e danos; c) a doutrina considera que a impossibilidade de cumulação da multa contratual, a que se refere o art.916 do CC, com perdas e danos, encontra seu limite na hipótese de ato doloso do devedor inadimplente, como a danificação ou destruição da coisa; d) consta da Súmula 229, do STF, que “a indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador”; e) sendo limitada a indenização a cargo do transportador aéreo no sistema do Código Brasileiro do Ar, não responde ele além dos limites legais, exceto se provado que agiu com dolo; f) no seguro obrigatório da responsabilidade civil dos condutores de veículos, a indenização é devida independentemente de culpa do causador do acidente; mas, havendo culpa da parte deste, impõe-se-lhe a obrigação de indenizar em condições mais amplas; g) quanto ao acréscimo de juros, dispõe o art. 962 do CC, que, “nas obrigações provenientes de delito, considera-se o devedor em mora desde o perpetrado”, estabelecendo ao art. 1.544 que, “além dos juros ordinários, contados proporcionalmente o valor do dano, e desde o tempo do crime, a satisfação compreende os juros compostos”.

Em síntese: em função dos princípios informadores do nosso direito privado, não se mostra juridicamente irrelevante, não só para o fim de responsabilizar o agente (*au debeat*), como também para agravar-lhe a responsabilidade (*quantum debeat*), o exame do conteúdo mais, ou menos reprovável, do elemento subjetivo, revelado na conduta do agente.

Circunstâncias Informadoras da Indenização Devida

No estágio atual do direito das obrigações, já não mais se permite afirmar que o valor da indenização esteja atrelado exclusivamente ao montante do prejuízo sofrido pelo ofendido, como pretenderam Ricci, Agostinho Alvim, Mazeaud e Mazeau, Demogue, Marty-Raymond, Domat e Pontes de Miranda.

Com efeito, há circunstâncias objetivas ligadas às pessoas dos sujeitos, que poderiam influir na fixação do montante indenizatório. Assim, sustenta Aguiar Dias que se deveria aplicar a equidade, para a redução da indenização de acordo com as posses do responsável, acrescentando que “este princípio está hoje vitorioso na maioria dos países cultos e atende aos princípios fundamentais da responsabilidade civil” (*Da Responsabilidade Civil*, II, p. 771).

Realmente, é tendência das legislações modernas a adoção desse princípio: BGB, § 829; CC russo, art. 411; suíço das obrigações, art. 44, § 2º; chinês de 1930, art. 187; Projeto do Código Franco-Italiano de Obrigações, art.76.

A Lei 17.711, de 1968, agregou-se ao art. 1.069 do Código Civil argentino, o seguinte parágrafo: “los jueces, al fijar lãs indemnizaciones por danõs, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuera imputable a dolo del responsable.”

O CC brasileiro, no capítulo da “liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos”, contém regra especial para ser aplicada quando “o ofendido, aleijado ou deformado, for mulher solteira ou viúva, ainda

capaz de casar”. Neste caso, manda o art. 1.538, § 2º, sejam consideradas “as posses do ofensor” e as “circunstâncias do ofendido” na estimação do dote a ser constituído em favor daquela. Aliás, como nos demais casos de reparação do dano moral, recomenda-se que estas circunstâncias sejam consideradas.

Por outro lado, a responsabilidade indenizatória poderá ser dimensionada em função do proveito auferido; “se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão, solidariamente, pela reparação”; contudo, no caso de participação gratuita no produto do crime, “a responsabilidade pela reparação civil limita-se à correspondente quantia” (art. 1521, V).

Mas também circunstâncias subjetivas ligadas às pessoas dos sujeitos da relação obrigacional não podem ser sumariamente descartadas. Assim, ainda que se firme a irrelevância da graduação da culpa na determinação da responsabilidade indenizatória, como pretende Aguiar Dias, há de se ter presente que a idéia da culpabilidade está ligada à imputabilidade do agente causador do dano; mas a doutrina moderna vem-se firmando no sentido de que, mesmo por equidade, nos casos de agente irresponsável por menoridade ou demência, mas financeiramente abonado, os danos por ele causados devem ser indenizados; e é aceito pela atual projeto de Código Civil.

Mas é exatamente nos casos de concorrências de culpas, em que fato danoso é imputável concomitantemente, a causa culposa imputável tanto ao agente como ao ofendido, que a jurisprudência mais recente vem se orientando no sentido de proporcionalização da responsabilidade. Assim, se alguns julgados ainda se acomodam na divisão ao meio do valor da indenização, à falta de outro critério, naqueles casos de concorrência de culpas, decisões já se manifestam, com base no magistério de Mazeaud e De Cupis, no sentido de que a condenação deve ser proporcional à gravidade das respectivas faltas (RJTJSP 6/154; RT 231/514, 309/676; RTJ 81/ 791).

Do escorço feito se dá conta de que o sistema do nosso direito privado não é impermeável à idéia de que na fixação do *quantum* indenizatório não se atém estritamente ao valor do prejuízo sofrido pelo ofendido; na liquidação do dano, é possível levar-se em consideração a gravidade da culpa do demandado. De resto, esta é a tendência que se verifica no direito moderno.

No direito português, por exemplo, o atual Código Civil já consigna regra especial prevendo a forma de indenização no caso de culpa concorrente do lesado: “Quando um fato culposo do lesado tiver concorrido para a produção ou agravamento dos danos, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes, e nas conseqüências que delas resultaram, se a indenização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída” (art. 570. al.1).

No direito francês, não inserindo o Código de Napoleão preceito concernente à concorrência de culpa, reconhecem os Mazeaud que a jurisprudência tem admitido que a culpa da vítima pode ser considerada na determinação da responsabilidade, de modo a exonerar parcialmente o agente; e quando determina esse modo de partilha entre o agente e a vítima, “tient compte de l'importance respective des fautes” (*Leçons de Droit Civil*, II, n. 594,p. 603).

No direito alemão, refere Karl Larenz que, em princípio, há de indenizar-se em sua totalidade o dano sofrido pelo prejudicado; a única ressalva seria representada pela concorrência de culpa, regulada no § 254 do BGB; mas reconhece que o princípio da indenizabilidade total do dano, em sua aplicação casuística, daria lugar a dificuldades: “Aunque se logre, em cierto modo, alcanzar limites satisfactorios, sin embargo, la rígida exigência del BGB , de que deve ser siempre indemnizada la totalidad del daño, ni más ni menos, siendo indiferente la culpabilidad del obligado a indemnizar, conduce a veces a resultados poco aceptables” (*Derecho de Obligaciones*, I, pp. 196-197).

Mas o princípio fundamental inserto no § 249 já havia sido vivamente profligado quando da discussão do projeto do BGB (Hauss, *Verhandlungendes 43. deutschen Juristentages*, II , C, p. 23).

Enquanto isso, o 43º Congresso de Juristas Tedescos concluiu por sugerir o acréscimo de um parágrafo ao § 249, sendo a sugestão acolhida pela Comissão de Reforma, que projetou o seguinte texto; “fallit dem

Ersatzpflichtigen weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit zur Last, so kann der Richter die Ersatz einschränken oder ausschließen, soweit der Schaden ungewöhnlich hoch oder die Folge eines ungewöhnlichen oder die Folge eines ungewöhnlichen Verlaufs ist und der Ersatz dieses Schadens für den Ersatzpflichtigen zu einer unbilligen Härte führen würde”, Aliás, não diversamente, o projeto da “Akademia für Deutsche Recht”, *Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts*, München und Berlin, 1940, já preconizava idêntica limitação à regra do ressarcimento.

No direito italiano, o art. 1225 do novo CC, estabelecendo que, “se inadempimento o il ritardo non dipende dal dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l’obbligazione”, tem suscitado controvérsia.

Na realidade, inobstante haver a “Relazione definitiva del Guardasigilli” explicitado que não se acolheu o princípio da proporcionalidade da indenização do dano ao grau de culpa do agente, é certo contudo que a melhor doutrina não pactua desse entendimento (De Cupis, Verga, Carnelutti, Lagostena Bassi-Rubini).

No direito suíço, o art. 43 do Código Suíço das Obrigações é exposto, ao determinar que o juiz fixe o modo e o *quantum* da indenização, atendendo às circunstâncias e ao grau de culpa do agente, o que levou Von Tuhr a afirmar que, ali, a indenização atua como uma espécie de pena na medida em que visa diminuir o patrimônio do autor do dano (*Parte Geral do Direito das Obrigações*, I, p.88).

Finalmente, há de se ter em conta, ainda, a natureza jurídica da indenização, tema a respeito do qual os doutrinadores estão longe de estabelecer parâmetros definitivos. Com efeito, enquanto para uns (Laurent, procurador Leclercq), a obrigação de reparar os danos causados pelo ato ilícito representaria uma pena ou sanção imposta ao infrator, para deduzir daí que aquela deve ser proporcional à gravidade desta, outros autores (Cesarini Sforza, Carbone) pretendem que o ressarcimento não é remédio contra a ilicitude, mas contra a consequência danosa do ato, buscando com isto descaracterizar o caráter sancionatório ou punitivo da reparação.

Questão polêmica, parece mais acertado dizer-se que o mecanismo protetivo da norma geral de ressarcimento – *neminem laedere* – identifica-se pela sua natureza mista: sancionatória e reparadora, ao mesmo tempo.

Quando o CC, no art. 159, dispõe que, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”, está desta forma indicando “qual’ è la reazione dell’ordinamento giuridico all’atto illecito, reazione che, in quanto tale, há carattere sanzionatorio” (Lagostena Bassi-Rubini, *La liquidazione del danno*, I, n. 2, p. 4).

Ocorrendo a violação de um preceito de conduta, com a lesão de direitos de terceiros, “a restituição resolve-se no sacrifício de um interesse idêntico, enquanto a pena se resolve no sacrifício de um interesse diverso a ser cominado segundo o preceito; correlatamente, a restituição tem caráter de satisfação, enquanto a pena tem caráter aflitivo” (Carnelutti, *Teoria General del Derecho*, p. 100).

É certo que o direito moderno sublimou aquele caráter aflitivo da reparação, que remarcara o direito romano, mas jamais conseguiu desvincular-se de sua conotação originária. Ora, se aquele caráter ainda remanesce, com maior ou menor intensidade, revela-se pelo menos eqüitativo que o maior e o menor grau de culpa identificado na conduta do agente possa ter repercussões na determinação do *quantum* indenizatório na reparação do ato ilícito. Aliás, em consonância com esses novos conceitos da responsabilidade civil, o art. 986 do anteprojeto (revisto) do Código das Obrigações, dispunha que “a indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único: Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”.

E mais recentemente, essa disposição é reproduzida no anteprojeto do CC, em seu art. 1.003: “a indenização não se mede pela gravidade da culpa, mas pela extensão do dano. Todavia, se houver excessiva desproporção entre o ato e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”. Acrescentando o art. 1.004 que, “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua

indenização será reduzida, tendo-se em conta a gravidade de sua conduta em confronto com a do autor do dano”.

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

A EXECUÇÃO NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL*

Cândido Rangel Dinamarco
Professor – Titular da Universidade de São Paulo (USP)

O movimento que se convencionou denominar “Reforma do CPC”, composto por uma série de leis editadas principalmente em 1994 e em 1995, introduziu relevantes modificações no sistema brasileiro de execução forçada – seja remodelando internamente o sistema em si mediante algumas alterações voltadas à praticidade, seja instituindo normas exteriores a ele e destinadas toda a agilizar a efetividade dos direitos pela via do processo.

São de quatro ordens as inovações exteriores ao processo executivo e influentes na execução. As mais significativas são as que outorgam poderes ao juiz, ainda no processo de conhecimento e depois da sentença, para promover a efetividade do julgado em caso de desobediência do sujeito condenado por obrigação de fazer ou de não-fazer (art.461, *caput* e parágrafos) – evitando-se com isso a própria necessidade de instaurar o processo executivo. Outra inovação externa de grande valor sistemático foi a que dispensou de liquidação sentenças em que o conhecimento do *quantum debeatur* dependa exclusivamente de cálculos aritméticos: os novos arts. 604 e 614 do CPC ditam normas referentes à iniciativa do processo executivo mesmo, sem atividade alguma de “liquidação” entre o cognitivo e ele. A terceira inovação externa com repercussão no sistema executivo reside na criação de um modo muito frágil e prático para a criação de título executivo judicial, que é *processo monitorio* (arts.1.102 – a a 1.102 – c). A quarta foi ampliação do rol de títulos executivos extrajudiciais.

Na disciplina da execução propriamente dita, as mais significativas consistiram: a) na disciplina dos efeitos da desistência da execução sobre os embargos já postos; b) na instituição da suspensão parcial da execução; c) na cominação de multa em caso de atentado à dignidade da Justiça, suprimida a proibição de falar nos autos; d) na necessidade de levar a registro a penhora incidente sobre imóvel; e) na definição do termo inicial para a fluência do prazo para oferecer embargos á penhora. Existem outras novidades, mas são essas as que, por seu significado mais profundo no sistema e relevância na prática, merecem atenção maior.

Sobre essas inovações externas e internas versarão os tópicos a seguir, sem a preocupação de aprofundar conceitos e sempre visando a lançar idéias para a discussão e possível amadurecimento dos temas inovados no sistema brasileiro de execução civil. Examinar-se-ão também as propostas dos ministros Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, expressas no esboço de anteprojeto que elaboraram com vista ao aprimoramento de própria reforma.

Obrigações de Fazer e de Não-Fazer

A Lei 8.952, de 13/12/1994, trouxe um novo art. 461 ao CPC, no qual se apresentam duas ordens de disposições referentes à efetividades dos julgados portadores de condenação por obrigação de fazer ou de não-fazer. Essas disposições foram ditadas pela consciência, haurida da experiência comum, de que essas espécies de obrigações são as que mais se expõem às vicissitudes do inadimplemento, sendo tradicionalmente falho o sistema processual no tocante aos meios destinados a vencer as resistências do obrigado renitente.

Foram mutuadas ao Código de Defesa do Consumidor (art.84) e expressam – se em duas ordens de providências judiciais antes estranhas ao CPC.

O *caput* do novo art.461 manda que o juiz, quando descumprido o preceito contido em condenação por obrigação de fazer ou não fazer, determine “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”. Isso significa que, nas situações ali prevista, a ordem judiciária da vontade do obrigado e imporá medidas destinadas a superar a desobediência.

Essa novidade traz em si a transgressão a duas regras fincadas a fundo na ordem processual tradicional que são: a) a do exaurimento da competência do juiz no processo de conhecimento a partir de quando ele publica a sentença de mérito, entregando-a em cartório (art. 463); b) a da correspondência entre o provimento jurisdicional e o pedido formulado na demanda inicial (arts.128 e 460). São transgressões legítimas, ditadas para a efetivação do acesso à justiça (Constituição Federal, art. 5º, XXXV) e, porque ditadas por lei do mesmo nível das que estabeleceram as regras transgredidas, efetivamente inseridas na ordem jurídica. Assim, por exemplo, se o sujeito condenado a reduzir ruídos noturnos em sua casa noturna prossegue emitindo sons insuportáveis, o juiz determinará e imporá (até pela força, se necessário) o fechamento da casa – com o que será assegurado o objetivo de sossego dos vizinhos.

Nos parágrafos do novo art. 461 empregou-se técnica diferente. Estabelece o § 5º que, “para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado equivalente, poderá o juiz (leia-se: deverá), de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além da requisição de força policial”. Tais providências, associadas às multas diárias que também poderão ser impostas (§§ 2º e 4º), inserem-se no conceito de execução indireta e resolvem-se em meios de pressão psicológica: elas consistem em verdadeiro convite ao obrigado, para que, refletindo melhor, pondere os males do agravamento e os compare com as vantagens que vai obtendo pelo inadimplemento. Espera-se que os juízes, conscientes dos grandes poderes de que são investidos, empreguem-nos efetivamente e, sem imprudências mas também sem timidez, valham-se deles para o cumprimento de sua missão de oferecer tutela jurisdicional efetiva a quem tiver o direito a um fazer alheio ou a uma abstenção.

Extinção da Liquidação Por Cálculo do Contador

A Reforma cuidou de eliminar a liquidação por cálculo do contador, mandando que, quando a determinação do *quantum debeatur* depender exclusivamente de cálculos aritméticos, o próprio credor os faça e deduza a petição inicial executiva acompanhada de uma memória atualizada (arts. 604 e 614, red. Leis 8.898, de 29.6.94, e 8.953, de 13.12.94). Discussões sobre o *quantum debeatur*, nesses casos, terão sua sede em eventuais embargos opostos pelo executado, fundados em excesso de execução: alegará o devedor que a pretensão deduzida na petição inicial executiva vai além do que o título (art.741, V, e art. 743, I). Só excepcionalmente o juiz fará o controle liminar do valor, para o fim exclusivo de dimensionar a penhora – ou seja, só quando a diferença de valores for tão grande e visível a olho nu, que seja possível apontá-la sem a ajuda de contador ou perito. Não existe contraditório entre as partes antes da penhora e a lei já não confere ao juiz, em dispositivo algum, o poder de homologar contas. Isso significa que nem nas execuções ordinárias se fará a liquidação por cálculo, nem nas especiais (inclusive, por alimentos).

Esse novo dispositivo é um dos que mais impacto causaram e, inexplicavelmente, vem sendo praticamente descumprido por muitos juízes. A excrescência da falsa liquidação, que por contador se fazia e o juiz homologava porque assim a lei determinava, permanece ali no ar, como um fantasma a assombrar juízes advogados e que precisa ser definitivamente exorcizado.

Algumas das dificuldades invocadas para a negativa de vigência ao novo art. 604 têm proposta de solução no esboço de anteprojeto de lei em que se anuncia a “reforma da reforma”. O novo parágrafo sugerido para o art.604 contém duas propostas. A primeira, mandando que o juiz, venha a “valer-se do contador nos casos de cálculo complexo”. Não é conveniente que toda e qualquer complexidade leve o juiz a valer-se do contador, pela simples razão de que ele nada homologará e a lei não lhe dá poder para tanto (se homologar, sua “decisão” será um nada jurídico e sobre ela não incidirá a coisa julgada material. A vingar essa proposta, a remessa ao contador deverá funcionar como verdadeira assistência judiciária, determinando-a o juiz somente quando sentir que o credor, por hipossuficiência, não tem condições

econômicas para contratar que elabore sua memória atualizada. Mas nada homologará e eventuais discussões processar-se-ão, como nos demais casos, nos embargos que o devedor opuser. O esboço propõe também que “quando a determinação do valor da condenação depender de dados existentes em poder do devedor ou de terceiro, o juiz a requerimento do credor, poderá requisitá-los”. À primeira vista parece que essa disposição independe da outra e cada uma se aplica a uma hipótese independente. Mas não se consegue imaginar alguma hipótese em que, faltando somente cálculos aritméticos para o encontro do *quantum debeatur*, haja elementos em poder de alguém, dos quais precise o credor para fazer o seu cálculo. De todo modo, essa proposta de novo parágrafo para o art. 604 exige muita reflexão e talvez algum aperfeiçoamento à luz das sugestões que vierem a ser apresentadas – e não foi com outro intuito que os condutores da reforma deram público o seu texto.

Novo Título Judicial: O Mandado de Pagamento ou Entrega (Processo Monitório)

A Lei 9.079, de 14/7/1995, institui na ordem processual brasileira uma nova categoria de processo, destinado a uma espécie de tutela jurisdicional diferenciada, que é o processo monitorio (arts.1.101- a, 1.102 – b e 1.102 – c). Espelhou-se em modelos vigentes alhures, como o *Mahnverfahren* e o *Mandatsverfahren* da Áustria e Alemanha, a *ingiunzione* italiana e a *injection* recentemente acolhida na lei francesa. O objetivo dessa espécie de processo é o de propiciar, a quem dispõe de um documento idôneo mas não tenha título executivo, a obtenção de título judicial que lhe permita promover a execução forçada. Essa possibilidade é restrita às obrigações por dinheiro, por coisas móveis certas ou por coisas fungíveis, quantificáveis por unidades (art.1.102-a). Na primeira fase do procedimento, o juiz, verificando estarem presentes os requisitos, emite o mandado de pagamento ou entrega. O réu, sendo intimado a pagar ou entregar, se cumprir o preceito ficará dispensado dos encargos processuais e evitará a execução (art. 1.102 –b). Poderá também oferecer embargos ao mandado, sem pagar, entregar ou mesmo segurar o juízo. Opostos os embargos, o processo monitorio ficará suspenso e eles se processarão. Não opostos ou vindo a ser rejeitados, cessa o estado de suspensão e agora o processo monitorio prossegue, em sua segunda fase – a executiva. Trata-se efetivamente de uma fase e não de um novo processo, o que significa que o início das atividades executivas independe de ato incoativo pelo credor e o devedor não será citado: mera intimação chamá-lo á a adimplir (pagando ou entregando), prosseguindo-se com as medidas executivas adequadas, conforme o caso (execução por quantia certa ou para entrega).

O mandado de pagamento ou entrega é, como se vê, um novo título executivo judicial inserido na ordem processual brasileira e a ser formado de modo assim ágil e expedito. Sua eficácia, suspensa pela eventual oposição de embargos, fica contida durante a pendência destes e se libera se rejeitados.

De todo modo, a execução que se faz na segunda fase do processo monitorio tem por título o mandado e não a sentença que os rejeita: a sentença que julga improcedentes os embargos limita-se a negar o que o embargante pede (declaração de não dever, ou de dever menos, ou extinção do processo).

Novos Títulos Executivos Extrajudiciais

Na linha consistente em ampliar o já extenso rol dos títulos executivos existentes no processo civil brasileiro, a reforma trouxe nova fórmula na disciplina da eficácia executiva dos documentos públicos ou particulares: excluída a locução “do qual conste a obrigação de pagar quantia determinada ou de entregar coisa fungível”, agora eles serão títulos executivos em relação a direitos de qualquer natureza. Formalizada a obrigação num documento público ou particular pelas formas ditadas no novo inciso II do art. 585 e presentes os requisitos da certeza obrigação e da sua liquidez em caso de coisas quantificáveis, já não importa se a obrigação assumida ou confessada é de dar, de entregar, de fazer ou de abster-se: o título executivo estará constituído e a execução por título extrajudicial estará autorizada – desde que, é claro, estejam presentes os demais requisitos postos pelo código CPC (exigibilidade do crédito, inadimplemento pelo obrigado).

Aumentou-se também o elenco de títulos executivos extrajudiciais mediante a inclusão das debêntures entre eles (art. 585, I). Embora indicadas pela doutrina comercialista como títulos de crédito, elas estavam na lista contida no texto legal e preponderava a opinião de que não eram portadoras de eficácia executiva. Agora, diante do direito positivo, estão inseridas naquele rol.

A reforma trouxe ainda a explicitude da transação como título judicial (art. 584, III) e esclareceu também que terá eficácia executiva mesmo quando for além do projeto do processo e incluir autocomposição por matéria excedente ao pedido. Doutrina e jurisprudência já aceitavam a executividade das transações judiciais (art.269, II) e lei expressa autorizava o entendimento de que valiam como título judicial (vigia o art. 55 da Lei das Pequenas Causas), mas agora tais preceitos encontram-se incorporados de modo explícitos ao próprio CPC e já não há como duvidar.

Depois da reforma teve vigências a Lei da Arbitragem que, dando nova redação ao inciso III do Art. 584, substituiu a locução *laudo arbitral* por *sentença arbitral* e não reproduziu as palavras “ainda que esta não verse questão posta em juízo”, trazidas por aquela. Isso não significa que se haja cancelado essa abertura, nem que a transação feita em juízo careça agora de eficácia executiva no que exceder ao objeto do processo. Primeiro, porque a Lei da Arbitragem vem de um projeto de lei muito anterior aos projetos da reforma, o que evidencia que a *mens legis* não foi no sentido de fazer aquela reversão na contramão da história. Depois, porque a interpretação sistemática mostra a vigência do art. 57 da Lei dos Juizados Especiais, portador daquela mesma solução e destinada a uma amplitude tal que até dispensaria o que a reforma acrescentou ao dispositivo (tal art. 57 é reprodução do antigo art. 55 da Lei das Pequenas Causas).

A Desistência da Execução e os Embargos Opostos

A desistência da ação executiva independe da anuência do demandado e será homologada sem qualquer consulta a ele. Essa concordância é indispensável no processo de conhecimento (CPC, art. 158, par.), em que a tutela jurisdicional será concedida ao autor ou ao réu, não se sabendo previamente a quem o será e sendo legítima a expectativa do réu por uma tutela a seu favor (improcedência da demanda). Na execução, todavia, em que existe o chamado *desfecho único* e de antemão se sabe que jamais uma tutela plena será concedida ao demandado (ela é feita sempre para satisfação do credor e nunca do devedor), não se cogita da anuência deste simplesmente porque a extinção do processo executivo não lhe pode frustrar expectativa alguma. Mas a extinção do processo executivo por desistência, trazendo consigo o efeito de extinguir também o dos embargos opostos pelo executado, poderia em alguns casos ter o efeito de frustrar alguma expectativa legítima deste – razão pela qual a reforma trouxe o dispositivo agora contido no parágrafo do art. 569, no qual se figuram duas hipóteses diferentes: a) se os embargos “versarem apenas sobre questões processuais”, a desistência do processo executivo importará fatalmente na extinção deste e dos embargos também, independentemente de qualquer anuência pelo executado-embargante; b) se eles impugnarem o próprio crédito, sua existência ou valor, a “extinção (do processo dos embargos) dependerá da concordância do embargante”. Nessa hipótese, não anuindo o devedor-embargante, extingue-se a execução porque o credor não quer prosseguir nela, mas o processo dos embargos prossegue. Na realidade, já não existindo um processo executivo sobre o qual os embargos incidam, o processo destes prosseguirá como autêntica ação declaratória autônoma em que o devedor busca sentença portadora da declaração de que ele não deve, ou de que deve menos, ou deve outra coisa.

Suspensão Parcial da Execução

Com a reforma, surgiu o conceito de *suspensa parcial da execução*, que se dará quando os embargos opostos a ela não versarem todo o crédito exequendo ou quando não a houverem embargado todos os executados (suspensão objetiva ou subjetivamente parcial: art. 791, I, c/c art. 739, §§ 2º e 3º, red. Lei 8.953, de 13.12.94). Essa inovação visou a eliminar a injustiça e irracionalidade da suspensão integral do processo executivo mesmo nos casos em que o devedor impugnasse somente uma parcela da pretensão pelo exequente, ou em que algum dos devedores embargasse e o outro, ou outros, não. Sucedendo isso, a execução prosseguirá em relação à parte incontroversa do crédito, não impugnada nos embargos, ou sobre o patrimônio do executado que não embargou.

Embora omissa a lei, para a efetividade da suspensão parcial da execução (suspensão objetivamente parcial) é indispensável entender que o embargante tem agora o ônus de especificar desde logo qual o montante que considera indevido e qual a parte do valor que fica sem impugnação – fazendo-o numa

memória semelhante àquela que os arts. 604 e 614 exigem ao credor. Não feita essa especificação nos embargos, o juiz exigirá que o faça sob pena de rejeição liminar (art. 284) porque, sem essa memória, não se saberá qual o valor pelo qual a execução prosseguirá e será reduzida a letra-morta a disposição que manda prosseguir a execução pelo valor incontroverso (art.739, § 2º).

Atentado à dignidade da Justiça

Pela nova redação dada ao art. 601 do CPC, o *contempt of court* passa a ser sancionado com uma multa de até 20% do valor do crédito, sem a proibição de falar nos autos e, portanto, sem implicações com efetividade do contraditório no processo executivo. Havia pelo menos a suspeita de inconstitucionalidade da sanção agora eliminada, a qual ficou agora fora de cogitação.

A multa a ser fixada constitui pena em benefício do credor e, por expressa disposição legal, não exclui a indenização pelos prejuízos eventualmente suportados por este. Não exclui, portanto, a imposição do que o próprio CPC dispõe a título de litigância de má-fé (arts. 16-18). Mas o transgressor não ficará impedido de exercer o contraditório, ou seja, de falar nos autos.

Registro da Penhora

Pela nova redação dada ao § 4º do art.659 do CPC, “a penhora realizar-se á mediante.... a inscrição no respectivo registro”. A intenção da lei é a de levar a realização da penhora ao conhecimento de terceiros, a quem já não era lícito alegar ignorância desde que registrada. A penhora em si é um ato público e insere-se entre os atos do processo judicial, que é público por natureza. Por isso, quem adquire um bem penhorado adquire-o em princípio *cum onere suo* e deve suportar a sua expropriação no processo executivo, dado que a alienação não subtrai o bem à responsabilidade pelos bens do devedor. Sem registro da penhora, no entanto, nem sempre se tem certeza quanto ao conhecimento dela pelo terceiro adquirente do bem, o que cria situações delicadas especialmente quando também não havia condições para que razoavelmente tivesse ele como saber da existência do processo em si mesmo (por exemplo, execução promovida longe do foro do imóvel e do domicílio dos sujeitos). Agora, feito o registro imobiliário da penhora fica o adquirente, de modo absoluto, impedindo de valer-se da alegação de desconhecimento. Quando não registrada, porém, nem por isso se exclui o conhecimento, sendo eficaz perante ele a penhora se por outro meio tiver conhecimento dela e isso ficar provado, ou se o desconhecimento não era escusável (por exemplo, quando ele tinha como saber da pendência do processo executivo).

No esboço de anteprojeto de lei elaborado para a “reforma da reforma” está proposta outra redação para o dispositivo, que pode conduzir a equívocos ou exageros. Diz-se ali que o registro da penhora se fará “para eficácia perante terceiros”, o que sugere a inconveniente idéia de que, não registrada, ela seria sempre ineficaz. Com isso, estaria a salvo das conseqüências de haver penhora comprado um bem sob constrição aquele que, embora conhecedor da penhora por outro meio, demonstrasse que ela não está lançada no registro imobiliário. Tal seria uma demasia injusta perante o credor-exeqüente e diminuição dos efeitos do exercício do poder estatal sobre o bem, pelo juiz.

De todo modo, seja no direito vigente ou no constituendo, a penhora existe e é válida, ainda que não registrada. A questão resolve-se no campo da eficácia perante terceiro somente. Logo que realizada, sendo dela intimado o devedor principia a fluência do prazo para opor embargos (art. 738. I), sem que de entremeio se faça preciso registrar.

Ainda um reparo quanto aos limites da utilidade do registro da penhora e conseqüências de sua falta. Para caracterizar-se a fraude de execução não é necessário que o bem esteja sob penhora, nem mesmo que existia um processo executivo pendente: basta que no momento da alienação penda um processo qualquer, que seja capaz de levar o alienante à insolvência, ficando ele efetivamente insolvente ao aliená-lo (art. 593, II). O ônus que o adquirente suportará ou deixará de suportar, em razão do disposto no § 4º do art. 659 é o de suportar a responsabilidade patrimonial incidente sobre o bem adquirido independentemente de configurar-se ou não a fraude de execução (dispensado o requisito da insolvência).

Discute-se ainda se o registro da penhora constitui ônus do exequente ou dever dos auxiliares da Justiça. A idéia acima expressa, de que a falta do registro da penhora não exclui os efeitos do conhecimento que por outro meio tenha o adquirente, coaduna-se com a opinião de que não tem credor o ônus de providenciar o seu registro – porque, se ele tivesse tal ônus, do seu descumprimento derivaria uma consequência desfavorável, qual seja a de ficar impedindo de opor a penhora ao terceiro. A “Reforma da Reforma” adota tal posição, que parece ser exageradamente severa perante o credor, ao empregar a fórmula “cabendo ao credor”... providenciar, para eficácia perante terceiros, o respectivo registro imobiliário”.

Início do prazo para opor embargos

Quando entrou em vigor o CPC, duvidou-se o prazo para oferecer embargos à execução por quantia certa contra devedor solvente flui a partir do próprio dia em que o devedor é intimado da penhora, ou de quanto o mandado de intimação é junto aos autos. A segunda hipótese, não explicitada no dispositivo específico (art. 738, II), era alimentada pela analogia com o disposto no art. 241, I, que manda correr da juntada do mandado o prazo para oferecer resposta no processo de conhecimento. A jurisprudência, repelindo tal interpretação analógica, fixou-se na primeira dessas opções interpretativas, para que o prazo fluísse do momento em que feita a intimação mesma e não da juntada do mandado aos autos. Mas a Lei 8.953, de 13/12/1994, liberalizado o acesso à defesa pelo executado, dispôs expressamente o contrário: o prazo para embargar flui, agora, “da juntada aos autos da prova da intimação da penhora”. Essa redação, deliberadamente ampla, leva a fazer fluir o prazo sempre da juntada de tal prova aos autos da execução forçada – e tal prova será representada pela intimação mesma, quando feita a intimação por oficial do próprio juízo, ou da juntada da precatória ou rogatório, quando por algum desses meios tiver sido feita a intimação.

Mas ainda se pode perguntar: prevalecerá essa regra mesmo quando, feita a intimação por precatória, os embargos sejam da competência do juízo deprecado e perante ele sejam opostos (no seu foro e não no foro da causa)? Ou, nesse caso, o prazo principiará no dia em que o mandado for junto aos autos da precatória?

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

O PROCEDIMENTO SUMÁRIO: JUSTAPOSIÇÃO COM OS JUZADOS ESPECIAIS CÍVEIS? HÁ REVELIA NESSE PROCEDIMENTO, MESMO COM CONSTENTAÇÃO? O PEDIDO CONTRAPOSTO DO RÉU E QUANDO ELE É POSSÍVEL

Antonio Raphael Silva Salvador
Desembargador do Tribunal de Justiça em São Paulo

É inerente a todos que gostam do processo civil e especialmente àquele que têm a incumbência de propor leis novas ou reformas processuais, o desejo de dar maior rapidez na entrega da prestação jurisdicional. No Código de Processo Civil de 1973 encontramos presente essa mesma vontade de abreviar os julgamentos, como vemos na criação do julgamento antecipado da lide, no julgamento no estado do processo, na limitação dos recursos possíveis e no procedimento então chamado de sumaríssimo, com concentração total dos atos processuais em uma audiência.

Infelizmente o procedimento sumaríssimo apresentou inúmeras falhas, tornando-se mais demorado do que o ordinário e sendo, para as partes e advogados, indesejável, todos procurando dele fugir. Foi pensando nisso que chegamos agora, com as reformas processuais, ao procedimento sumário, nova e justa denominação do antigo sumaríssimo. As falhas antigas eram conhecidas e as modificações no procedimento procuraram torná-lo capaz de atingir sua finalidade de celeridade e simplicidade.

Em seu livro *Procedimento Sumário* (Ed. Malheiros), o desembargador e jurista Araken de Assis salienta os pontos mais importantes da reforma: 1^a) na inicial, ao invés de só indicar os meios de prova (art. 282, VI) e

de apresentar sua prova documental (art. 296), cabe ao autor indicar o rol de suas testemunhas e, se requerer perícia, já formulará seus quesitos, podendo ali indicar assistente técnico; 2^a) o juiz designará a audiência de conciliação (art. 277), que terá quatro finalidades: primeiro, a tentativa de conseguir efetiva conciliação, tarefa do juiz e que pode ser auxiliado nessa tentativa por conciliador; segundo, se não realizada a conciliação, o réu oferecerá, na mesma audiência, sua resposta, escrita ou oral, acompanhada de documentos e do rol de testemunhas, se também desejar essa prova. Se pretender também prova pericial, fará esse requerimento, formulando seus quesitos e podendo indicar seu assistente técnico; terceiro, caberá ao juiz de decidir de plano eventual impugnação ao valor da causa ou a controvérsia sobre a natureza da demanda determinando, se for o caso, a conversão do procedimento sumário em ordinário, como diz o art. 277, § 4^o. Evidentemente isso ocorrerá quando o juiz verificar que o valor ou a natureza da causa afastam o procedimento sumário, ou ainda em nome da complexidade que ela apresenta; quarto, fará o juiz o saneamento do processo, decidindo sobre preliminares apresentadas e deferindo ou não as provas protestadas.

Evidentemente são muitos os pontos que merecem exame no novo procedimento sumário, mas vamos ficar em apenas três deles, expondo-os ao exame e apresentando opinião a respeito.

O primeiro ponto será esse: o procedimento sumário apresenta a mesma competência em razão da matéria como aquela entregue aos juizados especiais pela Lei 9.099/95. O que ocorre aqui: uma competência concorrente? Os juizados especiais, por se constituírem em *especial* em relação ao *comum*, quanto ao procedimento, tornaram-se os únicos competentes em razão da matéria de sua competência, apenas excluídos os que não podem contender nos juizados? Ou a competência será exclusiva da justiça comum, por ser o atual procedimento sumário, e sua regulamentação inclusive da competência, feita pela Lei 9.245, de 26.12.95, posterior à lei dos juizados especiais?

Entendemos que o legislador pretendeu estabelecer uma competência concorrente entre os juizados especiais uma competência concorrente entre os juizados especiais cíveis e a justiça comum, esta regulando a atividade jurisdicional em um procedimento sumário. Sempre procuramos dizer que a competência dos juizados especiais é para causas de menor complexidade, precisando ser respeitada essa característica dos juizados, sob pena de tornar impossível ali a prestação jurisdicional. Como realizar uma instrução que demande perícias complexas, demoradas e fora da audiência?

Se o próprio legislador autorizou o juiz a determinar a conversão do procedimento sumário em ordinário, conforme a dificuldade da prova, como então admitir-se que outra seja a solução nos juizados onde a concentração total em uma audiência é de sua característica e exigência? Assim, continuamos entendendo que o autor pode optar entre buscar a solução de seu conflito de interesses no juizado especial cível ou na justiça comum, através da busca ao procedimento sumário.

Conforta-nos a posição no mesmo sentido do desembargador Araken de Assis, em sua obra citada, p. 35. Esta também a posição do ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, manifestada em inúmeras palestras e no seu *CPC Anotado*. Lembramos ainda a favor da possibilidade dessa opção e, portanto da concorrência entre juizado especial e procedimento sumário, o que dizem Ada Pellegrini Grivoner (“Do Juizado de Pequenas Causas”, *Ajuris*, 28/52) e Fátima Nancy Andrichi (“Juizado Especiais Cíveis e Criminais”) e Candido Rangel Dinamarco, em art. de grande repercussão, apresentado na “Tribuna da Magistratura” da Apamagis, em São Paulo. Lembramos ainda que já está no Congresso projeto de alteração da lei dos juizados, para declarar possível a opção que acima defendemos.

O segundo ponto que desejamos analisar é o referente à revelia nos processos que seguem o procedimento sumário. O § 2^o do art. 277 do CPC diz que, “deixando injustificadamente o réu de comparecer à audiência, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados na petição inicial” (art. 319). E o art. 319 nada mais é do que regulamentação da revelia, em todo o Capítulo III, ao dizer o mesmo artigo que “se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.”

E para nosso código, como todos os autores salientam, revelia em processo civil é a falta de contestação. Diz Vicente Greco Filho que “nos termos do art. 319, a revelia é a situação do réu que não contenta ação” (*Direito Processual Civil*. Saraiva, v II, p. 138).

Ora, se na primeira audiência, chamada de conciliação, o réu não comparecer, mas seu advogado sim, trazendo a contestação ao pedido, o que inexistiu foi conciliação, prejudicada pela ausência de uma das partes, mas não revelia, se a contestação existiu e foi apresentada. Será que o legislador pretendeu criar outra forma de revelia, representada pela ausência do réu à primeira audiência, não mais segundo o que determina o art. 319, ao dizer que revelia é a falta de contestação?

Analisando o art. 277 do CPC, o professor Ernane Fidelis dos Santos também chegou à mesma conclusão, tudo porque revelia não é, no processo, ausência do réu à audiência, mas sim a falta de contestação. Exatamente em razão disso é que afirma o mestre mineiro: “revelia também não ocorre se o réu comparecer através de advogado, ainda que sem poderes de transacionar, desde que ofereça esta a necessária defesa, após ser atestada a impossibilidade de transação. O que se prejudica, neste caso, é apenas a conciliação, sem importar em revelia, que neste caso, é apenas a conciliação, sem importar em revelia, que se revela apenas com o ânimo de não se defender”. (*Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro*. Editora Del Rey, 1996, p. 228).

Como deverá então ser entendido o disposto no § 2º do art. 277 do CPC: configurando a ausência do réu a sua revelia, ficará ele sem poder contestar e autorizando o julgamento antecipado e imediato de lide? Acontece que a ausência do réu não impede a contestação, que não é por ele apresentada, mas por seu advogado. E mais, a contestação será apresentada em momento posterior, após a impossibilidade da conciliação, como diz o art. 278 do CPC. E a contestação não precisa ser só de repulsa à matéria de fato alegada na inicial, mas também poderá trazer resposta fundada em matéria de direito.

Não vemos como impedir um réu, que deu procuração a um advogado, de ver sua contestação ser acolhida, ainda que ele, réu, não esteja presente na audiência. A solução então estará em admitir-se a revelia do réu e o julgamento imediato, quando ele não compareceu e nem seu advogado. Aí não haverá contestação e isso sim atende ao que dispõe o art. 319 do CPC quanto à revelia, como falta de contestação.

Mas, ausente o réu e presente seu advogado, este poderá contestar, devendo o juiz considerar inócua a parte da contestação que ataca a matéria de fato constante da inicial, pois nesse ponto houve confissão, com a ausência do réu e como diz o art. 277, § 2º do CPC. Mas, havendo contestação quanto à matéria de direito, deverá esta ser apreciada e decidida na sentença a ser proferida.

Isso significa que a ausência do réu importa em aceitar-se como verdadeiros os fatos constantes da inicial e não havendo contestação, haverá revelia, prevista no art. 319. Se houver contestação quanto à matéria de direito, haverá apenas confissão quanto à matéria de fato, devendo a contestação ser admitida e apreciada. Evidentemente estará prejudicado o pedido do réu de ouvir testemunhas ou de prova pericial.

Admitem esse tipo de revelia Athos Gusmão Carneiro (*Do rito sumário na reforma do CPC*. São Paulo, Saraiva, 1996) e Araken de Assis, dizendo este expressamente que “comparecendo o advogado do réu na audiência preliminar, a despeito da ausência imotivada do cliente, ele poderá juntar a contestação escrita, ou realizá-lo oralmente, produzindo os documentos cabíveis sem prejuízo do efeito material da revelia. Obviamente, o advogado hábil destacará as incoerências e as inverossimilhanças dos fatos alegados, induzindo o juízo de improcedência. Por identidade de motivos, ao advogado se afigura admissível formular contrapedido (art. 278, § 1º) e excepcionar.” (*Do Procedimento Sumário*. Malheiros, 1996, p. 85).

Só não disse o ilustre mestre que há confissão do réu quanto à matéria de fato, importando isso em aceitação dos fatos, mas não revelia, por permitir contestação. O réu pode fazer pedido contraposto ao do autor. Diz o art. 278, § 1º, do CPC, que “é lícito ao réu, na contestação, formular podendo em seu favor, desde que fundado nos mesmos fatos referidos na inicial.”

Com isso vemos que não precisa o réu reconvir, para buscar uma pretensão em relação ao autor, bastando formular seu pedido dentro da contestação, apenas se exigindo que ele se funde nos mesmos fatos referidos na inicial.

Para alguns autores o contrapedido não impede a reconvenção, pois a proibição que havia no CPC foi revogada. *Data venia* pensamos de modo diferente: deixou de existir a reconvenção porque desnecessária, bastando haver pedido contraposto. Limitou-se a possibilidade de pedido do réu contra o autor, que agora só cabe quando fundado nos mesmos fatos referidos na inicial e isso para não criar lide nova, fundada em outros fatos. Salva-se o espírito do procedimento sumário, sem maiores dificuldades para a instrução, onde serão examinados os mesmos fatos, sem apresentação de outros, ainda que conexos.

Não se trata de dizer que o procedimento sumário pressupõe ações dúplices, pois as ações aqui previstas não levam forçosamente ao reconhecimento de que o bem da vida pertence ao réu, só porque procedente sua contestação. A contestação, em casos previstos no art. 275, pode afastar o direito do autor, sem levar forçosamente a que se diga que o bem da vida discutido é do autor. O que temos no art. 278, § 1º, é a permissão para que o autor formule pedido contra o réu na inicial e este último faça, com base nos mesmos fatos, um contrapedido contra o autor. Isso é pedido do réu e não ação dúplice.

Não esteve nunca no espírito do legislador que reformulou o procedimento sumário, manter ao lado do contrapedido a possibilidade da reconvenção, que pela sua extensão atenta contra a rapidez e concentração que se deseja no procedimento previsto nos art. 275 e ss. do CPC.

Assim, concluímos que os juizados especiais e a justiça comum, em seu procedimento sumário do CPC, têm competência concorrente para as causas fixadas em razão da matéria, tanto no art. 275, II, do CPC, como no art. 3º, da Lei 9.099/95; que pode o autor optar, diante da concorrência acima admitida, pelos juizados especiais cíveis ou pelo art. 275 do CPC; que o réu que não comparece á audiência de conciliação prevista no art. 277 do CPC, pode contestar por seu advogado, na mesma audiência, sofrendo apenas a conseqüências da confissão quanto á matéria de fato, não mais objeto de discussão; que o réu, segundo o art. 278, § 1º, do CPC, pode formular em sua contestação pedido contraposto ao do autor, em seu favor, mas fundado nos mesmos fatos referidos na inicial; e que a concentração dos atos processuais e a rapidez que se deseja no procedimento sumário impedem que possa o autor reconvir no feito, apenas podendo fazer contrapedido com as limitações previstas no art. 278, § 1º. do CPC.

Direito Civil e Processual Civil

JUÍZO ARBITRAL INSTITUTO EXISTENTE HÁ 2000 ANOS

Aclibes Burgarelli
Juiz do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo

Foi publicada, no *Diário Oficial da União* do dia 24 de setembro de 1996, a Lei 9.307, cujo objeto é o tratamento jurídico da arbitragem. O assunto regrado foi divulgado pela imprensa como algo novo, ou mesmo como posicionamento do Brasil entre os países considerados de “primeiro mundo”. A ignorância do assunto encaminha o sistema da arbitragem para um campo de controvérsias, estabelecidas nesta oportunidade em que a Lei entra em vigor. Por essa razão, tem-se a falsa impressão de que alguém, com visão de futuro, conseguiu encontrar a pedra filosofal que resolverá todos os problemas ligados à atividade judiciária.

Os mais afoitos afirmam que, doravante, as controvérsias patrimoniais serão efetivamente resolvidas em rápido espaço de tempo, com presteza, de modo a ser estabelecer verdadeiro clima de paz e tranquilidade

social. Outros, porque já foram partes e foram vencidos em contendas judiciais, inconformados, transferem a ira por meio de ataques ao Judiciário e apregoam a “nova forma” de solução de conflitos, como via de aniquilamento de um órgão de poder, sob o argumento de que os países desenvolvidos libertaram-se das “velharias” judiciais.

Nesse clima de euforia, ignorância e psicose social, passa despercebida a origem do instituto do compromisso e da arbitragem. Esse fato, devidamente focado, porém, mostra as facetas dos governantes e dos governados, os quais, por causa da moderna comunicação, festejam em torno de algo que há mais de dois mil anos fora posto em prática em sociedades desprovidas de informática, técnica industrial e satélites.

Já na definição romana, compromisso era forma de justiça privada, por meio da qual o Direito era buscado, sem a intervenção da autoridade judiciária e, segundo Serpa Lopes, “compromittere est simul promittere et stare sententiae arbitri”. Foi, sim, grande novidade no império romano, no exato momento em que o credor podia lançar mão do devedor (*manus injectio*) e retalhar seu corpo, de sorte a distribuírem-se pedaços do corpo aos credores. Veio substituir essa prática brutal, porque se punia, fisicamente, o devedor. Foi, repita-se, novidade dois mil anos atrás.

No Brasil, antes mesmo de se pensar em um sistema codificado de direito civil, no momento imperial em que as regras civis eram pobres, por ironia do destino houve necessidade de se editar um código comercial, quando o país-berço do primeiro código comercial, a França, buscava invadir as terras portuguesas. D.João VI foi obrigado a transferir a sede da coroa portuguesa para o Brasil e, ao abrir os portos às nações amigas (ou seja, à Inglaterra), cogitou, imediatamente, incrementar-se as atividades mercantil e fabril, a instalação de uma instituição financeira oficial (Banco do Brasil) e, também, a elaboração de um código comercial.

Por razões de ordem política, o código somente foi editado mais ou menos quarenta anos depois, quando o Brasil já era independente e estava próximo da forma republicana de governo; contudo, logrou-se a primeira codificação nacional, acompanhada de um sistema processual legal (Dec. 737 de 25/06/1850), em cujos arts. 411 e ss. se cuidava do compromisso e do juízo arbitral. Operou-se a revogação em setembro de 1886, pela Lei 1.350, e ressurgiu no ano de 1867. A Constituição republicana de 1890 retomou a questão, visto como pendia o fato da competência legislativa dos Estados para material processual, aspecto que deixou de existir no momento em que coube à União a competência legislativa exclusiva, para legislar a respeito de processo.

No sistema jurídico da atualidade, *compromisso* é instituto de direito civil, e *arbitragem*, instituto de direito processual, de sorte que, com a edição da lei referida, aparentemente revogadora do sistema, há que se verificar o que continua sob égide da teoria geral das obrigações (o compromisso é estudado na teoria geral das obrigações) e o que se amolda nos princípios legais da composição de lides (procedimento), por meio da arbitragem particular, por pessoas que não guardam a qualificação de magistrados, portanto, não integrantes do Poder Judiciário.

O Compromisso: Conceito

Conforme observa Pontes de Miranda², compromisso, no sentido técnico, é forma de submissão da controvérsia patrimonial, de direito disponível ao conhecimento de um juízo arbitral. Compromisso é instituto que guarda relação com o encontro de vontade das partes, comportamento que, no Direito, reserva-se ao sistema obrigacional, mais propriamente à forma de geração de contrato. Juízo arbitral, de outra sorte, é meio pelo qual se pode buscar a atuação de árbitros particulares, estranhos ao Poder Judiciário, para que aplique seu conhecimento a respeito do objeto do contrato e solucione a controvérsia existente entre as partes do contrato em exame.

Na seara da conceituação, diz-se que o compromisso encerra o encontro acessório de vontade das partes, as quais, no momento de celebração de determinado contrato (principal), de caráter patrimonial e de direito

disponível, convencionam a forma de solução *extrajudicial*, se ocorrer a hipótese de conflito, quanto à interpretação, existência, validade e eficácia de qualquer cláusula inserta na avença principal.

Desde o direito romano, compilado no Oriente (L. 2, D.), no período justiniano, entendeu-se a figura do compromisso como manifestação de vontade das partes, no sentido de se colocar determinada questão para ser decidida por arbitragem *particular*. Havia a possibilidade de se adjectar pena, hipótese que criava a *actio ex delicti*, porque, sob essa modalidade, o compromisso não comportava *exceptio*, mas sim pena (*Ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed poenae petitionem*).

Sistemas Diferentes

É importante anotar que, embora em nosso direito pátrio o estudo da figura do compromisso seja desenvolvido no campo do direito material, a respeito não existe entendimento pacífico, a propósito do que se pode falar na existência de duplo sistema: material e formal. Compromisso, na condição de instituto do direito formal, ou instrumental, é considerado no direito francês, alemão, italiano e português.

No Brasil, o instituto do compromisso passou por dois momentos distintos. No direito anterior, foi classificado no campo de estudo do direito formal, instrumental ou processual. No direito positivo codificado, desde o projeto de Coelho Rodrigues, aceito nessa parte específica por Clóvis Beviláqua, insere-se no sistema direito substantivo, ou direito material.

Anote-se que a lei que está a vigorar, a respeito da arbitragem, revogou artigos do Código Civil e revogou também artigos do CPC; contudo, não se cuida de revogação que faz desaparecer as regras existentes, ou mesmo que tenha o condão de retirar a natureza do instituto. Simplesmente se transferiu para lei especial, de caráter material e de caráter instrumental, o conjunto de normas que existem em nosso direito desde a edição do Dec. 737 de 1850. Com algumas modificações muitos artigos foram reproduzidos com as mesmas letras e, às vezes, com o mesmo sentido das normas anteriores. Confirmam-se, apenas como referência, os arts. 1º, 9º e 21, § 3º da atual lei, e os arts. 414, 415 e 416 do Reg. 737/1850; o artigo 1.079 do CPC e o art. 13 da lei em vigor.

Natureza Jurídica do Compromisso

Conforme dito, o compromisso é instituto de direito material, compreendido na teoria geral das obrigações, especialmente na parte relativa aos efeitos, parte que teoricamente revela formas da extinção das obrigações. No Código Civil, a partir do art. 1.037 encontram-se as regras relativas ao compromisso e que foram transportadas para a lei especial, porque, conforme dispõe o art. 44 da vigente Lei 9.307/96, não ocorreu a retirada, do direito positivo, de regras a respeito do assunto.

Em se examinando a razão teleológica da parte final do art. 44, no trecho em que aparece o aditivo “e”, conclui-se que a revogação estará presente tão-somente no que vier a contrariar a terminologia da atual lei; portanto, se no confronto de regras da atual lei e de toda e qualquer lei anterior, desde o Reg. 737 / 1850, em havendo identidade de sentido, a regra esta em vigor. O mesmo raciocínio vale para as regras do Código de Processo Civil que, igualmente, foram consideradas revogadas.

Esclarecidas aspectos de importância hermenêutica, diz-se então que a natureza jurídica do compromisso é de ordem obrigacional, de direito material, e reveste-se de natureza contratual, mas contrato acessório que está vinculado ao contrato principal. É irrelevante se a norma encontra-se no Código Civil ou lei especial; sua natureza material permanece íntegra. Compromisso é pressuposto da arbitragem e esta, sob a forma de composição particular de conflitos de interesses, por particulares que se não revestem da condição de magistrados, é forma particular de solução, também particular, de conflito particular, derivado de contrato específico.

A arbitragem: natureza jurídica

Na busca da natureza jurídica de determinado instituto, há que se detectar a essência que o caracteriza, a qual, se alterada, desnatura o próprio instituto, de sorte a descaracterizá-lo como tal. Embora seja possível a alteração de forma do ser, sem alterar-lhe a essência, a natureza não comporta alteração sem se desnaturar o ser. Colocadas as premissas necessárias ao entendimento do que é natureza, avança-se para sua busca, no objeto determinado: arbitragem. Trata-se, evidentemente, de objeto jurídico e, por isso, busca-se a natureza jurídica do mesmo objeto, no sentido de se chegar a um ponto que, se avançado, o objeto deixa de ser, no modo como é conhecido.

A essência do objeto jurídico arbitragem (e do juízo arbitral) é a privatização de determinada função pública. A qualidade essencial completa-se nos efeitos essenciais, isto é, no objetivo de se reservar a particulares o cumprimento da tarefa de solução de conflitos, por eles provocados, a respeito da interpretação, da existência, da validade e dos efeitos de cláusulas de determinado contrato, do qual as mesmas partes são integrantes.

A arbitragem materializa-se na atividade dos árbitros e estes, reunidos de conformidade com a previsão e faculdade da lei, formam o juízo arbitral, que, apesar do nome, não guarda qualquer relação funcional, administrativa ou hierárquica com o Poder Judiciário, exatamente porque não é órgão do Poder Judiciário. O árbitro é juiz particular, do fato e do direito existentes por causa do que se apôs no contrato. Contrato celebrado pelas partes e no qual foi feita a inserção de outra avença, denominada compromisso, pela qual se previu a possibilidade de solução particular, extrajudicial, a respeito de eventual conflito de interpretação de cláusulas originárias.

Pela razão acima exposta, consta, no art.18 da Lei 9.307/96 que “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”. Também pela razão exposta, está consignado, no parágrafo único do art. 8º da mesma lei, o seguinte: “Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.”

Conforme assinalado por nobre militante da advocacia³, em projeto antigo, apresentado sobre a arbitragem, no idos de 1982, dizia-se que árbitro considerar-se-ia juiz de direito e de fato e sua decisão não estava sujeita a recurso, salvo se o contrário estivesse convencionado pelas partes, para apreciação do Poder Judiciário. Comentou-se que a “privatização” não guardaria relação de coerência, se houvesse encaminhamento da questão para o Judiciário, em apreciação final. Comentou-se muito bem, porque, se reserva às partes o destino de eventual lide, supostamente possível em contrato do qual as mesmas partes interessadas participaram, é evidente que devem arcar com o resultado. Do contrário, basta uma delas não aceitar a cláusula compromissória.

Bastante oportuno o comentário feito ao art. 1.709 do CPC, pertinente para o assunto. “Essa irrecorribilidade, que é da essência dos juízos arbitrais, não quer dizer, entretanto, que possam as partes conviver com as nulidades, que fiquem desarmadas ante a sua ocorrência. Mesmo que hajam convencionado as partes que seria sem recurso a sentença arbitral, isso não significa que não possa qualquer delas arguir a sua nulidade e pedir, por isso, que assim se declare, de modo a que não produza qualquer dos efeitos que, normalmente, ela iria produzir.”

Transportando o comentário para o atual sistema, pode-se dizer que, mesmo que se não admita recurso da decisão dos árbitros e ainda que se entendam restritos os caminhos recursais existentes no rito procedimental do juízo arbitral e, também, ainda que se cogite de “profissionalização” de arbitragem, para o fim de beneficiar sociedades financeiras, que se valem de contratos de adesão, ainda assim, não está revogado o princípio segundo o qual, no Direito, não se toleram vícios de consentimento e, a respeito, se lesão existir, haverá que ser reparada pelo Poder Judiciário.

Funcionamento da Arbitragem

O Centro das Indústrias do Estado de São Paulo (Ciesp), uma das entidades que compõem o sistema da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp), instalou-se, antes mesmo da lei em vigor e com

base nas normas do Código de Processo Civil, a Câmara de Mediação de Arbitragem de São Paulo, em razão do que editou o respectivo regulamento, que deverá ser observado por quem queira fazer uso dos serviços prestados, na solução extrajudicial de pendências especificadas no sistema.

Segundo o regulamento, as partes que, em determinado contrato principal ou especificamente convencionarem a cláusula compromissória e, por meio dela, escolherem a Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo, ficarão vinculadas ao regulamento e às normas de funcionamento da entidade. Em havendo controvérsia a respeito de cláusula do contrato principal, a parte interessada deverá notificar a entidade do desejo de instituir o juízo arbitral, por meio de comunicação escrita na qual constará todas as informações pertinentes ao exame e deliberação a respeito da controvérsia. A parte contrária será notificada e convidada a manifestar-se a respeito do pedido. Se houver concordância, ambas as partes receberão a relação dos nomes de árbitros, integrantes da Câmara, cópia do regulamento e, no prazo concedido, deverão escolher o árbitro.

Escolhidos os árbitros, relativamente a cada uma das partes, será elaborado um termo de compromisso em que será registrado o nome dos árbitros, dos substitutos, do presidente do juízo arbitral, do objeto do litígio, da responsabilidade pelas custas e honorários e demais disposições avençadas pelas partes. O presidente do juízo arbitral será escolhido de comum acordo pelos árbitros indicados pelas partes e que compõem o corpo de arbitragem da Câmara.

O regulamento, sem deixar de observar à lei, estabelece a forma de nomeação e composição do corpo de árbitros, especialmente os direitos, deveres e restrições, a forma de representação das partes por meio de procuradores, os prazos, as provas, o procedimento, a decisão arbitral, o cumprimento da decisão e as custas. Cuida também da mediação e da arbitragem expedita, forma mais célere de solução de litígios, conforme convenção das partes. É evidente que, com a vigência da recente lei sobre arbitragem, o regulamento deverá sofrer algumas adaptações, para guardar consonância com o sistema.

Algo, porém, fica bem claro com o funcionamento da arbitragem: não se cuida de forma gratuita de prestação de serviços, mas de forma onerosa, pela qual as partes, adredemente, comprometem-se à utilização do caminho eleito.

A arbitragem e os contratos de adesão

As sociedades, de modo geral, passam por um período de final de século de expectativas de transformações radicais, quer por razões psicológicas, religiosas, místicas ou crendices. A verdade é que todo fim de século gera certa expectativa de mudanças. Coincidência ou não, no direito surgem manifestações sopesadas nos pólos sociais e políticos contrários, especialmente na ruptura dos extremos, ou seja, a queda abrupta da “cortina de ferro” e a consciência de que o “capitalismo selvagem” também é nocivo ao ser humano.

No Direito, dizia-se, os reflexos se fazem presentes em vários setores e, como meio-termo dos extremos rompidos, tem-se a noção da função social das instituições. Nossa atual Constituição Federal é rica em preceitos voltados à função social das instituições e, para o assunto em tela, aproveita o destaque da função social do contrato. Nossa origem civilista é mais radical do que a origem comercialista, mas, em ambos os sistemas (Código Civil e Código Comercial) ainda vigoram princípios vinculados ao individualismo, ao liberalismo social, político e econômico, ao *pacta sunt servanda*, ao contrato como fonte de Direito.

Por causa da novel inspiração voltada à função social das instituições, nossa atual carta magna, com preocupação voltada ao sistema liberal, individual e contratual vigentes, estabelece as bases dos juizados de pequenas causas, do Código do Consumidor, das desapropriações urbanas. Especialmente no Código do Consumidor, a tendência atual, quanto à edição de leis, é no sentido de romperem-se os grilhões do voluntarismo exagerado, do liberalismo desenfreado e do individualismo.

Ponderadas as considerações até aqui expendidas, remanesce a conclusão de que o contrato de adesão é a evidência da ruptura da livre manifestação de vontade. Contrato de adesão é forma de imposição da

vontade do contratante, de modo que, para o contratado não resta alternativa de questionamento: ou aceita o modelo preexistente ou o negócio não se realiza. Em termos simplistas, meramente negociais ou mercantilistas, até é possível aceitar-se a equação, mas, se considerar, em muitos casos, a função social do negócio, o equilíbrio de forças das partes, a necessidade do contratante (e essa é a meta do sistema do Código do Consumidor), não se pode admitir como plenamente válida a manifestação de vontade do aderente.

A atual lei, ao se referir à cláusula compromissória, ou seja, aquela que as partes inserem no contrato principal (por exemplo, em um contrato de compra e venda mercantil com alienação fiduciária), como o escopo de se submeter eventual conflito à arbitragem, ressalva no § 2º do art. 4º o seguinte: “Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, coma a assinatura ou visto e especialmente para essa cláusula.” Quantos documentos em anexo o consumidor assina, no momento em que necessita adquirir certo bem, quer estejam grafados em letras minúsculas, quer não estejam; quer compreendam o próprio documento, quer não o compreendam?

Da leitura do parágrafo referido ressaltou-se que o aderente (o consumidor) poderá assinar o contrato na qual estiver a cláusula compromissória, mas esta somente terá eficácia se a iniciativa para a instituição da arbitragem partir do próprio aderente. Contudo, em seguida, na segunda parte o artigo menciona a possibilidade de o mesmo aderente ter de submeter-se à arbitragem se, além da cláusula compromissória, assinar outro documento que, em anexo, permitirá a atuação de árbitros.

O artigo não é claro e torna-se mais confuso se considerar a regra do art. 8º, parágrafo único, na parte em que consta: “Caberá ao árbitro, de ofício ou pro provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção da arbitragem e do contrato que contempla a cláusula compromissória”. Se, por meios escusos, tal qual ocorre com freqüência na prática – nossos tribunais estão abarrotados de questões contra o direito do consumidor -, ocorrer lesão ao direito do adquirente, especialmente quanto á assinatura de contratos, caberá ao árbitro decidir a respeito da validade e eficácia da convenção de arbitragem. Vale dizer: o árbitro examinará a questão que, *data venia*, jamais poderia ser inserida no âmbito da justiça privatizada.

Em conclusão tem-se o seguinte: a arbitragem é instituto muito antigo e ganhou corpo na atividade mercantil; o Estado politicamente organizado, por seus poderes fundamentais, não pode delegar, exclusivamente, funções a respeito das quais dependem a própria identidade política e a própria soberania; a composição particular de lides é perfeitamente possível, desde que a entidade particular não venha a esbarrar com princípios e direitos fundamentais e com a própria estrutura do Estado, existentes na Constituição Federal, por meio de cláusulas pétreas; mesmo que a lei o estabeleça, se ocorrer fato, ato ou comportamento que adentre no terreno da fraude, dos vícios de consentimento, enfim, nada poderá ser excluído da apreciação do Poder Judiciário; finalmente, o júizo arbitral não é Poder Judiciário e seus membros não são magistrados.

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL

O JUIZ E LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

João Batista Lopes
Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

As alterações por que vem passando o Código de Processo Civil (CPC) traduzem clara opção pelas modernas concepções doutrinárias que objetivam assegurar o pleno acesso à Justiça, entendida essa expressão com maior elastério para compreender não só o direito de se levar a pretensão ao juiz, mas também o de produzir provas, acompanhar os atos processuais e deles ser informado regularmente,

recorrer, promover a execução, valer-se de medidas acautelatórias e reclamar presteza na atividade jurisdicional. A filosofia que inspirou a reforma pode ser assim sintetizada: agilização, simplificação, presteza da jurisdição.

Como é curial, porém, a celeridade processual não pode vulnerar o devido processo legal, conceito amplo, que abarca os princípios do juiz natural, da igualdade de tratamento das partes, do contraditório, da imparcialidade do juiz, da publicidade dos atos processuais, da proibição das provas ilícitas.

Há, porém, um aspecto que não tem sido objeto de maior preocupação por parte da doutrina: o acesso à justiça deve ser garantido, mas com responsabilidade. Referimo-nos à necessidade de melhor disciplina legal da litigância de má-fé e dos atos atentatórios à dignidade da justiça. Concede-se que a recente reforma deu um passo adiante ao admitir a imposição, de ofício, da penalidade por litigância de má-fé e da multa por atos atentatórios à dignidade da justiça.

É de rigor, porém, tratamento mais adequado da matéria, seja para definir melhor as definições que ensejam punição, seja para ampliar os poderes do juiz e restabelecer o prestígio e imagem do Poder Judiciário.

Natureza da responsabilidade por litigância de má-fé

Examinemos, inicialmente, a natureza da responsabilidade por litigância de má-fé. Cuida-se de responsabilidade subjetiva, decorrente de dolo processual, que não se confunde com as responsabilidades pelo manejo indevido da ação cautelar de que trata o art. 811 do CPC, de caráter objetivo.

A má-fé caracterizar-se, essencialmente, pela intenção de prejudicar e, por isso, não se presume, isto é, incumbe à parte prejudicada o respectivo ônus da prova. Contudo, como a má-fé se traduz, às vezes, por expedientes arditos e sutis, sua prova é difícil, o que tem levado a doutrina a contentar-se com meros indícios, desde que veementes e concordantes.

Põe-se, também, a questão da natureza do dano que autoriza as sanções por litigância de má-fé. Trata-se de dano resultante dos atos processuais praticados pela parte (procrastinação abusiva, falseamento dos fatos, utilização de expedientes escusos) ficando, pois, fora da previsão legal o dano resultante de atos extraprocessuais.

Situações que caracterizam litigância de má-fé

A doutrina é parcimoniosa e ao indicar as situações que justificam a imposição de sanções por litigância de má-fé, limitando-se a considerações genéricas e, em geral, pouco explícitas. Tentemos, pois, detectar e identificar as hipóteses que autorizam a drástica medida.

1. *Pretensão ou defesa contra expresso texto de Lei.* A interpretação literal do dispositivo do art. 17, I, implicaria sério entrave ao exercício da advocacia por arredar pretensões fundadas na equidade ou nos princípios gerais de direito. Assim, por exemplo, em caso de denúncia vazia expressamente admitida pela lei, seria litigante de má-fé o réu que se insurgisse contra o pedido por considerá-lo injusto ou ditado pelo propósito de majorar os aluguéis. Por igual, haveria má-fé na interposição de apelação contra a sentença que viesse a decretar o despejo, nessa hipótese. Também incorreria na sanção o réu pleiteasse efeito suspensivo da apelação em caso em que o legislador estabeleceu unicamente o devolutivo. Essa não é, porém, à evidência, a melhor orientação sobre a matéria, devendo o dispositivo ser interpretado *cum grano salis*, sob pena de cercar a própria atividade profissional do advogado.

2. *Alteração da verdade dos fatos* – alteração da verdade dos fatos traduz ofensa ao princípio da lealdade processual e, assim, deve ser punida com o rigor da lei. Assim, por exemplo, afirmar que o contrato foi celebrado a título gratuito, quando o foi a título oneroso ou alegar contra cláusula contratual expressa que o locador assumiu a obrigação de pagar os tributos sobre o imóvel podem caracterizar, em tese, litigância de má-fé. Cabe registrar, porém, que às vezes, as divergências entre os fatos e as alegações decorrem de

erro da parte ou, mesmo, de falta de cuidado (negligência), situações que não caracterizam litigância de má-fé.

3. *Interposição de recursos protelatórios* – interposição dos recursos legalmente admitidos não caracteriza, em princípio, litigância de má-fé. A parte vencida tem o direito de ver suas razões apreciadas pela instância superior, mesmo na hipótese de mera reiteração das alegações da inicial ou da contestação. E mesmo em se tratando de argumentação bisonha ou inconsistente, não há falar em litigância de má-fé como tem sido decidido. A ausência de razões, por si só, não leva à punição, mas ao não conhecimento do recurso.

4. *Usar o processo para atingir fim ilegal* – processo é instrumento da jurisdição, isto é, deve ser utilizado para a realização de seus fins (atuação da ordem jurídica, solução dos conflitos, pacificação, segurança jurídica, justiça etc).Entretanto, em muitos casos, pode ser utilizado irregularmente para a obtenção de fim ilegal o ilícito. Como exemplo, o autor poderá forjar documentos para submeter o réu a execução objetivando desmoralizá-lo às vésperas de pleito eleitoral. Se ambas as partes agirem de má-fé, a hipótese se regerá pelo art. 129 (*verbi gratia* simulação de ação de despejo para desalojar o sublocatário).

5. *Opor resistência injustificada ao andamento do processo* - caracteriza-se pela prática de atos desnecessários ou inúteis com o propósito deliberado de retardar o desfecho do processo. Em regra, é o réu quem tem interesse em procrastinar a solução da lide, mas há casos especiais em que o autor pode tirar proveito da demora na prestação jurisdicional (*verbi gratia* não logrando provar suas alegações procura retardar o deslinde da causa para não responder desde logo pelos ônus da sucumbência).Não há falar em resistência injustificada ao andamento do processo quando o réu se limita a argüir preliminares (ainda que inconsistentes) ou requerer provas desnecessárias. Mas a retenção indevida dos autos poderá caracterizar a hipótese de que se cuida.

6. *Proceder de modo temerário* – Temerário (do latim, *temerarius, a, um*) significa precipitado, desatinado, atrevido. Nem sempre, porém, a precipitação ou o atrevimento caracterizam litigância de má-fé. É mister que a parte atue com a intenção de prejudicar o adversário, isto é, com dolo processual, não sendo suficiente, portanto, a culpa.

7. *Provocar incidentes manifestamente infundados* - a lei processual, atenta ao princípio da lealdade e às concepções modernas sobre o acesso á justiça e a efetividade do processo não pode tolerar incidentes manifestamente infundados que retardam o provimento jurisdicional. Assim, por exemplo, deve ser coibida a juntada extemporânea de documentos impertinentes com o propósito de procrastinar a solução da lide. A repetição de requerimento anteriormente indeferido pode, também, caracterizar litigância de má-fé, salvo hipótese de erro justificado pelas circunstâncias. O oferecimento de contestação inconsistente ou a interposição de recurso anódino não caracterizam, porém, por si sós, litigância de má-fé. Nem mesmo a interposição de recurso contra súmula de jurisprudência traduz, só por isso, litigância de má-fé. É que a Constituição da República assegura o direito à ampla defesa com os recursos a ela inerentes (art. 5º, LV) de modo que não pode o juiz cercear o exercício dessas garantias e pretexto de punir a litigância de má-fé.

Natureza da sanção por litigância de má-fé. Impropriedade da redação do art. 18

A doutrina tem emprestado à sanção por litigância de má-fé o caráter de penalidade, tanto que o art. 18 do CPC autoriza sua imposição de ofício pelo juiz. Há, porém, impropriedade na redação do art. 18 porque o legislador não faz distinção entre penalidade e indenização.

Somente como penalidade se compreende a imposição de ofício de que trata a lei. Se se cuidar de indenização superior a 20%, terá de ser pleiteada pela parte prejudicada e observado o princípio do contraditório. Nesse sentido, apresentamos proposta que se converteu no Enunciado n.32 do Centro de Estudos do 2º TACivil: “a penalidade por litigância de má-fé pode ser imposta pelo juiz, de ofício, respeitado o limite de 20% do valor atualizado da causa, mas a indenização dos prejuízos, excedente desse limite, depende de pedido expresso da parte, submete-se ao princípio do contraditório e é liquidável por arbitramento.”

Imposição da penalidade aos advogados

A sanção por litigância de má-fé não pode ser aplicada aos advogados cuja responsabilidade tem disciplina própria no art. 32 da Lei 8.906/94 (Estatuto do Advogado) que dispõe: “o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. Parágrafo único - Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria”.

O Ministério Público também não pode ser litigante de má-fé, devendo responder, em caso de dolo ou fraude na forma do art. 85 do CPC.

Em que momento a sanção deve ser aplicada

A lei não esclarece o momento em que a sanção por litigância de má-fé deva ser aplicada. Assim, em princípio, o juiz poderia impor a sanção logo após a prática do ato que a justificasse.

Em certos casos, ante a evidência do procedimento irregular, não precisará o juiz a sentença para punir o litigante de má-fé.

Entretanto, afigura-se mais prudente que o juiz aprecie o comportamento da parte no momento da sentença, oportunidade em que examinará o conjunto dos autos e, assim, terá condições de decidir com maior segurança e critério.

Agravo de Instrumento e litigância de má-fé

Com a recente alteração no regime do agravo de instrumento, aumentou extraordinariamente o volume de serviços da segunda instância. É que a interposição do recurso se faz, agora, diretamente ao tribunal com distribuição imediata ao relator a quem a lei conferiu o poder de suspender a eficácia da decisão agravada quando houver risco de lesão grave e de difícil reparação e for relevante a fundamentação (CPC, art. 527, II e 558).

Diante disso, tem sido apresentadas diversas propostas de modificação do sistema (*verbi gratia* enumeração taxativa dos casos de agravo de instrumento, retorno ao regime anterior e, até mesmo, eliminação do recurso).

Temos para nós que alguma coisa está mal explicada nisso tudo. Se o número de agravos aumentou exageradamente é porque algum fato novo se verificou. Teria aumentado o número de decisões equivocadas? Seria o aumento decorrente da maior eficiência do novo regime na correção dos equívocos cometidos? Estaria crescendo a litigância de má-fé?

Temos para nós que o novo regime é, inquestionavelmente, melhor que o anterior e, quando adequadamente aplicado, vem atender aos anseios de agilização e desburocratização. Sucede, porém, que, possivelmente influenciados pela euforia da reforma, alguns advogados vêm utilizando indiscriminadamente o agravo de instrumento gerando o quadro de estrangulamento que hoje se observa em alguns tribunais.

Cabe aos tribunais, pois, utilizar adequadamente os instrumentos que a lei processual lhes concede para a repressão à litigância de má-fé. Se, contudo, se verificar que o aumento do número de recursos decorre das deficiências da máquina judiciária a solução que se preconiza é a ampliação dos quadros da magistratura, providência que, em qualquer caso, já deveria ter sido adotada.

Atos atentatórios à dignidade da Justiça

A nova redação dada ao art. 601 do CPC representa avanço em relação ao texto anterior que previa medida anódina para punir os atos atentatórios à dignidade da justiça (proibição de o devedor falar nos autos). A multa prevista pelo legislador não se mostra, porém, suficiente para restabelecer a dignidade e o

prestígio da justiça. A gravidade dos atos elencados no art. 600 está a reclamar providências mais enérgicas e eficazes.

Diante disso, apresentamos recentemente, no Congresso de Direito Processual Civil realizado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) proposta assim resumida. Os atos atentatórios á dignidade da justiça devem ser punidas com maior rigor. A Constituição Federal somente proíbe a prisão civil por dívida não incluindo, pois, na vedação, a prisão por atos atentatórios á dignidade da justiça. Assim, a lei processual poderá dispor sobre a matéria, sem veto constitucional.

A litigância de má-fé, os atos atentatórios á dignidade da justiça, o abuso no direito de demandar não são fenômenos de nossos dias. É recente, porém, a preocupação em dotar o juiz de instrumentos de eficazes para a repressão desses atos. A lei vigente deu um passo adiante nesse sentido ao autorizar a imposição de ofício de multa por litigância de má-fé. Mas é preciso avançar mais, razão porque propomos, *de lege ferenda*; a) seja estabelecida diferença entre penalidade por litigância de má-fé (que pode ser fixada e ofício) e indenização por danos (que depende de pedido e submeter-se ao princípio) e indenização por danos (que depende de pedido e submete-se ao princípio do contraditório); b) sejam agravadas as multas de que trata o art 538, parágrafo único; c) seja punida com multa de 5% sobre o valor da causa a interposição de agravo proletário; d) seja admitida por lei a prisão civil para punir atos atentatórios á dignidade da justiça.

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

MULHER CASADA AQUISIÇÃO E PERDA DO NOME

Benedito Silvério Ribeiro
Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo

Foram os usos e costumes que estabeleceram regras para a formação dos nomes das pessoas físicas, deixando margem a que fossem modificadas, sem uma normatização outorgada pelo direito positivo. O primeiro preceito normativo conhecido data de 26 de março de 1555 e foi promulgado por Henrique II, da França, através da “Ordonnance d’Amboise”, e visava regular o direito do nome. A mudança de nome e das armas ficou dependendo de permissão, sob pena de multa, de processo por falsidade e desautorização do autor de todo grau e privilégio de nobreza. A proibição foi repetida no Código Michaud, ordenança de 1629.

Malgrado a existência de outras leis referentes ao nome, cabe ressaltar a Lei de 11-12, Germinal, ano XI (1º de abril de 1803), que impôs, no seu art. 1º, os nomes em uso nos diversos calendários e aqueles dos personagens conhecidos da história antiga como únicos a serem recebidos, como prenomes, nos registros do estado civil destinados a constatar o nascimento das crianças, sendo defeso aos oficiais públicos admitir algum outro nos respectivos atos. Persistirem os usos e costumes a nortear a formação do nome das pessoas, à vista das regulamentações parciais sobre o assunto.

De 1932, o Código de Registro Civil de Portugal preceituou, no seu art. 242, que os nomes próprios não podiam ser mais de dois, nem mais de três os apelidos, um da mãe e dois do pai, devendo o último ou os últimos serem os do pai ou da família paterna.

No Brasil, não houve qualquer regulamentação e a questão relativa ao nome gozou de grande arbitrariedade. A Nova Consolidação das Leis Cíveis, de Carlos de Carvalho (Império e começo da República), ao tratar do registro civil de nascimento, casamentos e óbitos, estatuiu que deveria constar no assento de nascimento “o nome e sobrenome que forem ou houverem de ser postos à criança”. O Reg. 18.542/28, não obrigou a imposição do sobrenome paterno, tanto que outro diverso poderia ser dado.

O Dec. 4.857, de 9/11/39, foi o primeiro diploma que fixou normas para o assento de nascimento (art.68), fixando, entre as diversas exigências, aquela referente ao “nome e prenome, que forem postos à criança” e quanto aos “nomes e prenomes, a naturalidade, a profissão dos pais”. O art.70 foi modificado pouco mais

de três meses depois, através do Dec. 5.318, de 29/2/40, quando permitiu ao interessado, no primeiro ano após haver atingido a maioridade, “alterar o nome, desde que não prejudique aos apelidos da família, fazendo-se a averbação com as mesmas formalidades e publicações pela imprensa”.

Segundo os doutos, o dispositivo focado contém um novo princípio, de que seria obrigatória a colocação do nome da família na pessoa registrada. A vigente Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), com as exclusões devidas (cor e qualificação dos filhos), manteve, com leves mudanças de redação, as disposições anteriores, conforme consta nos arts. 54 e 56.

No tocante ao uso pela mulher do nome do marido, cabe sinalar que na França, durante séculos encontrava-se o fundamento nas normas costumeiras, com existência incidental no CC, conforme modificação legislativa de 6 de fevereiro de 1893, relativamente aos arts. 299 e 311. No CC alemão existe dispositivo, de igual forma que no italiano, permitindo este à viúva, ainda, o direito de continuar usando o nome do marido.

A adoção do nome do marido encontra fundamento na afirmação do poder marital.¹ A família antiga era uma associação religiosa, tendo aí a origem o poder marital. Segundo Fustel de Coulanges, a família era um grupo de pessoas às quais a religião permitiria invocar os mesmos manes. O parentesco era a comunidade dos mesmos deuses domésticos, somente se transmitindo de varão para varão. O laço de sangue (*cognatio*) não bastava para estabelecer o parentesco; era necessário o laço de culto (*agnatio*). A partir do casamento, a mulher não tem nada mais em comum com a religião doméstica dos pais, passando a sacrificar os manes do marido.² A mudança do nome era conseqüência natural da saída da família do âmbito do pai para a do marido. O poder marital do direito romano – *potestas* – despontava como superior á autoridade do marido, reduzida pela legislação civil á chefia, administração, autorização, decisão em nome da mulher e proibição.

O denominado poder marital implicou predomínio hierárquico, não mais existente, não só à vista do princípio da igualdade jurídica dos cônjuges, em que esse poder e a autocracia do chefe de família restaram substituídos por comum acordo entre marido e a mulher, que exercem igualmente os direitos e deveres à sociedade conjugal (§ 5º do art. 226 da Constituição).

O Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62) já havia restringido o poder do marido, substituindo-o pela autoridade conjunta e indivisa, afastando a submissão legal da mulher e outorgando relevantes conquistas de direitos (chefia material e moral dos filhos, exercício conjunto do pátrio poder, colaboração na administração do patrimônio comum, profissão, bem reservado, domicílio conjugal, concurso no sustento da família, administração dos bens dos filhos, conforme decisão do casal).

Em suma, a adoção do nome do marido pela mulher, no entender de abalizados autores, encontra razão no fato de ser o cabeça de casal, de tratar-se de uma expressão da “união dos esposos” e “afirmação do poder marital” (Rubens Limongi França), da preeminência do marido, por assumir a mulher os seus apelidos (Orlando Gomes) e do costume a que a lei deu guarida (Clóvis Beviláqua).

O Dec. 181, de 24/01/1890, pelo qual foi instituído no Brasil o casamento civil, estatuiu ser um dos efeitos do casamento civil “conferir à mulher o direito de usar o nome de família do marido e gozar de todas as suas honras e direitos que, pela legislação brasileira, se possam comunicar a ela” (art. 56, § 4º). O dispositivo foi literalmente repetido na Consolidação Carlos de Carvalho, no art. 1.433, § 4º.

Normatização do uso do nome pelo casamento

Trata-se de hipótese ilegal de uso do nome do marido pela mulher decorrente de ato jurídico, de natureza constitutiva. Preceitua o parágrafo único do vigente art. 240 do CC que “a mulher poderá crescer aos seus apelidos do marido”. Disponha originalmente o CC: “A mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos domésticos”. O Estatuto da Mulher Casada modificou a redação, assim resultando: “A mulher assume, pelo casamento, os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte, colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta”.

De início, é de ressaltar que houve acirradas discussões no concernente ao uso pela mulher do nome do marido, entendendo autores de grande envergadura que se cuidava de direito, enquanto outros aduziam tratar-se de obrigação. Prevaleceu o ponto de vista de que a expressão contida na lei (“assume”) impingia obrigatoriedade à mulher, pois os apelidos seriam componentes essenciais da sua denominação.³ No entanto, com a redação dada ao art. 240 do CC pela Lei do Divórcio, não subsiste dúvida que cabe à mulher optar pelo uso ou não dos apelidos do marido, uma vez que deles irá fazer uso, sendo a titular do direito ao nome de casada.

O vocabulário *apelidos* guarda relação com o nome de família, significando o sobrenome das pessoas, segundo as suas diferentes famílias. Diz Pedro Nunes ser apelido o mesmo que *nome de família*, *nome patronímico*, ou simplesmente *patronímico*. Designa, ordinariamente, a família a que o indivíduo pertence; indica a sua filiação.⁴ O uso pode ser exercido desde o momento da celebração do casamento, tanto que o assento deve ser lavrado, exarando-se, além de outras exigências, o nome que passa a ter a mulher, em virtude do casamento (art. 81, 8, da Lei de Registros Público).

Convindo livremente ao casal na manutenção o nome de solteira ou na composição de um nome de casada, sendo o assunto de interesse da mulher, tem-se, contudo, que não cabe posterior modificação, no caso de terem sido adotados os apelidos nos tempos hodiernos menos distanciados, que desponta predomínio da vontade pela inserção do nome do marido nos assentos de casamento.

Composição do Nome de Casada

De início, é preciso ressaltar que, para a adoção dos apelidos do marido, não deverá a mulher abdicar dos seus próprios, de vez que está autorizada tão-somente a acrescer o nome de família do consorte. Porquanto se cuide, assim, de interpretação literal, tem sido conferido à mulher o direito de retirar de seu nome um ou alguns dos seus apelidos de família, para permitir o adição daqueles do marido. O entendimento que tem dominado é o de que não ocorre abandono dos apelidos de família adquiridos ao nascer, mas que são mantidos, somente não sendo usados, tanto que um dos efeitos da separação e do divórcio é o direito de retorno ao nome de solteira. Dessa forma, prevendo a lei que a mulher “poderá acrescer” (a não que “só poderá acrescer”), sendo-lhe também permitido não adicionar o nome do consorte, não se depara com preceito legal que imponha seja mantido, ao se casar, o seu nome integral, daí somando os apelidos do marido.⁵

Em orientação aos Cartórios de Registro Civil da Comarca da Capital, com relação ao assento de casamento, fixou a 2ª Vara de Registros Públicos de São Paulo que a mulher pode: a) conservar o seu nome por inteiro ; b) acrescer ao seu apelido os apelidos do marido e c) retirar um ou alguns dos seus apelidos de família a crescer os do marido. Vindo, todavia, a mulher viúva ou divorciada a convolar novas núpcias, embora portanto o nome do ex-cônjuge, não se afasta que poderá vir a adotar os apelidos do segundo marido, mas deverá fazê-lo em acréscimo ao seu nome de solteira.⁶

Ao se enviudar, não fica vedado à mulher requerer em juízo a supressão do nome do finado consorte, retornando ao nome de solteira, uma vez que o direito ao seu uso é personalíssimo. O direito ao uso de pseudônimo ou de nome artístico deve restringir-se apenas aos casos em que tenha de assinar em negócios referentes à atividade de artista ou de autora.

O nome da mulher no casamento putativo retornará ao anterior, sendo nulo ou vindo a ser anulado o conúbio, não subsistindo, pois, os seus efeitos. O art. 221 do CC resguarda efeitos civis até o dia da sentença em relação ao cônjuge que esteja de boa-fé. Todavia, a mulher que, ao se casar, esteja de boa-fé e tenha adotado o nome do marido, poderá mantê-lo, mesmo depois de ser declarado nulo o casamento putativo. Em se tratando de um direito, é possível à mulher renunciar ao nome do varão, com o retorno ao seu nome de solteira.

Uso pelo varão dos apelidos da mulher

Como já visto, se deriva do poder marital o uso pela mulher dos apelidos do marido, apesar da facultatividade contida na lei, conclui-se que revogado se acha o dispositivo, em razão de incompatibilidade

com o preceito constitucional de igualdade jurídica entre o homem e a mulher, no que concerne à sociedade conjugal (§ 5º do art. 226 da CF). No entanto, analisada a questão sobre outro ângulo, levando-se em conta o costume quanto ao uso do nome do varão, rejeitada a tese da revogação, há opiniões no sentido de plena vigência do preceito inserto no parágrafo único do art. 240 do CC.

Assinala Maria Helena Diniz que a CF de 1988, no art. 226, § 5º, estabeleceu a igualdade no exercício dos direitos e deveres do homem e da mulher na sociedade conjugal, que deverá servir de parâmetro à legislação ordinária, que não poderá ser antinômica a esse princípio. Os cônjuges deverão exercer conjuntamente os direitos e deveres relativos à sociedade conjugal, não podendo um cercear o exercício do direito do outro. Não vislumbramos na nova CF, ante o art. 5º, I, que propugna a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, que é uma norma geral, uma isonomia entre marido e mulher relativa aos seus direitos e deveres, pois o art. 226, § 5º da lei maior, sendo norma especial que prevalece sobre a geral, refere-se ao igual exercício dos direitos e deveres do marido e da mulher na sociedade conjugal, arrolados no CC, arts. 223 e ss. e 240 e ss., ainda vigentes. Logo, não nos parece que tais normas contidas no nosso CC tenham perdido o seu sentido, fazendo, por exemplo, com que não haja diferença na idade núbil (TJRS, Ap. 589007053, 1ª Câmara Civil, j. 18.4.1989); com que o marido passe a ter direito de adotar os apelidos de sua mulher (AASP, 1.839:90); ou com que a mulher perca a reserva de bens.⁷

O TJSP, ao julgar recurso proveniente de Lins (SP), assentou, por maioria de votos, ser possível o homem adotar, com o casamento, o nome da mulher, aduzindo que a situação de superioridade daquele em relação a esta foi modificado, em face de uma nova realidade social, vindo a dispor a CF expressamente que os direitos e deveres do homem e da mulher, referentes à sociedade conjugal, sejam exercidos com equidade.

Afirmando o julgado que os juristas não têm abordado o tema, lembrou que o Limongi França aponta como inevitável conseqüência jurídica o direito de o marido usar o nome da mulher.⁸ Comporta reparos a assertiva de ausência de lei para a adoção do nome da mulher, conforme também ressaltado no douto voto vencido. Por primeiro, cumpre reconhecer que não há desarmonia entre o texto constitucional e a regra na lei civil. Em segundo lugar, tem-se que, ausente referida incompatibilidade, a outorga de direitos pela lei maior obriga o reconhecimento deles, independentemente da elaboração da norma, correspondendo o direito de ação a qualquer direito (art. 75 do CC).

Perda do nome adquirido pelo casamento

As causas de perda do patronímico adquirido pelo casamento consistem nas seguintes: separação judicial, anulação do casamento, viuvez, posterior casamento da viúva, mau procedimento desta ou da separada legalmente, divórcio e também união estável. A disposição contida no art. 324 do CC era do seguinte teor: "A mulher condenada na ação de desquite perde o direito a usar o nome do marido (art. 240)". Não se arredava, contudo, o reconhecimento da perda do nome no caso de anulação do casamento, pois, desaparecida a razão principal do uso, não subsistiam as conseqüências.

A questão referente à viúva já foi analisada, justificada a continuidade do uso do nome do marido pelos costumes e princípios gerais de direito, vindo de muito longe em nosso ordenamento jurídico a usufruição dos privilégios do ex-marido, entre eles o relativo ao nome. Conforme também sinalado, a perda ocorrerá vindo a viúva a se remaridar. A união estável da mulher viúva ou divorciada que tenha mantido o nome do marido também pode acarretar a perda do seu uso, de vez que evento dessa natureza ocasiona a cessação de alimentos, usufruto e habitação. O mau procedimento, seja da viúva, seja da mulher separada legalmente, permite a propositura de ação buscando o cancelamento do uso do nome.

O art. 324 do CC não tem mais vigência, uma vez que a matéria encontra-se derogada pelos arts. 17 e 18 da Lei do Divórcio. Os preceitos focados cuidam da separação judicial (antigamente desquite), regulando satisfatoriamente a questão atinente ao não-uso ou perda do nome. A renúncia por acordo é irretratável e só por reconciliação será possível o retorno ao nome do cônjuge.

Perda do Nome pelo Divórcio

A Lei do Divórcio foi omissa quanto ao nome da divorciada. Antes do advento da Lei 8.408, de 13/02/1992, era dominante o entendimento de que se estivesse solvido na separação o problema referente ao nome, não haveria o que ser discutido na conversão em divórcio da separação. Afastadas foram as ponderações de que, com o divórcio, estaria desfeito o vínculo conjugal, daí a admissibilidade de uso do nome marital pela mulher. O entendimento dominante foi o da aplicação analógica das normas concernentes à separação judicial.⁹

Com o advento da Lei 8.408/92 foi introduzido parágrafo ao art. 25 da Lei 6.515/77, do seguinte teor: “Parágrafo único: A sentença de conversão determinará que a mulher volte a usar o nome que tinha antes de contrair matrimônio, só conservando o nome de família do ex-marido se a alteração prevista neste art. acarretar: I – evidente prejuízo para a sua identificação; II – manifesta distinção entre o seu nome de família e dos filhos havidos da união dissolvida; III - dano grave reconhecido em decisão judicial”. A regra geral é, pois, da perda do nome no divórcio, seja consensual ou litigiosa a conversão.

Embora tenha a Lei do Divórcio somente se referindo à “ação de conversão de separação judicial em divórcio”, cedo tranqüilizou-se a jurisprudência no sentido da admissibilidade da “conversão consensual da separação judicial em divórcio”, mas, qualquer que seja a forma de conversão, a conversão do nome de família do ex-marido pela divorciada somente se admite nas hipóteses excepcionais pelo legislador.¹⁰

O Superior Tribunal de Justiça, no recurso especial 57.007-7-RJ, apreciou questão em que o TJRJ entendeu, em pedido de conversão de separação consensual em divórcio, voltasse a mulher a usar o seu nome de solteira, apesar de anterior à Lei 8.048 o acordo efetuado na separação. A ementa assim restou: “Não concorrendo motivo que se enquadre nas exceções da lei, quando da conversão da separação judicial em divórcio, a sentença determinará que a mulher volte a usar o nome que tinha antes de contrair o matrimônio. Trata-se de norma cogente de incidência imediata. Recurso conhecido e provido.”¹¹

Questão que induz certa divergência diz respeito ao nome que deverá a mulher usar após a conversão em divórcio da separação judicial. Não desponta dúvida quando se tratar de caso em que não tenha sido na separação reservado à mulher o nome do ex-marido, de forma que será o de solteira. No entanto, se reservou para si, em anterior divórcio, o sobrenome do ex-marido e com ele veio a se separar, sem que tivesse havido qualquer modificação no seu conteúdo, afigura-se correto afirmar que o nome que portava a mulher antes do segundo divórcio não seria o de solteira, mas sim aquele acrescido com os apelidos do ex-cônjuge.

No entanto, se o objetivo primacial da Lei 8.408 foi o de permitir, em caráter excepcional, nas hipóteses nela expressamente previstas, a conservação do nome de casada, uma vez que o divórcio desfaz todos os vínculos do matrimônio, cabe ressaltar que o nome a ser usado será o de solteira, e não o de anterior casamento, no caso de ter mantido o apelido do ex-marido.

Por final, impende realçar que as hipóteses de permissibilidade da manutenção do nome adquirido com o casamento ostentam caráter excepcional. À mulher compete provar a existência de *evidente prejuízo à sua identificação*. É o caso de notoriedade em atividade empresarial, social, literária ou artística, em que a perda do nome ocasionará dificuldades á identificação da pessoa (Luiza Brunet é empresária e possui grife com seu nome, tendo conservado o sobrenome do primeiro casamento; Lygia Fagundes Telles tem o sobrenome do ex-marido incorporado com autora famosa de livros, Lucinha Lins utiliza o sobrenome de Ivan Lins, por ele artisticamente conhecida).

A questão de manifesta distinção entre o nome de família da mulher e os dos filhos havidos da união dissolvida poderá prejudicar a prole, em razão de situações constrangedoras derivadas do desencontro dos nomes de família. Os filhos geralmente têm o nome de família da mãe, podendo pleiteá-la através de retificação do registro, na hipótese de não tê-lo.

O TJSP acolheu recurso contra decisão, em processo de conversão de separação em divórcio, no qual determinou o magistrado o retorno ao nome de solteira da mulher, embora acordado que seria conservado o de casada. Aceitou o julgado, fazendo-o até com certa liberalidade, em manter o apelido de família a fim

de evitar distinção entre o nome de família da recorrente e o da filha que, ao casar, poderá, cortando um dos seus nomes, optar pela permanência daquele do pai.¹²

Com relação ao dano grave reconhecido em decisão judicial, ficará a sua apuração dependendo do poder discricionário do juiz, caindo-se na casuística. A participação da mulher na sociedade que detenha o seu nome como razão social poderá detrimetosa, caso tenha que ser modificada. Carvalho Santos, analisando o art. 324 do CC, que trata da perda pela mulher do nome do marido, em caso em que tenha sido condenada na ação de desquite, afirma não ser lícito à mulher usar o nome do marido no exercício do comércio, a que se entregou, com a autorização dele, quando ainda não eram desquitados.

Assevera que se o nome do marido, porém, foi dado ao estabelecimento comercial da mulher, com a devida autorização, e se esse nome foi registrado como comercial, faça ou não faça parte de qualquer marca de fábrica, mesmo depois do desquite, seja ou não julgada culpada, conserva a esposa o direito de empregar o nome do marido. É que ali o nome deste não é empregado como tal, mas como propriamente da mulher, como distintivo da sua casa comercial. É uma marca como outra qualquer, cuja propriedade é regulada por princípios especiais, não suscetíveis de qualquer influência do artigo comentado.¹³

DIREITO CONSTITUCIONAL

ASPECTOS PROCESSUAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Sydney Sanches
Ministro do Supremo Tribunal Federal

Temos, entre nós, o controle de constitucionalidade de todos os atos administrativos e normativos, federais, estaduais e municipais, pelo sistema difuso, de inspiração norte-americana, realizado, no Brasil, por qualquer juiz singular ou tribunal (órgão colegiado), este no exercício de competência originária ou recursal; o controle concentrado, *in abstracto*, em relação a leis ou atos normativos federais e estaduais, segundo a inspiração de modelos europeus, deferida, para esse fim, competência exclusiva ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, *a*, da CF), permitido, também, aos Tribunais de Justiça dos Estados o controle de constitucionalidade de Leis ou Atos Normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º) e o controle direto de constitucionalidade, por razões que podem levar à intervenção federal nos Estados, ou dos Estados em seus municípios (arts. 34, V, 35, V, 36).

A primeira Constituição republicana brasileira, de 24/2/1891, já previa o controle de constitucionalidade, pelo sistema difuso, ao admitir recurso, para o Supremo Tribunal Federal, contra decisões de juízes e Tribunais Federais ou Estaduais, que houvessem tratado de questões constitucionais federais (art. 59, "2" e § 1º, *b*).

Em linhas gerais, o controle, pelo sistema difuso, foi mantido nas Constituições de 1934 (art. 76, *a b e c*), de 1937 (art. 101, *b e c*), de 1946 (art. 101, III, *a, b e c*), de 1967 (art. 114, III, *a b e c*) de 1969 (Emenda Constitucional 1 /69) (art. 119, II, *a, b e c*), e de 1988 (art. 102, III, *a, b e c*).

Esta última, de 5/10/1988, diz, no art. 102, que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe, quanto ao que aqui interessa, julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: contrariar dispositivos da Constituição (III, *a*); declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (III, *B*); ou julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição.

O parágrafo único do mesmo art.102 acrescenta que a arguição de descumprimento de preceito fundamental da Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. Como a lei, aí prevista ainda não existe, tal competência do Supremo Tribunal Federal ainda não pode exercitada.

Os dispositivos das sucessivas Constituições republicanas do Brasil, desde a 1ª, de 1891, até os da atual, de 1988, sempre deixaram, senão explícito, pelo menos implícito, que as instâncias ordinárias da Justiça

brasileira, federal ou estadual, de 1º ou 2º grau, podiam examinar questões constitucionais federais, com recurso, em última e extraordinária instância, para o Supremo Tribunal Federal.

Por isso mesmo, as leis infraconstitucionais, que regulam o processo das ações em juízo, no Brasil, a partir de 1891, sempre estabeleceram que os juízes de primeiro e segundo graus, seja na área da Justiça da União e dos Estados (processo civil e penal), seja na área reservada à Justiça Militar (processo penal), à Justiça do Trabalho (processo trabalhista), ou à Justiça Eleitoral, nos limites de sua jurisdição e competência, podiam e podem decidir todas as questões de fato e de direito suscitadas no processo, inclusive, portanto, as de direito constitucional.

A constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, pode ser declarada, incidentalmente, por qualquer juiz ou tribunal, sempre nos limites de sua jurisdição e competência, originária ou recursal, ainda que não suscitada pelas partes, desde que necessária ao julgamento da ação ou do recurso, para extinção do processo com ou sem exame do mérito. E como, nesses casos, a decisão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei tem caráter meramente incidental – e não principal – sua eficácia opera, apenas, *inter partes*, não assim, *erga omnes*.

Em se tratando, porém de decisão do Supremo Tribunal Federal, que, no exercício de sua competência originária ou recursal, declare incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei, será feita, logo após, a comunicação à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 52, X da CF, ou seja, para que este suspenda a execução (da lei), no todo ou em parte, conforme o decidido pela Corte. Neste caso, a decisão incidental do Supremo Tribunal Federal, que já possuía eficácia *inter partes*, passa a tê-la *erga omnes*.

Reza o art. 97 da CF que somente pelo voto da maioria de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Trata-se de norma geral sobre requisito de validade da declaração, esta aplicável não apenas à de caráter incidental como, também, à de caráter principal.

No Supremo Tribunal Federal, integrado por onze ministros, o julgamento se realiza com *quorum* (mínimo) de oito e a constitucionalidade ou inconstitucionalidade somente se declara se num ou noutro sentido se tiverem manifestado seis Ministros (art. 173 do RISTF).

Dos Tribunais Superiores, o único que não julga recurso sobre questões constitucionais decididas na instância de origem é o Superior Tribunal de Justiça, porque sua competência, em grau de recurso especial, cinge-se a apreciar apenas questões infraconstitucionais (art. 104, III, *a, b e c*).

Não está impedido, porém, o Superior Tribunal de Justiça de, mesmo no recurso especial, decidir, incidentalmente, sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei que esteja, por exemplo, sendo objeto de discussão no recurso especial. Nesse caso, caberá recurso extraordinário, para o Supremo Tribunal Federal, sobre a questão constitucional então suscitada e resolvida (art. 102, III, *a b e c*). Também pode decidir, incidentalmente, questões constitucionais, seja no exercício de sua competência originária, seja no julgamento de recurso ordinário (art. 105, I e II).

Mencionei, de início, o controle direto de constitucionalidade, que exerce o Supremo Tribunal Federal, na chamada representação interventiva. Trata-se de hipótese já prevista em Constituições anteriores, e que, na atual, de 1988, se regulou nos arts. 34, VII, 36, III, *in verbis*:

“Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais; a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública.

“Art. 36. A decretação da intervenção dependerá: III – de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, I”.

O tribunal, nesse caso, só verifica se tais fatos ocorreram, para, então, acolher o pedido de intervenção.

Referi-me, igualmente, ao controle direto de constitucionalidade, que pode ser feito pelos Tribunais de Justiça dos Estados, em se tratando de representação interventiva, ou seja, para intervenção dos Estados nos Municípios. Trata-se do disposto no art. 35, segundo o qual o Estado não intervirá em seus municípios, exceto quando: IV – o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual.

Há, ainda, no sistema constitucional brasileiro, o controle de constitucionalidade, concentrado, *in abstracto*, de lei ou ato normativo federal ou estadual, realizado, exclusivamente, pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, a, da CF).

E a Constituição, no art. 125, permite aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão. Quanto a este último, a questão se complica, quando a norma da Constituição estadual, que se afirma violada por leis ou atos normativos estaduais ou municipais, reproduz, no todo ou em parte, outra norma da CF.

Nesse caso, precedente do Supremo Tribunal Federal admite que o julgamento se faça no Tribunal Estadual, sob o enfoque da norma da Constituição estadual, com recurso para ele, Supremo Tribunal Federal, se no julgamento houver violação da CF.

A não ser assim, um Tribunal estadual poderá fixar o entendimento sobre matéria constitucional federal, com eficácia *erga omnes*. E, se não houver recurso para o Supremo Tribunal Federal, nesse caso, a eficácia *erga omnes* poderá ser questionada. De qualquer maneira, nesse caso, já não se poderá falar, a rigor, em controle concentrado, propriamente dito, pois, em tese, caberá recurso para o Supremo Tribunal Federal.

Passo, agora, a examinar o direito positivo brasileiro sobre a ação direta de inconstitucionalidade, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, que tem como precedente histórico a Representação de Inconstitucionalidade prevista na Emenda Constitucional 16, de 26.11.1965, durante, portanto, a vigência da Constituição de 1946 e que manteve-se na CF de 1967 e na Emenda Constitucional 1/69.

Diz o art. 102, I, a, da CF, que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Por aí se vê que não é admissível ação direta de inconstitucionalidade sobre ato normativo municipal, em fase da CF.

O controle de constitucionalidade de ato normativo municipal em face da CF só se realiza, então, pelo sistema difuso, não pelo concentrado. Até porque seria praticamente impossível, a um só tribunal, exercer o controle de constitucionalidade, *in abstracto*, de aproximadamente cinco mil municípios.

Também os atos meramente administrativos, sejam federais, estaduais ou municipais, somente se submetem ao controle de constitucionalidade pelo sistema difuso, já que seria igualmente impraticável deferir o controle concentrado a uma só corte.

Quando se trata de regulamento autônomo, ou seja, não de ato meramente regulamentar, mas de normatividade própria, originária, é juridicamente possível a ação direta de inconstitucionalidade, em face da CF, perante o Supremo Tribunal Federal, desde que se trate de ato normativo federal ou estadual. Não, assim, municipal.

Quando o ato meramente regulamentar ultrapassa os limites da lei, não cabe, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o controle de constitucionalidade, porque se trata, antes, de uma ilegalidade. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal (art. 103): I – o

Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa; V – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A Presidência da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados e a Procuradoria-Geral da República, dada a própria natureza das instituições, podem promover ação direta de inconstitucionalidade (em face da CF) de leis ou atos normativos federais ou estaduais, quaisquer que eles sejam, independentemente da pertinência entre o colimado na ação e a área de atribuições e competências de cada uma delas.

Assim, também o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por suas finalidades institucionais, destacado que foi, nesse ponto, pelo constituinte, em inciso especial, embora sem essas finalidades, configure, ao mesmo tempo, uma entidade de classe de âmbito nacional. Já as Mesas de Assembléias Legislativas e os Governadores dos Estados só podem promover ações diretas de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos federais.

Quanto às leis e atos normativos de outros Estados, essa legitimidade só se mantém se houver pertinência objetiva com a defesa dos direitos e interesses do Estado promovente, ou seja, quando a lei ou ato normativo do outro Estado ensejar sacrifício a direito ou interesse legítimo do proponente da ação, decorrente, direta, ou indiretamente, da CF. Ou, então, se tiver em jogo o princípio federativo, por cuja eficácia também aos Estados cabe zelar.

Quanto aos partidos políticos, basta que tenham representação no Congresso Nacional, podendo ser apenas em uma das Casas, ou seja, no Senado ou na Câmara dos Deputados. No âmbito sindical, somente a confederação, entidade de terceiro grau, tem legitimidade para a propositura da ação. Não, assim os sindicatos (entidades de primeiro grau), nem as federações (entidades de segundo grau).

Também não têm legitimidade entidades que reúnam diferentes categorias sindicais de trabalhadores, como é o caso das centrais, pois não se caracterizam como confederações.

Quanto às entidades de classe de âmbito nacional, legitimadas à propositura da ação direta de inconstitucionalidade, estão incluídas apenas as referentes a categorias profissionais ou econômicas. Não as chamadas classes sociais, ou segmentos da sociedade reunidos em associação, mas sem aquele caráter.

Assim, não têm essa legitimidade ativa, na ação direta, as entidades estranhas à defesa de interesses profissionais ou econômicos de uma mesma categoria. Por exemplo associações de amigos da democracia, ou de proteção à natureza, aos direitos humanos, enfim, destinados à preservação de valores outros (sempre sumamente respeitáveis, é claro, mas não voltados aos direitos e interesses de categoria profissional ou econômica).

Também não se legitimam à propositura entidades que reúnam, a um só tempo, associações civis entidades sindicais, pois a Constituição as tratou separadamente, inclusive quanto à legitimação. Nem as que configurem uma reunião de associações, ou seja, uma associação de associações, pois, nesse caso, os representados pela associação são as próprias associações e não, diretamente, seus filiados.

Por outro lado, para se caracterizarem como entidades de classe de âmbito nacional, hão de estar filiadas pessoas radicadas em pelo menos no vê Estados da Federação, à semelhança do que se exige, como índice de representativa mínima, para efeito de registro provisório, aos partidos políticos, que também precisam ser nacionais.

Por outro lado, tanto as Confederações Sindicais, quanto as entidades de classe de âmbito só terão legitimidade para, em ação direta, impugnar leis ou atos normativos, federais ou estaduais, que envolvam, direta ou indiretamente, direitos ou interesses da categoria ou da classe que representam.

Essas interpretações não extensivas ao Supremo Tribunal Federal visam evitar a vulgarização da ação direta de inconstitucionalidade e possibilitar à corte o exercício efetivo de sua missão, o que seria praticamente impossível se fosse menos exigente, no ponto, ou seja, na interpretação do IX do art. 103.

A eficácia da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, com observância do *quorum* já referido, declarando a procedência, total ou parcial do ato, ou sua improcedência, ou seja, inconstitucionalidade total ou parcial da lei ou do ato normativo impugnado, ou sua constitucionalidade, tem eficácia *ipso jure e erga omnes*, ou seja, independentemente de qualquer comunicação ao Senado Federal, ou de ato deste para sua suspensão, que só exigem quando se trate de controle incidental, não concentrado.

Na ação direta de inconstitucionalidade, em que se impugna lei ou ato normativo, em teses, *in abstracto*, não há interesses concretos ou diretos subjetivos em jogo. Por isso mesmo não há partes propriamente ditas, não se admite intervenção de assistentes, não há partes propriamente ditas, não se admite intervenção de assistentes, não há juízes impedidos e não se permite desistência. Aliás, são ouvidos os órgãos que elaboraram as leis ou os atos normativos impugnados, para que prestem as informações e não para defender direito próprio ou alheio. E tais informações podem até ser dispensadas (RISTF).

A inexistência, porém, de força vinculante, nessas decisões do Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade, tem acarretado inúmeros percalços, junto aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, pois permite que aqueles renovem os atos declarados inconstitucionais, e o que é pior, enseja que este último, o Judiciário, em seus vários segmentos, insista em decidir sobre as mesmas leis ou atos normativos, segundo seu próprio convencimento, sem levar em conta o decidido pela Corte Suprema, com eficácia *erga omnes*.

Uma das competências mais expressivas do Supremo Tribunal Federal, afora essa de processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade, é a prevista no art. 102, I, p, da CF, segundo o qual pode a corte deferir pedido de medida cautelar, no respectivo processo. Assim, ao deferi-la, pode suspender, no todo, ou em parte, a eficácia de leis ou atos normativos federais ou estaduais.

E já chegam a 1.516 as ações ajuizadas, em 99,99% das quais há requerimentos de medida cautelar, às vezes envolvendo todo o texto, às vezes apenas parágrafos, incisos ou certas expressões, cuja suspensão pode mudar até o sentido e o objetivo da lei, e que, todavia, não se permite a um legislador negativo, como é o órgão incumbido do controle de constitucionalidade.

Via de regra, as medidas cautelares têm eficácia *ex nunc*. Vale dizer, eventual suspensão da lei ou ato normativo impugnado só produz efeitos a partir da publicação do resultado do julgamento no *Diário Oficial*. Excepcionalmente, porém, a cautelar terá eficácia a partir de outro momento, em face das peculiaridades do caso.

Já a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo tem eficácia *ex tunc*, embora, durante certo tempo, a jurisprudência do tribunal admitisse a eficácia apenas *ex nunc*.

Aliás, tudo que venho afirmando é o que tem sido assentado pelo Supremo Tribunal Federal, às vezes por maioria, escassa ou não, às vezes por unanimidade.

Antes a jurisprudência do tribunal admitia o julgamento de mérito de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo revogado após sua propositura, em face de eventuais efeitos residuais. Ultimamente, porém, a orientação é em sentido contrário, ou seja, revogada a lei ou o ato normativo impugnado na ação direta, esta se julga prejudicada, por falta de objeto, já que nela não se consideram eventuais efeitos residuais, cujo exame fica relegado para o controle *in concreto*, *inter partes* e não *in abstracto*.

Por outro lado, só admite a jurisprudência do Tribunal ação direta de inconstitucionalidade em que se impugne lei ou ato normativo, federal ou estadual, posterior à Constituição. Não, assim, quando anterior a esta. É que, na ação direta, a missão da corte é preservar a Constituição em vigor. E não a anterior. Quando a esta última, exerce seu controle pela via incidental do sistema difuso.

O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal. É o que determina o § 1º do art. 103 da CF.

Essa determinação tem esmagado a Procuradoria-Geral da República, cuja equipe, embora moral e intelectualmente de alto nível, e de grande capacidade de trabalho, é numericamente reduzida. Insuficiente, pois, para cumprir a enorme e relevante tarefa, o que tem procurado fazer a duras penas.

Estabelece o § 2º do art. 103 que, declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias, e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, por omissão do Poder competente.

Mas para a curiosamente julgada procedente, só se fixa prazo para as providências cabíveis, se se tratar de omissão de órgão administrativo. Não, assim se se cuidar de omissão do Poder Legislativo. O § 3º do art. 103 acrescenta que, quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em teses, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

Não se trata de parte no processo, pois, como ficou dito, na ação direta não há partes propriamente ditas a defenderem direitos e interesses próprios ou alheios. O advogado geral atua como curador da presunção de constitucionalidade, em tese, da lei ou ato normativo impugnado. Isso o obriga a defender até eventualmente, uma lei, ou ato normativo estadual, que contenha violação à competência da União, embora seja ele o Advogado Geral da União, o que não deixa de ser um contra-senso. E não pode se recusar a cumprir a missão que a Constituição lhe impõe.

Ressentia-se o direito positivo brasileiro da falta de previsão de uma ação direta de constitucionalidade. Essa lacuna foi preenchida pela Emenda Constitucional 3, de 17 /3 /1993, na parte em que alterou os arts.102 e 103 da CF. é que, por essa nova redação, foi atribuída competência ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originalmente, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (nova redação da alínea a, I do art. 102).

É esta a nova redação do § 2º do mesmo artigo: “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo”. E a do § 4º: “a ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República”.

A constitucionalidade das inovações trazidas, nesse ponto, plena Emenda Constitucional 3/93 já foi incidentalmente reconhecida, pelo Supremo Tribunal Federal, quando do exame dessa questão prévia na Ação Direta de Constitucionalidade 1, de que foi relator o eminente ministro Moreira Alves.

Ao ensejo, o Tribunal considerou não violados, pelas normas inovadoras, qualquer princípio constitucional e qualquer das cláusulas pétreas previstas no § 4º do art. 60 da CF. Nem mesmo o que protege o direito ao acesso ao Judiciário, à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal. Até porque esses princípios protegem o indivíduo no exercício de seus direitos, nos casos concretos, *inter partes*. E na ação direta de constitucionalidade não há interesses subjetivos em conflito, por se tratar de julgamento de validade de lei em teses. Por isso, mesmo, nela também não se admite desistência da ação, nem a intervenção de assistentes, já que não há no processo partes propriamente ditas.

E à falta de lei reguladora do procedimento da ação direta de constitucionalidade, fixou o Tribunal o rito a ser seguido, até que aquela sobrevenha, seguindo em linhas gerais o previsto para a ação direta de inconstitucionalidade. E não deixou de realçar a força vinculante de suas decisões, nessa espécie de ação,

a ensejar reclamações contra atos do Executivo e Judiciário que eventualmente não a observem. Mas exigiu que, na propositura da Ação Direta de Constitucionalidade, fique, desde logo, demonstrada a existência de julgados divergentes sobre a norma em questão.

Tem o Supremo Tribunal Federal admitido a constitucionalidade de certas leis e atos normativos, desde que se lhes dê a interpretação que explicita. Trata-se da interpretação conforme, admitida pela jurisprudência constitucional alemã. E a doutrina brasileira agora evolui no estudo da declaração de inconstitucionalidade

Sem pronunciamento de nulidade da lei ou do ato normativo impugnado.

Exemplo dessa hipótese seria a de uma lei ou ato normativo que fixasse o salário-mínimo, sem atender todas as exigências constitucionais sobre os valores que o devem compor. Seria inconstitucional, mas nem por isso se haveria de proclamar, desde logo, a nulidade do ato que o fixou, sob pena de deixá-lo sem fixação ou de remetê-la à norma anterior.

Tem admitido, também, o Tribunal, a constitucionalidade temporária da lei, ou seja, pode esta tornar-se inconstitucional se ocorrerem certas circunstâncias no futuro. Exemplo disso é o de uma lei que fixa prazo em dobro para o recurso do Defensor Público, enquanto o do Ministério Público, a parte contrária, é prazo singelo.

A lei é constitucional porque visa propiciar às Defensorias Públicas condições de funcionarem a contento, mesmo enquanto estiverem precariamente estruturadas e instaladas. Mas quando suas condições de estruturação e instalação estiverem em pé de igualdade com as do Ministério Público, então já não haverá razão para tratamento diferenciado para as partes do mesmo processo.

A medida cautelar prevista no art. 102, I, *p*, da CF pode eventualmente ser deferida ou indeferida na ação direta de constitucionalidade, para o fim de lhe assegurar a eficácia futura, com a eventual suspensão dos processos em que a norma esteja sendo discutida.

Inúmeras outras questões de direito positivo, de doutrina e de jurisprudência poderiam ser aqui suscitadas. E até apresentadas algumas sugestões, para o aprimoramento do controle de constitucionalidade no Brasil. Mas, como me alonguei excessivamente, devo encerrar por aqui, formulando votos de pleno êxito à *Revista da Escola Paulista de Magistratura*, agora em co-participação com a Associação Paulista de Magistrados, ao ensejo de sua reabertura.

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

LEI 9.099/95

ALGUMAS QUESTÕES CONTROVERTIDAS

Waldemar Nogueira Filho

Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo

A constitucionalidade do art. 89 da Lei 9.099/95, na parte em que veda a suspensão condicional do processo ao réu que estiver sendo processado ou que tenha sido condenado por outro crime, sem trânsito em julgado, é questionada diante do princípio da inocência, inserido no art. 5º, LVII, da Constituição de 1988. Tenho que a arguição não se faz procedente.

Em primeiro lugar, como ensina Carlos Maximiliano, “não se presumem antinomias ou incompatibilidades nos repositórios jurídicos; se alguém alega a existência de disposições inconciliáveis, deve demonstrá-la até a evidência” (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 8.ed. Freitas Bastos, 1965, p.146).

De outra banda, o Constituinte de 1988, reproduzindo dispositivo do art. 32 da constituição portuguesa (todo o arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo possível compatível com as garantias de defesa), limitou-se a fazer inserir, no texto

constitucional, presunção que é uma constante no Estado de Direito, chegando mesmo a tangenciar a obviedade.

Não podendo o rigorismo de interpretação do seu conteúdo levar à conclusão da própria inviabilidade da antecipação de medidas de investigação e cautelares (inconstitucionalizando a instrução criminal) e à proibição de suspeitas sobre a culpabilidade (cf. Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*. Saraiva, 1989, v II, p. 277).

Até porque, como ensina Alípio Silveira, com escudo no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, “ao se orientar por juízos de valor em que inspira-se a ordem jurídica em vigor, deverá o intérprete atender às exigências do bem comum, já que a lei é a ordenança da razão, editada pela autoridade competente, em vista do bem comum. É como o bem comum da ordem jurídica se compõe de dois elementos primaciais – a idéia da justiça e utilidade comum – são esses elementos, de caráter essencialmente valorativo, os princípios fundamentais dos nossos julgadores, na aplicação da lei” (*Hermenêutica Jurídica*, Editora Leia Livros, v.I, p. 211).

Ora, a se exigir condenação transitada em julgado como pressuposto a inviabilizar a suspensão do processo, chegar-se-ia ao extremo de se deferir o benefício, em todas elas, àquele que ostentasse, nada tendo a recomendá-la no meio social, duas, três ou mais ações penais em andamento, até com decisão condenatória editada, embora pendente de recurso. Benefício esse que não poderia ser revogado, como na suspensão condicional da pena, onde o período de prova se prolonga automaticamente, até o desate de eventual lide penal em andamento, e que pode levar, pela soma das penas impostas, até mesmo à modificação do regime prisional. Nem mesmo seria óbice o princípio da inocência, quando o objetivo da Lei 9.099/95 foi o de conferir ao réu um tratamento equânime e proporcionado à sua perigosidade diminuída, deduzida da culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade, bem como dos motivos e circunstâncias do crime, tento que invocou, de expresso, o art. 77 do CP.

A impunidade, certamente, não pode ser o escopo do legislador e tampouco do intérprete, por atentar contra o bem comum, no caso a preservação da ordem pública, finalidade última da jurisdição penal, ferindo, por isso mesmo, a lógica do razoável.

Que opera empregando princípios axiológicos implícitos, opondo-se à lógica formal clássica, à lógica do racional, que não é o instrumento apto, nem para o enfoque nem para a solução dos problemas humanos políticos e jurídicos, por levá-los, muitas vezes, a contra-sensos e iniquidades, donde inteiramente impossível construir-se o Direito como um sistema lógico puro, elaborando-se a ciência dogmática da ordem jurídica positiva como um sistema de puras inferências (cf. Alípio Silveira, *ob.cit.* v. II, pp. 168-9). Pois, como escreve Recaséns Siches, “a interpretação deve fazer-se no sentido que produza as conseqüências mais justas, que estejam mais de acordo com os princípios axiológicos que inspiram o ordenamento positivo. Seguindo esse critério, atende-se precisamente ao propósito primordial do direito positivo, propósito que consiste justamente em realizar, tanto quanto possível, as exigências da justiça. É claro que, no exercício da função interpretativa, o jurista não está autorizado a saltar por cima das normas vigentes; ao contrário, tem a obrigação de ser-lhes fiel; mas, dentro do marco por elas estabelecido, deve orientar a sua interpretação no sentido da maior justiça possível” (*apud* Alípio Silveira, *ob. cit.*p.190).

O Art. 89 e o concurso de crimes

Sustenta-se não ser o concurso de crimes óbice ao deferimento da suspensão condicional do processo, cabendo até mesmo tratá-los isoladamente, para beneficiar o réu, que não pode ser prejudicado por uma ficção legal criada em seu favor.

A tese, embora sedutora, não convence, pois o texto legal é expresso ao autorizar a suspensão somente quando a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano. A exemplo, aliás, do que ocorre com a suspensão condicional da pena até dois anos, seja de reclusão ou de detenção (art 77 do CP). Maurício Antonio Ribeiro Lopes, a propósito, é incisivo: “nada obsta que o processo seja condicionalmente suspenso

mesmo diante de concurso de crimes (material, formal ou continuado), desde que a pena mínima cominada decorrente da aplicação das regras legais do concurso (arts. 69 a 71 do CP) circunscreva-se ao limite do art. 89, *caput*, da Lei 9.099 (*Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*, Editora Revista dos Tribunais, 1995, p.399). Nem se pretenda invocar, analogicamente, o disposto no art. 119 do CP ou o enunciado da Súmula 497 do Pretório Excelso. Tanto um, quanto à outra, dizem somente com a prescrição, retratando situações absolutamente distintas da que ora se cuida.

Como ensina Clóvis Beviláqua, “a analogia é operação lógica pela qual o aplicador da lei remonta ao princípio de que ela emana para, por via de consequência, estender-lhe o império a casos semelhantes ao que a lei regula. Há aí, embora limitada, uma revelação do direito latente, ou uma cristalização das formas jurídicas, que a inteligência do aplicador ergue à tona da vida social corrente”. Sentir do qual não discrepa Del Vecchio: “Mercê da analogia, a aplicabilidade da lei se estende além do complexo de casos originariamente previstos, desde que se trate de casos semelhantes ou afins, e a *ratio legis* valha, igualmente, para uns e outros”(*apud* Alípio Silveira, *ob. cit.* v. III, pp. 22-3). Tanto isto é certo que a jurisprudência, inclusive do Colendo Supremo Tribunal Federal, não admite o deferimento do *sursis* para cada um dos delitos, isoladamente, quando a imposição cumulativa das penas, no concurso material, ou a majoração decorrente do concurso ideal ou do crime continuado, fizer com que atinjam limite superior a dois anos (cf. Alberto Silva Franco e outros, *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial* . 5ªed. Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 955-6, n. 3.01).

Incisivo, a respeito, é o pronunciamento da lavra do ministro Leitão de Abreu: “se um dos pressupostos do *sursis* é não exceder a pena de detenção a dois anos ou, ao mesmo limite, a de reclusão, seria absurdo concedê-lo quando as duas penas, cumuladas, ultrapassam esse limite” (RT 483/386).

Ou ainda, da lavra do ministro Cordeiro Guerra: “o condenado a pena superior a dois anos de prisão não tem direito ao *sursis*, pouco importando que o aumento da pena acima da pena-base de dois anos tenha resultado do reconhecimento do crime continuado. O que deve ser levado em consideração, para a suspensão condicional das penas, é o *quantum* final, resultante da condenação. Inaplicabilidade, por analogia, da Súmula 497” (RT 553/458).

Como é cediço, o interesse recursal a ser protegido pressupõe a sucumbência, “pressuposto fundamental, pressuposto dos pressupostos de admissibilidade de qualquer recurso”, e que é, na lição e de Nicola Jaeger, “a situação daquele que vê repelidas – mediante a decisão impugnada – as próprias conclusões com a consequente negação dos interesses que defendeu em juízo” (cf. José Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª, ed. Forense, 1969, v IV, pp. 26-7 e 53, ns. 864 e 888).

Ora, a sentença contra a qual o § 5º, do art. 76, da Lei 9.099/95, prevê recurso de apelação, é meramente homologatória da transação a que chegarem as partes, livremente (Maurício Antonio Ribeiro Lopes, *ob. cit.* p. 351; Cláudio Antônio Soares Levada, “ Sentença do art. 76 da Lei 9.099/95 é declaratória”, in: *Notícias Forenses*, novembro de 95, p . 42).

O juiz, nesse caso, apenas verifica a validade da própria transação. Ele não julga a lide, que é composta sem a sua intervenção, mas com resultado igual ao que seria alcançado por seu intermédio (cf. Alcides de Mendonça Lima, *Comentários ao Código de Processo Civil*. Forense, v. VI, p. 461 e 463, JTACSP 110/295, Rel. Juiz Mello Junqueira, *apud* Darcy Arruda Miranda Jr.e outros, *CPC nos Tribunais*. Jurídica Brasileira, 1995, v. IV, p. 3348-50).

De sorte que a sentença, além de não estar sujeita aos requisitos do art. 381 e incisos do CPC, não implica reincidência e tampouco configura antecedentes criminais, salvo para impedir nova transação, constituindo-se em título executivo judicial limitado, por não gerar efeitos civis, após haver passado em julgado (art.76, § 4º e 6º, da Lei 9.099/95).

Bem por isso o espectro recursal não pode ter a amplitude conferida pelo Código de Processo Penal para as sentenças condenatórias ou absolutórias, principalmente as primeiras, onde os princípios da ampla defesa e da presunção de inocência, com os quais guarda grande proximidade o do *in dubio pro reo* ou da dúvida relevante, impõem “ao magistrado o pronunciar-se de forma favorável ao réu, toda vez que não tiver

certeza quanto aos fatos decisivos postos em controvérsia” (Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *ob. cit.* pp. 277 -8; Damásio E. de Jesus, *Código de Processo Penal Anotado*. 5^a ed.. Saraiva, p. 365, nota ao art. 593, com sustento em precedente do TJSP inserto *in* RT 522/323). Daí descaber questionar, em tema de inconformismo, sobre eventual inocência do réu, ou ainda a propósito de não ter o juiz se alicerçado na situação econômica do agente para estipular o montante da multa.

É porém admissível a apelação quando se apura, em tempo, que não há cabimento da proposta, quando há desempenho deficiente da defesa técnica na assistência à sua aceitação, quando a homologação ocorre em termos diversos da que fora aceita (Maurício Antonio Ribeiro Lopes, *ob. cit.*, p.350), hipóteses a que se podem acrescentar os vícios de vontade a ilegitimidade de parte ou a incompetência em razão da matéria (cf. Marino Pazzaglini Filho e outros, *Juizado Especial Criminal*. Atlas, 1996, p. 56, n. 7.13)

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

A REPARAÇÃO DOS DANOS E O MODELO CONSENSUAL BRASILEIRO DE JUSTIÇA CRIMINAL

Luiz Flávio Gomes
Juiz de Direito em São Paulo

Na Antigüidade, antes de o Homem evoluir para a forma civilizada de convivência, ele procurava resolver seus litígios penais pela vingança pura e simples. Não havia nenhum ajuste monetário ou qualquer composição sobre os bens do autor do fato delituoso. A vítima reagia como podia, isoladamente ou em conjunto com outras pessoas, e nisso consistia a reparação do delito. O que predomina é a luta, a violência, a crueldade, a reação sanguinária. É um tempo em que o homem não tem grande aptidão para o diálogo. Sua linguagem mais espontânea e natural é a violência. O terrível, então, era a desproporcionalidade da reação. E depois de uma vingança sempre sucedia outra. De uma inimizade pessoal passava-se para familiar e desta para a tribo. Vingança sem limites, violência desproporcional e sem nenhum respeito ao princípio da personalidade da sanção (que hoje não pode passar da pessoa do delinqüente), são as características marcantes do sistema de vingança privada. No instante em que perceberam que grandes famílias e até mesmo as tribos estavam sendo dizimadas, iniciou-se a preocupação com os “limites da violência” (da reação).

A etapa evolutiva seguinte da reparação dos danos é marcada pela intervenção de um terceiro para solucionar o litígio. Marcelo Caetano, a propósito, ponderava a necessidade de se distinguir a *vingança privada* da *justiça privada*, “pois na primeira o ofendido devia retribuir por sua própria autoridade o mal sofrido por outro mal, e, na segunda, terá que dirigir-se à autoridades públicas, para apresentar queixa contra o ofensor, provando a responsabilidade deste”. A justiça é caracterizada pelo princípio da restituição (reparação). Bem explica-se o Kurt Madlener: “Neste sistema, que no direito histórico germânico se chama de *Kompositionensystem*, o pagamento de uma determinada quantia ou a entrega de bens (por exemplo, bois) à vítima ou a sua família era a conseqüência legal do dano punível, e liquídava o assunto, restabelecendo desse modo paz na comunidade”. A Lei de Talião (“olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé”), no entanto, foi a primeira “medida” vinda com a justiça privada. Ela, ao lado da composição pecuniária, são as notas que evidenciam essa segunda fase. Essa composição era prevista na famosa lei espanhola das “Siete Partidas” (do Rei Afonso X, “O Sábio”)⁵.

Na Idade Média, nos diz Scarance Fernandes⁶, já se percebe um certo distanciamento da vítima da decisão do conflito penal, que passa para as mãos dos senhores feudais, Igreja, monarquias. Mas é com o nascimento do Estado moderno que a vítima, definitivamente, passa a ser ignorada, devendo cumprir no processo penal o mero papel “testemunhal”. O crime constitui a violação de uma lei do Estado, logo a única expectativa que deve ser atendida dentro do processo é a satisfação da pretensão punitiva estatal. A reparação dos danos, dentro do sistema legal, passa a ser uma temática ignorada. Até mesmo a criminologia, nessa época, só volta sua atenção para o criminoso. Em virtude de desequilíbrio que havia no tempo da justiça privada, era preciso que um terceiro imparcial assumisse a função de dirimir litígios. Foi

assim que o Estado monopolizou a distribuição da Justiça. Mas ao fazê-lo exagerou no que concerne à vítima: neutralizou-a. Impossibilitou qualquer comunicação processual entre os protagonistas principais do conflito, que são autor-vítima.

A reação contra esse “abandono” da vítima não tardou. Já no século XVIII, na Itália, mas precisamente o CP de Toscana (Código Leopoldino de 1786), prévia reparação em favor da vítima, fundamentalmente porque o autor do fato, em regra, não tinha condições de fazê-lo. Cabe ainda salientar a forte doutrina que se construiu na época em favor da tese da reparação dos danos como sanção de relevância pública. Jeremias Bentham foi destacado defensor da idéia, mas sobretudo cita-se a Escola Positiva (Garófalo e Ferri) como ardorosa batalhadora pela reparação dos danos dentro do processo penal⁸. Em certo sentido, procuravam equilibrar a acentuada atenção que dedicaram ao criminoso. Uma vez aceita a idéia de que a reparação deve fazer parte do processo penal, como sanção de natureza pública, inúmeras possibilidades existem: a) ela pode ser uma sanção pecuniária “cumulativa” com a multa estatal (é o caso do México, em cujo CP, art. 29, § 1º, se prevê que a sanção pecuniária compreende a multa e a reparação dos danos); essa mesma linha estava sendo adotada pelo Projeto de CP de 1981⁹; b) pode ser, como pregavam os positivistas, uma sanção “substitutiva” da multa; c) e pode ser, ainda, uma sanção “alternativa” à multa ou prisão, hipótese em que o Estado abre mão do seu direito de punir e contenta-se com a reparação da vítima. É o que ocorre em muitos Estados da África, onde o decisivo é a reparação para o restabelecimento da paz. No CP brasileiro temos manifestação dessa modalidade de reparação (alternativa): art.312, § 3º, por exemplo (reparado o dano no peculato culposo, antes da sentença, resulta extinta a punibilidade). Cabe ainda citar o pagamento do cheque sem fundos, antes do início da ação penal (Súmula 554 do STF). Em certo sentido, urge também a citação do art.143 (retratação nos crimes contra a honra). Em todas essas hipóteses, a reparação é o *quantum satis*. Desaparece a pretensão punitiva estatal com o só fato da reparação. Não é preciso chegar à prisão primeiro, para depois “substituí-la” pela reparação. A diferença entre reparação alternativa e substitutiva é esta: na primeira, a reparação por si só já extingue a punibilidade; na segunda, primeiro aplica-se a pena tradicional (prisão), só depois pode-se substituí-la.

A reparação pode ser encarada como sanção, como vimos. Mas também como prêmio. É o que se passa em praticamente todos os sistemas jurídicos ocidentais, que conferem à reparação dos danos a função de circunstância atenuante¹¹. Nessa hipótese, não chega a reparação a substituir ou evitar a pretensão punitiva estatal: apenas a atenua. É o que se passa com o art.65, III, *b* (reparação do dano antes da sentença). Depois da reforma de 1984, nosso CP avançou um pouco mais: criou a figura do arrependimento posterior (art.16) e autoriza a diminuição da pena em até dois terços quando houver reparação antes do recebimento da denúncia, ressalvados os crimes violentos.

Dentro de uma visão mais privatista, a reparação dos danos na aparece como sanção pública, senão como interesse particular da vítima, que deve lutar para alcançá-lo. Nesse ponto os sistemas jurídicos são múltiplos: uns admitem essa postulação privada dentro do próprio processo penal e, desse modo, é o juiz criminal que irá decidir o *quantum* da reparação (é o chamado sistema de união); outros obrigam que a reparação deva ser postulada e decidida por um juízo civil (sistemas de independência)¹². Nos primeiros, admite-se a denominada ação adesiva ou o processo adesivo; nos segundos, em geral, dá-se a reparação a natureza de efeito secundário da condenação penal (tal como se passa no ordenamento jurídico brasileiro – CPP, arts.63 e ss.). O processo ou procedimento adesivo, há décadas, vem sendo muito criticado¹³, porque, no final, o que oferece para a vítima, muitas vezes, é um mero título judicial de tipo platônico. Tampouco satisfaz o sistema de independência, pois a vítima tem que lutar para a obtenção da reparação perante juízo distinto do penal. Na atualidade, à reparação dos danos deve-se conferir importância maior. Ela não pode ser vista como mera relação privada. Urge incrementar sua conotação penal e, portanto, pública.

O mundo moderno, reconhecidamente de riscos, vem estimulando a expansão de planos securitários. Já é inesgotável de planos securitários. Já é inesgotável a quantidade de atividades que não se desenvolvem sem um seguro. Em algumas hipóteses existe até imposição legal, como é o caso do chamado seguro obrigatório automobilístico. São incontáveis os casos em que a vítima acaba ressarcida pela companhia seguradora do autor do fato. É a securitização da reparação dos danos (e do próprio Direito Penal). No âmbito automobilístico essa tendência parece irreversível. Cabe destacar que essa securitização também

pode ter como administrador o próprio Estado. Mas em geral são companhias particulares as que se encarregam do ressarcimento.

O Estado Social de Direito, particularmente depois da Segunda Guerra Mundial, assumiu tarefas sociais incontáveis. Uma delas orienta-se para a assistência de vítimas de delitos. Na Nova Zelândia, por exemplo, desde 1963, existe um programa desse tipo. Hoje, nos Estados Unidos, chegam a mencionar mais de quinhentos programas assistenciais¹⁴. A idéia da criação de fundos de compensação em favor de vítimas de delitos, como bem expôs Madlener¹⁵, não é nova. Tem origem na Itália, no século XVIII (Código Toscano, 1786). O modelo cubano (caixa de ressarcimento) também vem sendo citado como exemplo paradigmático: o Estado, que gere o fundo, paga a vítima e depois cobra do autor do fato. A idéia vem sendo difundida: já foi adotada no Peru e na Bolívia. De certa forma, também já está presente no direito brasileiro (ver Lei 7.347/ 85 – fundo para indenizações no setor ambiental, patrimônio histórico. – e Lei 8.078/90 – fundo para indenizações ao consumidor).

Do ponto de vista prático, entre nós, o resultado é algo aproximado do nada, até aqui. Mas no entender de Madlener, devemos insistir nessa idéia de fundos de ressarcimento, utilizando a multa e a venda de bens confiscados¹⁶. No Brasil, quem retomou essa idéia há pouco tempo foi o criminalista Laertes Torrens¹⁷, que propugna por modificação legislativa para contemplar a obrigação do Estado de reparar os danos *ex delicto* causado para as vítimas (ao menos nos delitos violentos); vislumbra capacidade monetária do Estado para tanto, aproveitando-se do dinheiro do fundo penitenciário. Reivindica o atendimento da Resolução 40/34, da ONU, e lembra que uma das funções do Fundo Penitenciário Nacional é exatamente dar assistência às vítimas. Em amparo a sua idéia, que está em consonância com as atuais tendências mundiais, cabe destacar o art. 245 da Constituição Federal, que determina a edição de lei para a tutela de vítimas de delitos dolosos.

Os programas de compensação, de responsabilidade pública, inegavelmente são coerentes com o Estado Social. Empiricamente, a experiência mais estudada é a de Nova Zelândia. Como explica García-Pablos de Molina¹⁸, os temores quanto ao seu funcionamento mostraram-se infundados: tais indenizações não estimularam a negligência das vítimas, não constituem importâncias estrondosas. Mas, de qualquer modo, estão sujeitos a algumas objeções: há o risco de manipulação política (programas vitimagógicos), não estimula o infrator a reconhecer o “seu delito” e “sua vítima” e, ademais, em algumas hipóteses, constatou-se um experiência “vitimizadora” (o recebimento do ressarcimento, às vezes, é um verdadeiro tormento).

A monopolização da distribuição da justiça penal marginalizou a vítima. No dizer de Christie, o Estado “roubou o conflito”, isto é, despersonalizou a vítima e deixou de ver o crime como um conflito interpessoal. Com base em que a vítima, ao entrar em contato com o sistema legal (formal), acaba vitimizando-se pela segunda vez (vitimização secundária ou sobrevivitização), muitos sustentam na atualidade a “reprivatização do conflito”, com apoio na idéia da *diversion*. Pois, como afirma Raúl Cervini¹⁹, “a meta destas propostas de diversificação é a de elaborar um equilíbrio justo entre a vítima, o autor e a sociedade, sem recorrer aos processos penais formais. Dessa forma, poder-se-iam evitar as marcas destintivas da vítima e do autor (estigmatização) próprias dos processos penais convencionais e se possibilitaria que ambos pudessem regularizar ativamente seu conflito mediante um novo esquema, não como sujeitos de um processo penal formal, mas como participantes de uma instância informal de auto-ajustamento do conflito. Isso implica o desenvolvimento de programas destinados a aumentar a capacidade das comunidades locais para manejar os conflitos em termos mais humanos, das comunidades locais para manejar os conflitos em termos mais humanos, por meio da mediação e da colaboração interpessoal”.

O Canadá, ainda conforme o autor uruguaio, conta hoje com diversos programas nesse sentido (serviços de mediação comunitária, programas de reconciliação, serviços de ajuda a vítimas de crimes sexuais). Integram a chamada “justiça informal”. Desde 1985 existe a Rede Pró-Justiça Comunitária e Solução de Conflitos. É, em última instância, a “terceirização” da Justiça.

Não são poucas as objeções a esse modelo de reação ao delito: não oferecem as mesmas garantias dos procedimentos formais, não são válidos pra todos os conflitos (universalização), requerem uma estrutura bem delineada pessoal qualificado, mediadores especializados.

Reparação dos Danos na Lei 9.099/95: aproximação à sua disciplina jurídica

A Lei 9.099/95, sob o influxo das reivindicações da criminologia e particularmente da vitimologia, veio promover uma mudança radical na clássica mentalidade exclusivamente repressiva. Desde o art. 2º fala em “conciliação” e “transação”. No art. 62 estabeleceu os objetivos centrais do processo perante o juizado especial: “reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade”. Com isso está decretado o fim da concepção “paleorepressiva”, ao menos no que concerne às infrações de menor e médio potencial ofensivo. O novo sistema já não tem preocupação exclusiva de atender a pretensão punitiva do Estado (somente castigar). Em primeiro lugar agora está a reparação dos danos, que deve ser feita “sempre que possível”. Ganhou relevo o atendimento primeiro da expectativa da vítima. Em segundo lugar vem a aplicação de uma pena não privativa de liberdade. De acordo com a imagem do legislador, essas respostas são suficientes para a prevenção de novos delitos. Já não é preciso recorrer à prisão para atingir tal escopo.

Cuidando-se de infração de menor potencial ofensivo²², na audiência preliminar (art. 72), o juiz deve estabelecer sobre a possibilidade de composição dos danos e aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. Como se percebe, quem faz o esclarecimento é o juiz e isso dentro de uma audiência. Como não se adotou a *plea bargaining*, não é possível que a conciliação seja celebrada fora da audiência.

A conciliação, diz o art.73, será conduzido por juiz ou por conciliador sob sua orientação. A conciliação pode ser encarada como gênero que admite duas modalidades: a composição civil e a transação, que se dá pela conformidade penal (aceitação de pena)²³. Estamos convencidos de que o conciliador deve atuar preferencialmente na composição civil. No que pertine à conformidade penal (transação), urge que o juiz assuma essa tarefa, porque impõe-se explicar corretamente ao autor do fato as consequências da manifestação da sua vontade. É preciso que o autor do fato tenha consciência exata da manifestação da sua vontade. Que deve ser livre.

A composição civil celebrada entre os interessados, depois de homologada (art.74), terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. No sistema penal clássico a vítima, normalmente, espera o fim da sentença penal condenatória para depois promover sua execução civil. De acordo com a nova disciplina a vítima já pode conquistar, desde logo, um título exequível. E com uma grande vantagem: o título é líquido. Estabelece-se um *quantum*. A acordo civil, de outra parte, para além de possibilitar o nascimento de um título líquido e certo, poder ter efeito penal (extintivo da punibilidade): “tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação (a lei não menciona a requisição do Ministro da Justiça), o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação”. A renúncia, por seu turno, implica extinção da punibilidade (CP, art. 107, V). Diferentemente do que ocorre no sistema atual, visto que é a sentença penal que gera efeito civil, no juizado especial pode dar-se o contrário: o acordo civil é que – nas hipóteses mencionadas – gera efeito penal.

Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo (art. 75). Isso significa, desde logo, que o direito de representação será concretizado em juízo, não na fase policial. Para a lavratura do termo de ocorrência (art. 69) não se exige a representação (que é necessária, não obstante, para a abertura do inquérito policial – art. 5º, § 4º). De outro lado, quer a Lei que o ato de representar seja antecedido de conciliação. O escopo primeiro da lei nova, no que toca ao âmbito do juizado especial, é o de solucionar o litígio civil. Tudo dever ser feito para se favorecer a conciliação. É a utilização da via penal para a satisfação de interesses civis. Se o resultado for positivo, dois litígios (o civil e o penal) ficarão solucionados. Censurável, pelo que acaba de ser exposto, a praxe que se instalou em algumas comarcas, depois da Lei 9.099/95, de se colher a representação da vítima na delegacia de polícia.

Se a sentença penal que aplica imediatamente a pena (não privativa de liberdade) aceita pelo autor do fato fosse condenatória (o que é muito controvertido²⁴), seria imprópria. E possuiria essa natureza porque, ao contrário do que se passa hoje, não gera os naturais efeitos secundários penais ou extrapenais. Não significa pressuposto da reincidência (art. 76, § 4º) nem constará de certidão de antecedentes criminais (§ 6º). Por extensão, não se fala em rol dos culpados. A lei é clara: a sentença só será registrada para impedir

novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos. Esse é o único efeito do registro. Sendo assim, não suspende os direitos políticos (CF, art. 15).

E os efeitos civis? Por força do § 6º citado, a sentença condenatória do juizado especial não terá efeitos civis, “cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível”. Neste ponto, a *lex nova* é frustrante para a vítima: em primeiro lugar porque não conferiu à decisão nem sequer a eficácia de título executivo. A vítima, querendo, tem que ir buscar a reparação na via da ação civil; em segundo lugar, a lei bem que podia prever, na hipótese, que o juiz “arbitrasse” um *quantum* em favor da vítima (isso é o que acontecia na legislação de Mato Grosso do Sul, art.85, e também foi a orientação adotada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Penal)²⁵.

Não tendo sido possível a aplicação imediata de pena na audiência preliminar, inicia-se o procedimento sumaríssimo (art.77). E no dia da audiência de instrução julgamento abre-se a nova oportunidade seja para a composição civil, seja para a transação – conformidade penal – (art. 79). Não sendo possível uma vez mais a conciliação, fica encerrada a possibilidade da justiça consensuada. Nesse instante passa-se para o modelo de justiça conflitiva (direito de resposta, recebimento da denúncia, provas, alegações finais e sentença). Na eventualidade de que a sentença seja condenatória, dela, agora, emanam todos os efeitos penais e civis previstos no nosso ordenamento jurídico: é pressuposto da reincidência, gera antecedentes, rol dos culpados efeitos políticos, administrativos e sobretudo civis. A vítima poderá executar a sentença penal condenatória (que agora é própria) nos termos dos arts. 63 e ss. do CPC. O título, evidentemente, não será líquido. Bem que o legislador poderia ter previsto a fixação de um *quantum*. Mas assim não procedeu.

A reparação do dano, por fim, mereceu atenção do legislador no que concerne ao novo instituto da suspensão condicional do processo. Referida reparação é condição da suspensão. Mas isso não significa que o acusado tenha que pagar a indenização desde logo para a sua obtenção. A reparação é condição da extinção da punibilidade. Pode acontecer ao longo do período de prova, ressalvada a possibilidade de pagamento imediato, quando haja consenso sobre esse ponto. A suspensão configura mais um instrumento da chamada justiça consensuada. O intuito do legislador foi favorecer a vítima. De qualquer modo, não exigiu a fixação de nenhum *quantum*. Se o acusado não efetuar o pagamento da reparação, sem motivo justificado, a suspensão será revogada.

Natureza Jurídica da Reparação dos Danos na Lei 9.099/95

No novo modelo consensual de justiça criminal instituído pela Lei 9.099/95 a reparação dos danos, como vimos, surge como meta prioritária. Está presente na composição civil do art. 74, assim como no art. 89 (suspensão do processo). Nos termos do art. 74, havendo composição civil na infração penal de menor potencial ofensivo e desde que se trate de ação penal pública condicionada ou privada, extingue-se a punibilidade (pela renúncia). O Estado abre mão da pretensão punitiva estatal. Logo, a reparação nessa hipótese configura medida alternativa à pena tradicional. É de caráter público. E chega ao extremo de extinguir a punibilidade. Equivale à *restitution*.

Na suspensão condicional do processo a reparação aparece como condição primeira. Também aqui podemos vislumbrar a natureza alternativa da reparação. Desde que o acusado cumpra todas as condições (inclusive a reparatória), resulta extinta a punibilidade. É bem verdade que legislador, nessas hipóteses, por se tratar de infração de médio potencial ofensivo, não se contentou exclusivamente com a reparação. Exige outras condições. De qualquer modo, tudo sendo cumprido regularmente, afasta-se a pretensão punitiva estatal. É medida alternativa, portanto.

Assim, conclui-se que: no modelo clássico de justiça criminal a vítima foi neutralizada; seu marco de expectativas é muito pobre; a reparação dos danos não é prioridade, senão a imposição do “castigo”; a Lei 9.099/95, no âmbito da criminalidade pequena e média, introduziu no Brasil o chamado modelo consensual de justiça criminal – prioridade agora não é o “castigo” (tradicional) do infrator, senão sobretudo a indenização dos danos e prejuízos causados pelo delito em favor da vítima; no novo modelo (paradigma) de justiça criminal atendem-se clássicas reivindicações da vitimologia e da criminologia moderna no sentido

de uma justiça mais comunicativa e resolutiva; a Lei 9.099/95 está em sintonia com a tendência político-criminal mundial de se privilegiar a reparação dos danos, encarando o delito, assim, não como mero enfrentamento do infrator com o Estado, senão como problema social e comunitário; a composição civil extintiva da punibilidade (art. 74), aliada à exigência de representação da vítima nas lesões corporais (art. 88), assim como a suspensão condicional do processo (art. 89), foram as vias eleitas pelo legislador brasileiro para colocar em prática sua política criminal reparatória, que veio substituir, nas infrações pequenas e médias, a clássica postura dissuasória; na composição civil disciplinada no art. 74, assim como na suspensão condicional do processo, a reparação dos danos aparece como medida alternativa ao direito penal clássico, é dizer, levam à extinção da punibilidade sem necessidade de se chegar à pena de prisão antes.

DIREITO COMERCIAL

A IMPORTÂNCIA DO EXERCÍCIO DA TUTELA CAUTELAR PELO JUIZ NOS PROCESSOS FALIMENTARES

Caio Graccho Barretto Junior
Juiz de Alçada Aposentado

Já nos idos das *Ordenações do Reino de Portugal* se lobrigava o exercício da tutela cautelar no âmbito comercial. Assim é que no quinto livro as *Ordenações Filipinas*, título LXVI, que trata “Dos mercadores, que quebram: e dos que se levantam com fazenda alhea”, 3 (cf. edição de 1824, impressa na Universidade de Coimbra): “Vindo a notícia dos oficiais de Justiça, que alguns bens dos ditos levantados estão em algumas igrejas, mosteiros, lugares pios, fortalezas, navios, ou em casa de pessoas poderosas, de qualquer qualidade condição que sejam, as tirarão delas, sem lhes ser postos dúvida, ou embargo algum. E farão delas inventário, e depositarão para o pagamento dos credores”. E, mais adiante, no mesmo título, 9, surge a medida cautelar *ex officio* nesta sede: “E, mandamos aos julgadores, a que o conhecimento pertencer, que tanto que á sua notícia vier, que algum mercador se levantou, vão logo a sua casa, e façam auto e inventário do que nela acharem, e lhe tomem o livro da razão, e se informem de seus credores, da quantia do dinheiro, ou fazenda, com que se levantou e do tempo, em que lhe foi dada; e tirem devassa do modo, que se saiba a verdade, e a causa, que teve para quebrar, e procurem de prender os culpados, e procedam contra eles, como for justiça.

E sendo absentes, procederão per edictos na forma de nossas ordenações” (*ob.cit.*).

A preocupação do legislador já era, àquele tempo, retirar a disponibilidade dos bens do falido, para que os mesmos se constituíssem no pagamento dos credores. Além disso, nota-se a preocupação na busca da verdade e causas “para quebrar”, dotando-se o julgador de poder e remédio pata tanto, ou seja, municiando-o com medidas cautelares, tendentes à satisfação completa e segura dos direitos dos credores. A tutela cautelar nos feitos falimentares reveste-se de certa especialidade, até porque especial é a matéria no aspecto procedimental. E não raras vezes, ao aferidor se impõe o dever de garimpá-las no texto legal pertinente, ou quer que se hospede.

Entende-se o redobro de tal cuidado, porque a falência, inegavelmente, veicula um aspecto social, intimamente ligado ao seu aspecto econômico. Ela é um fato jurídico e um fato econômico. Por isso, quando, em 31 de outubro de 1939, Trajano de Miranda Valverde apresentou o anteprojeto da lei de falência, a pedido do ministro da Justiça, Francisco Campos, advertiu: “Tratando-se de uma lei que interessa profundamente à ordem econômica, deve ela ter duplo objetivo: a) amparar o devedor honesto, para que a empresa, sob a sua direção, continue como unidade da economia nacional, a prestar serviços à coletividade; b) punir, severamente, o devedor desonesto; porque é um elemento perturbador dessa economia e que vai repercutir na ordem social, com a cessação das relações de trabalho” (conforme notícia J.C. Sampaio de Lacerda, em seu *Manual de Direito Falimentar*, 4ª ed. pp.32-3).

A empresa economicamente saudável presta serviços à coletividade, posto que é ela quem gera empregos e promove a circulação de bens, e participa, como célula, da unidade da economia nacional. Grande é o interesse do Estado em resguardá-la do devedor desonesto, a fim de que a ordem social, em última

conseqüência, não seja afetada. Há, pois, um interesse público, maior pairando sobre o processo de falência, cujo fim, a entrega da prestação jurisdicional que satisfaz à tutela jurídica, é exatamente a satisfação plena dos credores, com o recebimento de seus créditos. Para tanto, o juiz deverá tomar todas as providências para preservar a utilidade e eficácia do processo, ou seja, adotar toda e qualquer tutela cautelar (medida) *ex officio*

Tendente a essa satisfação, sob pena de, ante eventual omissão, chegar mesmo a afetar a ordem social.

Por isso, a par das medidas autorizadas expressamente pela legislação especial, deverá o aferidor valer-se do permissivo veiculado nos arts. 125,126 do CPC, e até mesmo dos princípios gerais de direito.

Julliot de La Morandière, citado por José da Silva Pacheco, em seu *Tratado das Execuções-Falência e Concordata*, 1º vol. (*Droit Commercial*, Paris, 1965), deixou assente que “o direito comercial passou a ser examinado como o núcleo inicial de nova disciplina jurídica – o direito econômico, enclavado entre o direito privado e o público”. Prossegue o mestre nacional: “a atividade empresarial envolve inúmeros interesses: do empresário, das instituições financeiras, dos empregados, dos sócios capitalistas, dos credores com direito real e privilégios, bem como os quirografários, do fisco, do município, da região geoeconômica, do Estado- federado, do mercado, do país, muitos dos quais se revestem de caráter público e se colocam, por isso, em posição prioritária em relação aos demais. A matéria é de sumo interesse: a) no equacionamento da política econômica, tendente ao encaminhamento ou proposta de leis sobre a concorrência de créditos ou sobre a própria falência ou execução de empresas; b) na interpretação das leis sobre falência de empresa, concurso e classificação de credores, bem como na sua aplicação” (*ob.cit.* pp. 29-30).

A interpretação das normas falimentares está submetida às mesmas regras comuns da Lei de Introdução ao Código Civil, arts. 4º e 5º. Assim, quando a lei for omissa, o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Também deverá atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Portanto, tenha-se sempre em mente tais ensinamentos, quando da interpretação das normas falimentares, máxime no respeitante à tutela cautelar, que exige maior acuidade, dado o aspecto social que envolve o concurso universal.

Nesse passo, é de bom alvitre algumas anotações pertinentes ao poder cautelar geral do juiz, o qual, registre-se, deveria ser utilizado com maior freqüência. Impõe-se, no enfoque, a busca da causa final do processo, que Arruda Alvim define como a atuação da vontade da lei, como instrumento de segurança jurídica, bem como o fim do processo, que Pontes de Miranda conceitua como a entrega da prestação jurisdicional, que satisfaz à tutela jurídica. Ao lado dessa visão cômica, de outra parte, a conjugação do conceito de medida cautelar *ex officio* é de rigor, também, para que a atuação do juiz, colimando aquela causa e aquele fim, encontre adarga no ordenamento jurídico.

Vale, aqui, lembrar a lição ministrada pelo desembargador Kazuo Watanabe (*Da Cognição no Processo Civil*

p.35), a respeito da importância da cognição pela própria natureza da atividade do juiz: “ Toda essa linha evolutiva do direito processual, que ao longo dos séculos pôs os juristas sempre diante do binômio cognição-execução, explica, por si só, as marcas indelévels que a cognição deixou por vários sistemas jurídicos e nas formulações teóricas dos processualistas. Mas a importância da cognição não decorre somente desse fato. Resulta ela muito mais da própria natureza da atividade do juiz, que para conceder a prestação jurisdicional precisa, na condição de terceiro que se interpõe entre as partes, conhecer primeiro das razões (em profundidade, ou apenas superficialmente, ou parcialmente, ou definitivamente, ou em caráter provisório: tudo isso se põe no plano da técnica de utilização da cognição) para depois adotar as providências voltadas à realidade prática do direito da parte. E decorre também da intensa utilização que o legislador dela faz para conceber procedimentos diferenciados para a melhor e efetiva tutela de direitos”.

Observa-se, da clara exposição, que, a rigor, a tutela cautelar processual a ser exercida pelo juiz não é mera faculdade, mas antes dever, porque ínsita na sua atividade jurisdicional que tem por finalidade precípua a realização prática do direito da parte.

Em nosso direito pátrio a tutela cautelar foi introduzida pelas *Ordenações do Reino de Portugal*, que se constituíam na legislação vigente no Brasil até 1850, quando do advento do regulamento 137, conforme leciona Sydney Sanches (in: *Poder Cautelar Geral do Juiz*. Editora Revista dos Tribunais, 1978,p. 15). Com efeito, o título XXXI, do livro terceiro, das *Ordenações Filipinas*, que disciplinava os casos em que “o réo é obrigado satisfazer em juízo por não possuir bens de raiz”, começa por estabelecer que, “se o autor mover demanda contra o réo sobre coisa móvel, dizendo que lhe pertence per direito, intentando sobre ela ação real, ou pessoal, e o réo não possuir bens de raiz seus, que valham tanto, como a coisa móvel demandada, sendo juizador para isso requerido, constrangerá o réo, que satisfaça com penhores, ou fiadores bastante, que estará a juízo sobre a coisa demandada, e que a não desbaratará, até o feito ser findo per sentença definitiva: de maneira que sendo a coisa julgada ao autor, lhe possa logo ser entregue sem outra sentença e dificuldade. E não satisfazendo, porá o julgador em seqüestro a coisa demandada, até o feito ser findo, para ser entregue a quem pertencer” (*Ordenações do Reino de Portugal*, ed. de 1858, imprensa na Universidade de Coimbra, p.221).

Vê-se, portanto, já nos primórdios da construção de nosso ordenamento jurídico, que ao julgador se conferia o poder de resguardar a satisfação da tutela jurídica a ser prestada, inclusive com rigor, vez que “isto, que acima dito he do réo, que deve ser preso, não se entenderá nas mulheres, porquanto por dívidas civeis, ainda que nelas sejam condenadas, não podem ser presas” (*ob.cit.*p.222). Com o advento da República, o Código de Processo Civil de 1939, disciplinou a matéria, no Livro V, tratando especificamente do poder cautelar no art. 675. Finalmente, o Código de Processo Civil de 1973, em vigor, tratou da matéria nos arts. 798 e 799.

Ineludivelmente, pois, o poder cautelar vige em nosso estatuto processual e assim mesmo era de rigor, posto que não se concebe a prestação da tutela jurídica sem o asseguramento fático correspondente, sob pena de inutilidade da atividade jurisdicional. Assim, a tutela cautelar está ínsita na tutela jurisdicional, sendo mesmo espécie da que esta é gênero.

O Estado, como detentor do monopólio da jurisdição e na busca da paz social, tem que assegurar a eficácia da tutela jurisdicional prestada, posto que sem ela, na verdade, a justa solução de lide será nenhuma. E a asseguarção dessa eficácia, muita vez, reside na taxa e pronta tutela cautelar. Por isso, entendemos com Carnelutti, que “a tutela cautelar existe não para assegurar antecipadamente um suposto e problemático direito da parte, mas para tornar realmente útil e eficaz o processo como remédio adequado à justa composição da lide” (“Diritto e Processo”, 234, p. 355., citado por Humberto Theodoro Júnior, in: *Processo Cautelar*, 2ª ed., p.53).

A respeito, anotou Pontes de Miranda: “Nas ações cautelares não há antecipação da eficácia que teria a sentença na ação própria. Há mandamentalidade com conteúdo de segurança” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo XII, p.8, Forense). Essa segurança, por evidência, esta presente em toda pretensão à tutela jurisdicional, com ou sem o exercício da tutela cautelar. Dessarte, a tutela cautelar há de ser exercida sempre que a tutela jurisdicional corra risco de ineficácia, quer por impulso da parte, quer por impulso oficial. Por isso, a tutela cautelar serve ao processo e não ao direito da parte, sendo o seu interesse de ordem pública, uma vez que ao Estado cumpre assegurar a tutela jurisdicional plena.

A tutela cautelar deve ser exercida até mesmo por impulso oficial, quando a tutela jurisdicional corra o risco de ineficácia. O impulso da parte, igualmente, é assegurado pelo ordenamento jurídico. Daí resulta a necessidade de distinção entre processo cautelar, ação cautelar e medida cautelar.

Pode-se dizer que processo cautelar é o instrumento de realização da segurança da tutela jurisdicional. Tal processo, evidentemente, obedece aos procedimentos ou ritos cautelares. Ação cautelar, em face do processo colocado à disposição da parte, é a faculdade de se invocar a tutela cautelar. Medida cautelar é a providência emanada do órgão jurisdicional, para asseguramento da eficácia da tutela a ser dada para a justa composição da lide. Tais são as medidas referidas por Sydney Sanches: “as medidas cautelares são tratadas no livro III (arts. 796 a 889). Outras, porém, se encontram for do processo cautelar. Algumas no livro destinado ao processo de conhecimento, como, por exemplo, as dos arts. 125 e 266. Outras, no dedicado ao processo de execução, como é o caso dos arts. 588, números I, II (caução), 653, 793. Outras,

ainda, no referente a procedimentos especiais (art. 1.000, parágrafo único, última parte, 1.001, 1.018). As tratadas fora do processo cautelar propriamente dito não passam de meras providências determinadas pelo juiz *ex officio* ou a requerimento da parte ou interessado, nos próprios autos da execução, sem as características da ação, do processo e do procedimento cautelares” (*in: Poder Cautelar Geral do Juiz no Processo Civil Brasileiro*, p.47). Na mesma senda, leciona Humberto Theodoro Junior: “mas a medida cautelar que é apenas a providência tomada pelo juiz para preservar a eficácia ou utilidade do processo, ou seja, a medida prática que ordinariamente resulta do processo cautelar; esta medida, em circunstâncias excepcionais, pode tomada de ofício pelo juiz, sem pressuposto da ação e do processo cautelares.

Isso, porém, só ocorre, como ressalta expressamente o texto do art.797, em casos excepcionais, onde se veja presente a expressa autorização da lei” (*Processo Cautelar*, 2ª ed. p. 96). Assim, a tutela cautelar pode ser exercida por meio do processo cautelar, mediante impulso da parte, ou por meio de medida cautelar, a requerimento da parte ou *ex officio*.

No estreito campo destas notas, cumpre a fixação apenas das medidas cautelares e, principalmente, as *ex officio*. Com tal escopo, pois, e prosseguindo com Pontes de Miranda, anote-se que “a espécie do art. 804 é de permissão de medida cautelar sem audiência do réu, ao passo que a do art. 797 é de medida cautelar determinada de ofício. Não houve pedido; há deliberação do juiz, sem ouvir, sequer, quem é beneficiado pela medida cautelar”(*Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo XII, p. 39).

Reconhecendo a existência do poder geral da cautela, o Código de Processo Civil vigente, em seu art. 798, conferiu ao juiz a faculdade de determinar medidas provisórias (cautelares) para evitar grave lesão de difícil reparação. As medidas provisórias de que fala o diploma processual civil, nada mais são do que medidas cautelares *ex officio*, necessárias ao pleno exercício da tutela jurisdicional, dado o interesse do Estado-juiz, sujeito processual, na manutenção da ordem jurídica.

O processo é uma relação trilateral reguladora de interesses das partes e do Estado-juiz. Se a manutenção da ordem jurídica, ou a eficácia da prestação jurisdicional, estiver ameaçada ou sofrer risco de não se concretizar, a tutela cautelar há que ser acionada. Na realidade, é dever do juiz tomar medidas provisórias, e pois cautelares, em casos que tais. Daí a previsão legal veiculada nos arts.125, 126 e 262 do CPC. Digase, ainda, que a autorização da lei, de que fala o CPC, em seu art. 797, pode ser o próprio código ou outra qualquer, evidentemente. E, à luz dos citados arts.125,126 e 262, do CPC, até mesmo os princípios gerais de direito.

Característica importante da medida cautelar *ex officio* é ser ela incidental. Com efeito, impedindo que está o juiz de iniciar relação jurídica processual, a medida há que integrar, *incidenter tantum*, o processo onde se faz necessária. A providência cautelar, assim tomada, é acessória do processo principal e, como adverte Enrico Tullio Liebman (*Manuale di Diritto Processuale Civile*, 1968, v I, 37, p. 94), a seu respeito não se pode falar, nem de uma ação, nem de um processo autônomo.

O Código de Processo Civil de 1939, em seu art. 675, já previa o poder cautelar geral, autorizando o juiz a determinar providências para acautelar o interesse das partes, como se disse. Entretanto, como referem Humberto Theodoro Junior e Sydney Sanches nas obras citadas, os juízes e Tribunais sempre relutaram em conceder medidas cautelares não previstas no art. 676 do código ab-rogado.

Como o advento do novo código, o poder cautelar geral veio à tona cristalinamente , com a disposição do art. 798, tornando meramente exemplificativa a lista de medidas do capítulo II, do Livro III. Esse dispositivo autoriza o juiz determinar as medidas provisórias (e, pois, cautelares) que julgar adequadas para evitar lesão grave e de difícil reparação antes do julgamento. Essa autorização vale também para o processo de execução. E a própria lei que reconhece, *expresses verbis*, a oportunidade de medidas cautelares durante a execução. Aliás, no enfoque, na lição de Carnelutti (*Istituzione del Processo Civile Italiano*, 5ª ed. I/ 28, 38 e 83-84) existe lide no processo de execução, consubstanciada no conflito de interesses de pretensão insatisfeita E, acrescentamos, há também julgamento, se entender por julgamento a prestação jurisdicional eficaz, com declaração final de satisfação de pagamento do credor.

Outrossim, apesar de amplo, o poder cautelar geral não é ilimitado. A medida cautelar, veículo da tutela cautelar, deve ter por finalidade, apenas, garantir a utilidade e eficácia da prestação jurisdicional, não podendo antecipar a decisão, nem satisfazer a pretensão de qualquer das partes. Além disso, deve ser circunscrita ao direito em debate. Acima de tudo, deve estar submetida ao requisito da necessidade.

Além dos limites, deve ela obedecer as mesmas condições específicas da ação cautelar, ou seja: o interesse na solução da lide eficazmente e a possibilidade de ocorrência de dano grave e de difícil reparação. O interesse na solução da lide, e modo eficaz, nada mais é do que a causa final do processo, a atuação da vontade da lei, como instrumento de segurança e de manutenção da ordem jurídica. É a entrega da prestação jurisdicional, que satisfaz à tutela jurídica. O risco de dano não se refere ao direito da parte, mas sim ao interesse deduzido em Juízo.

Vale dizer, o *periculum in mora* ocorre quando há risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração, ou de qualquer mutação das pessoas, bens ou provas necessárias para a perfeita e eficaz atuação do provimento final do processo principal, segundo lição ministrada por Humberto Theodoro Junior (*ob. cit.* pp. 76-7). O perigo de dano refere-se ao interesse processual na obtenção da justa composição, e não direito da parte, porque este não foi, ainda, julgado e, sem julgamento, não há que se falar em direito da parte.

Lapidar a lição encontrada no acórdão publicado em JTACSP-RT-121/49 a respeito da disposição do art. 799 do CPC e, pois, do poder cautelar geral do juiz, em que foi relator o hoje desembargador Maurício Vidigal, para quem “quando a lei defere uma pretensão, para ela deve haver, necessariamente, instrumento adequados a sua satisfação. Se nenhum foi previsto explicitamente para a hipótese, algum deve ser construído analogicamente. Impossível será ter-se a pretensão como deferida pela ordem jurídica sem que ocorra a tutela apta a satisfazê-la. Destarte, as providências exigidas para efetividade da tutela deferida, estão, explícita ou implicitamente, autorizadas pela própria ordem jurídica, sendo lícito ao magistrado delas lançar mão, como legítimo é ao interessado postulá-las. Sendo assim, a enumeração do art. 799 só será taxativa se esgotar os tipos de providências possíveis efetividade da tutela cautelar. Alguma situação sobrevindo que nessa enumeração deixe de encontrar resposta adequada, urge construir-se instrumento hábil á efetividade da tutela, preocupação que sobreleva e predomina sempre”.

Repita-se, e mesmo à exaustão, que a atividade jurisdicional tem como fim único a composição da lide posta em juízo, conceito do qual não escapam as ações falimentares. E para a consecução de tal fim o poder cautelar geral do juiz há que ser exercido na sua plenitude, vez que é por meio dele que fica assegurada a prestação final, sem a qual restaria vazio até o mesmo o processo.

Assentadas estas breves considerações, arremate-se que a tutela cautelar pode e deve ser exercida pelo magistrado nas diversas fases do processo falimentar, tais como no momento da quebra, na nomeação e eventual afastamento do síndico, na arrecadação dos bens, na venda antecipada e na continuação do negócio do falido.

DIREITO DO CONSUMIDOR

O CRÉDITO AO CONSUMIDOR E A ESTABILIZAÇÃO DA ECONOMIA.

Fábio Ulhoa Coelho

Professor de Direito Comercial e Filosofia do Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

O sucesso do Plano Real no combate às altas taxas de inflacionárias não é contestado por nenhum segmento social de expressão. Questionam alguns, isto sim, o *custo social* desse combate, derivado da ortodoxia do plano e traduzido pelo aumento de desemprego, dificuldades de competição de certas indústrias nacionais no contexto globalizado da economia deste fim de século e outros aspectos do programa, mas está disseminada a convicção de que se conseguiu deter, de modo consistente, o processo de corrosão da moeda nacional.

O fim das elevadas taxas de inflação tem também relevância jurídica. De um lado, ele justifica e, até certo ponto, reclama a adaptação do direito positivo vigente, para a eliminação de normas editadas com o objetivo de atender interesses ligados a problemas próprios de uma economia marcada pela constante perda do poder aquisitivo da moeda. Nesse caso insere-se, por exemplo, o fim da correção monetária das demonstrações financeiras das sociedades por ações determinadas pelo art. 4º, parágrafo único, da Lei 9.249/95. De outro, tem o condão de despertar a doutrina e a jurisprudência para questões até agora um tanto inéditas.

Pretendo contribuir com a discussão acerca dos efeitos que estabilização da moeda nacional pode produzir especialmente no campo da concessão de crédito ao consumidor. Registre-se que a legislação tutelar dos consumidores já foi inclusive alterada, num dispositivo pertinente a essa matéria, em razão do novo quadro da economia nacional. Contudo, ocupa-me aqui não exatamente esse aspecto dos efeitos da estabilização da moeda, mas sim o ligado à introdução, na doutrina e jurisprudência brasileiras, da discussão sobre a *natureza* do ato de concessão de crédito pelo fornecedor de bens ou serviços, sem a intermediação de instituições financeira. Esse ato, com efeito, deve ser considerado um contrato de mútuo ou simples tolerância do credor?

Concessão de Crédito

A ninguém a ordem jurídica reconhece o direito ao crédito, isto é, a faculdade de gozar de dilação do prazo de pagamento ou ao parcelamento do preço devido, sem a concordância expressa do credor. Em qualquer relação negocial ou obrigacional, de direito público ou privado, o devedor apenas pode postergar o cumprimento de sua obrigação de pagar, se obtiver o prévio assentimento do titular do crédito. Esta regra, no campo nas relações privatísticas, aplica-se tanto nas de cunho comercial, entabuladas exclusivamente entre empresários, como nas de consumo, entre fornecedores e consumidores. Com efeito, mesmo na legislação de consumo, entre fornecedores e consumidores. Com efeito, mesmo na legislação de consumo, no Brasil e no exterior, não se impõe o dever de os fornecedores de mercadorias ou serviços suportarem, contra a sua vontade, a dilação dos prazos para o pagamento do preço devido pelos consumidores. Não lhes cabe, por outras palavras, suportar formas de solução dos encargos dos consumidores, decorrentes do contrato de consumo, diversas do pagamento à vista. Entre nós, o empresário tem sempre o direito de exigir do consumidor pronto pagamento em dinheiro.

O crédito ao consumidor, portanto, não pode ser visto senão como uma concessão do empresário. Ou seja, ele dá ou não facilidades de pagamento ao consumidor *se e enquanto* desejar e, estritamente, nas condições que forem de seu interesse. Apenas se fizer publicidade ou oferta mencionando a concessão de crédito, encontrar-se-á vinculado aos seus termos (CDC, arts. 30 e 35). No entanto e por evidente, ao formular sua oferta ou preparar sua publicidade, o empresário age com absoluta liberdade, podendo ou não, segundo seu exclusivo critério de oportunidade e conveniência econômica, admitir facilitações no pagamento do preço do fornecimento.

Ou seja: não existe na lei o dever de conceder o crédito, mas existe o dever de informar as condições pelas quais o empresário o concede, quando a tanto se dispõe. A legislação nacional consagrou, na disciplina das relações coletivas de consumo, o princípio da veracidade, vedando ao fornecedor a transmissão, em suas mensagens direcionadas ao conjunto e consumidores, de qualquer informação inverídica. No tocante às relações individuais, no entanto, o Código de Defesa do Consumidor adotou critério mais rigoroso, prestigiando o princípio da transparência (*full disclosure*), pelo qual na basta ao empresário abster-se de falsear a verdade; deve ele transmitir ao consumidor em potencial todas as informações indispensáveis à decisão de consumir ou não o fornecimento.

Em particular, na disciplina da concessão de crédito, preocupou-se o legislador em esmiuçar quais devem ser, especificamente, os dados a informar (CDC, art. 52).

O tratamento mais detalhado das informações atinentes à concessão de crédito justifica-se plenamente. A avaliação a ser feita pelo consumidor, acerca das vantagens e desvantagens apresentadas por cada concorrente, no fornecimento do crédito, envolve complexidade superior à relativa propriamente aos bens e

serviços objetos de consumo. Cálculos financeiros cada dia mais complexos devem ser efetuados ou, pelo menos, checados pelo consumidor antes de decidir pelo financiamento de sua aquisição. Para subsidiá-lo, o fornecedor deve, segundo o disposto na lei, informar o preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional, o montante dos juros e a taxa anual correspondente, os acréscimos legais, o número e a periodicidade das prestações e o soma total a pagar, com e sem a concessão do crédito. São os dados mínimos indispensáveis à decisão do consumidor, posto que o *caput* do dispositivo em questão (CDC, art. 52) confere, por sua redação, inquestionável caráter exemplificativo ao elenco apresentado em seus incisos.

Refere-se o legislador à taxa efetiva anual de juros como elemento indispensável a ser informado ao consumidor. Trata-se, a rigor, da informação mais importante a ser fornecida na oportunidade da contratação do mútuo, pois, em razão de seu caráter genérico, é a única referência a possibilitar o confronto com os custos das demais ofertas de crédito existentes no mercado. Variam, com efeito, o número de prestações e o modo de se capitalizarem os juros, em cada mútuo. A comparação entre as vantagens e desvantagens apresentadas pelos muitos fornecedores de crédito, portanto, exige um padrão geral para fins de concreta mensuração da extensão dos encargos. Esse padrão e geral é a taxa efetiva anual de juros. O Código de Defesa do Consumidor, entretanto, silenciou no tocante à fórmula de seu cálculo, apesar da real importância dessa informação.

A concessão direta e indireta de crédito ao consumidor

A concessão de crédito ao consumidor pode viabilizar-se de modo direto (isto é, aberto pelo próprio vendedor das mercadorias ou prestador dos serviços) ou indireto (através da intermediação de instituição financeira).

Na hipótese de concessão direta, o fornecedor, ao concordar em receber o pagamento mediante parcelas ou prestação única em data futura, celebra com o consumidor um contrato de mútuo. Cabe-lhe, desse modo, na qualidade de mutuante, receber a remuneração pelo capital correspondente ao preço do fornecimento parcelado. Já na hipótese de concessão indireta, o mutuante é a instituição financeira, que paga ao empresário o preço do fornecimento e recebe do consumidor, nas datas aprezadas, as prestações do empréstimo. A instituição financeira pode ser integrante ou não do mesmo grupo econômico do fornecedor, aplicando-se, se for o caso, o previsto no art. 28, § 2º, do CDC.

Nos fornecimentos com concessão indireta de crédito, o mútuo entre o consumidor-mutuário e a instituição financeira-mutuante é contrato de consumo autônomo em relação ao fornecimento. Embora o mutuário possa invocar contra o mutuante a tutela da legislação de consumo, essa relação obrigacional não interfere com os direitos e deveres emergentes do contrato de consumo básico. A compra e venda de produto, por exemplo, em nada se altera, quanto à existência ou extensão das obrigações das partes contratantes, em virtude da intermediação de instituição financeira através de contrato autônomo do mútuo. Explique-se: contra concedente do crédito, o consumidor-mutuário tem os direitos do Código de Defesa do Consumidor relacionados com o mútuo (por exemplo, a liquidação antecipada, prevista no art. 52, § 2º, do CDC); contra o fornecedor tem os direitos relacionados com a compra e venda (por exemplo, os decorrentes de fornecimento viciado, estabelecidos nos arts. 18 a 20 do CDC). Mas não poderá suscitar contra a instituição financeira os direitos de adquirente de produto e nem contra o fornecedor os de mutuário. Trata-se, em suma, de duas relações contratuais distintas e inconfundíveis.

Outra diferença que vale a pena registrar diz respeito à limitação dos juros incidentes sobre o valor do crédito. A regulamentação da concessão de crédito encerra uma preocupação presente em quase todas as iniciativas de normatização da vida social, desde a era pré-cristã, atravessando os séculos, até hoje. Essa preocupação centra-se no custo do crédito, isto é, na cobrança de juros, por vezes proibindo-a, por vezes limitando-a. Já no Antigo Testamento, encontra-se referência ao tema (Deuteronômio, 23:1920). Dele tratou também o Código de Hammurabi, estabelecendo taxas diferentes para empréstimos de grãos de prata. Durante a Antigüidade, há indícios de que na Grécia os juros variavam exclusivamente em função do mercado. Mas, em Roma, a lei das Doze Tábuas limitou o valor dos juros inicialmente em 8, 3% e, posteriormente, em 12%. Na Idade Média, proibiram-se os juros, em razão da forte influência do poder clerical sobre a organização da vida em sociedade e da doutrina cristã dos primeiros tempos. Na Inglaterra,

por exemplo, considerava-se nulo qualquer contrato e que fosse prevista a sua cobrança até 1545, quando então as taxas foram limitadas em 10%, inicialmente, a partir de 1713, em 12% .

No Brasil, como o Código Civil definiu o mútuo como contrato presumidamente gratuito (art. 1.262), adotou-se em 1917 o princípio de livre pactuação das taxas de juros, que poderiam ser maiores do que a legal (6% ao ano, segundo o art. 1.062). Em 1933, esse princípio foi superado pelo Dec.-Lei 22.626, que estabeleceu a limitação dos juros. Desde 1938 (Dec.- Lei 182), prevê-se a proibição de cobrança de taxas superiores ao dobro da legal, configurando crime contra a economia a inobservância essa limitação (Dec.- Lei 869/38 e Lei 1.521/51). No entanto, esse limite, entendeu-se cuja remuneração é fixada pelo Conselho Monetário Nacional (Lei 4.595/64, art. 4º, VI e XI). Desse modo, nos termos da legislação atualmente em vigor entretém, na aquisição, como remuneração do capital correspondente à concessão do prazo, juros limitados de acordo com a chamada lei de usura (12% ao ano).

Se, porém, uma instituição financeira intermediar a operação, pagando à vista o fornecedor e sub-rogando-se no crédito concedido, o consumidor pagará os juros praticados no mercado financeiro. Acentue-se, por outro lado, que a atualização monetária do preço do fornecimento não substitui nem é substituível pelos juros. Aquela apenas preserva o poder de compra da moeda em que se expressa o valor do fornecimento, enquanto esses últimos remuneram a temporária indisponibilidade do capital correspondente ao crédito. Nesse sentido, além dos juros limitados na forma da lei, o empresário ou a instituição financeira podem cobrar, a título de correção monetária, o valor que preserve o poder de compra da moeda³.

A presunção do Mútuo

Com a estabilização da moeda nacional, conquistada pelo Plano Real, uma questão deverá ser introduzida no cenário jurídico das relações de direito privado entre concedente e beneficiário do crédito, em especial se este último for um consumidor. Trata-se da discussão sobre a natureza do ato de concessão de crédito realizado diretamente pelo fornecedor de mercadorias ou de serviços, sem a intermediação de instituição financeira.

Como ponto de partida, lembre-se da distinção que a jurisprudência norte-americana faz entre *loan* e *forbearance*, na discussão à concessão de crédito diretamente pelo empresário (*vendor credit*). Isto é, questiona-se como deve ser interpretada a concessão de crédito pelo próprio fornecedor sem a intermediação de instituição financeira. Cabe considerá-la mútuo ou apenas uma forma de tolerância em relação aos prazos de pagamento, essa a questão. Por evidente, ao se configurar a outorga de crédito diretamente pelo vendedor como mútuo, admite-se a adoção de dois diferentes preços para as mercadorias (*cash price* e *time price*). Há na *common law*, contudo, julgados em que se pretende, na concessão de crédito ao consumidor, apenas alguma modalidade de tolerância em relação ao termo liquidação da obrigação, afastando-se nesse caso, a possibilidade de acréscimo ao importante do preço a prazo⁵.

Até a consolidação dos efeitos do Plano Real, esses conceitos eram decididamente inapropriados para a realidade brasileira⁶. De fato, sempre pareceu pertinente discutir-se, nos Estados Unidos, a distinção entre mútuo (*time price doctrine*) e tolerância, em razão da estabilidade econômica e das baixas taxas inflacionárias lá existentes, das quais não resulta perda considerável ao empresário não compensando financeiramente pela prorrogação do prazo de pagamento. Na economia inflacionária em que vivíamos os brasileiros, no entanto, a distinção entre mútuo ou mera tolerância no adiantamento da liquidação da obrigação soava absolutamente despropositada. A concessão de prazo desacompanhada de acréscimos na expressão monetária do preço, por quem quer que seja, representava entre nós sempre um Ônus (referido, geralmente, pela noção de custo financeiro), uma hipótese de enriquecimento indevido. Por isso, não se podia imaginar no Brasil alguma atitude de mera tolerância na dilatação do pagamento do consumidor. Tratava-se, sempre, de mútuo, de crédito concedido pelo fornecedor.

Com o novo cenário econômico, justifica-se considerar a hipótese de o fornecedor apenas tolerar a dilatação do prazo de pagamento do preço do produto ou serviço, sem o surgimento da relação jurídica de mútuo. Com certeza, a concessão de crédito é fato econômico intimamente ligado à concorrência entre os empresários, na conquista de mercados. O fornecedor dá crédito ao consumidor muitas vezes como forma

de atrair maior clientela, oferecendo condições e vantagens melhores que a dos demais empresários com quem está em concorrência. Ora, nesse contexto, é plenamente compreensível que o comerciante e o prestador de serviços consideram a alternativa de não exigir nenhuma remuneração, pela prorrogação do prazo de pagamento, tudo isso não na tentativa de melhor se posicionar no mercado.

Mas se a tolerância no recebimento do preço dos produtos e serviços passa a ser compreensível, enquanto alternativa empresarial; o fato é que não se pode presumi-la. Pelo contrário, se há alguma presunção a ser prestigiada, esta deve ser a de que o fornecedor apenas concordou em conceder o crédito mediante pagamento de acréscimo a título de juros. Ou seja, se inexistirem elementos que possam conferir à dilatação do prazo a inequívoca natureza de tolerância, deve-se reputar que foi firmado verdadeiro contrato de mútuo entre as partes da relação de consumo. Desse modo, se dos termos da publicidade (qualquer que seja o veículo), das condições da oferta, de observações escritas no “pedido” ou mesmo na “nota fiscal”, ou de quaisquer outros elementos próprios da transmissão de informações ao consumidor, não se puder extrair a conclusão segura de que o empresário concordou em renunciar ao recebimento de acréscimos em razão do pagamento a prazo, a solução ajustada é a de que o consumidor é mutuário, é devedor de juros.

A presunção do mútuo, no caso de concessão direta de crédito, decorre da própria natureza empresarial, cujo exercício se norteia sempre pela lógica do lucro. Não se pode presumir, em outros termos, que o fornecedor de bens ou serviços concorda em suportar diminuição de recita, sem vislumbrar qualquer vantagem imediata. Em princípio, todos os seus atos otimizar os recursos gerados pela empresa. Mesmo quando concede crédito por simples tolerância, o empresário o faz no contexto da lógica própria dos empreendimentos econômicos, isto é, identificado uma oportunidade negocial lucrativa próxima ou remota. Desse modo, a presunção é a de que a concessão de crédito ao consumidor é remunerada.

É ilustrativa, a propósito, a análise que a doutrina do direito francês faz do chamado *crédito gratuito*, ao apontá-lo como potencialmente danoso para o próprio consumidor. De fato, o prejuízo pode decorrer, em primeiro lugar, de motivações indevidas que a idéia de gratuidade desperta no espírito das pessoas, em geral, incentivando a compra de produtos nem sempre necessárias. Ms, além disso, a gratuidade anunciada não existe em termos globais, já que o custo do crédito repercute necessariamente sobre o preço dos produtos vendidos⁷. Em outros termos, o crédito gratuito não é senão aparentemente gratuito: na maioria das vezes, o empresário já considerou, ao compor os preços de seus produtos ou serviços, uma certa margem destinada a preservar a integridade de suas contas, no caso de vir a conceder prazo para pagamento ao consumidor.

Em decorrência, percebe-se que, embora a inflação tenha baixado a níveis inexpressivos, persiste o “custo financeiro” da concessão de crédito. Com efeito, se na composição deste custo não tem mais importância a perda do poder aquisitivo da moeda nacional, isso não significa que deixaram de existir conseqüências financeiras do ato de postergar a liquidação de obrigações. Muito pelo contrário. A indisponibilidade dos recursos monetários importa, quando menos, a necessidade de negociar prazos junto a fornecedores, alguma perda de oportunidade de investimento, o adiantamento da reposição de estoque, ou, até mesmo, o socorro aos empréstimos bancários como forma de a suprir.

Claro está, por outro lado, que alguém forçosamente haverá de responder pelo custo financeiro relativo ao não-pagamento à vista do fornecimento. E, por razão de justiça, esse custo deve ser suportado apenas pelo consumidor direta e individualmente beneficiado. Se a lei impusesse ao empresário o ônus do custo financeiro, impedindo-o de repassar ao consumidor o valor correspondente, estaria adotando medida irrealista. No capitalismo, se o particular não for motivado a direcionar seus recursos e energia para a produção ou circulação de bens ou serviços, preferirá aderir a investimentos meramente especulativos. E a motivação do empresário é uma só: o lucro. Ora, para preservá-lo, deve o fornecedor distribuir, entre todos os seus consumidores, o custo financeiro da outorga do crédito, considerando esse item na fixação dos seus preços. Em resumo, o empresário que, por medidas governamentais ou legais, for impedido de repassar o custo financeiro da concessão de crédito ao beneficiário direto (ao consumidor que individualmente aproveitou a facilidade de pagamento), não terá outra alternativa senão a de distribuir no preço do fornecimento pago pelo conjunto de seus consumidores o referido custo.

De uma forma ou de outra, direta ou indiretamente, consciente ou inconsciente, são os próprios consumidores que arcam com os ônus das facilidades de pagamento. Se assim é, o repasse do custo financeiro do crédito ao preço do fornecimento pago apenas pelo consumidor diretamente beneficiado revela-se mais justo que o critério distributivo. Por esse último, quem não se beneficia da dilatação de prazos, ao preferir honrar o pagamento à vista, acaba pagando uma parcela, ainda que pequena, do custo financeiro da concessão de crédito beneficiária de outros consumidores, o que não atende a nenhum valor de equidade.

Haverá, portanto, mais justiça no estabelecimento de dois preços para cada fornecimento do que, de início, poderia se imaginar. A atribuição ao produto ou serviço de preço à vista e preço a prazo diferenciados, esse superior àquele outro, representa medida de racionalidade econômica e de equidade. O consumidor interessado no parcelamento ou na prorrogação do pagamento deve pagar por tal benefício. Os demais consumidores, interessados em liquidar de imediato sua obrigação, não devem, por outro lado, suportar a cota-parte do custo financeiro decorrente de benefício que não usufruíram.

Resenhando as principais conclusões até aqui alcançadas, pode-se afirmar, inicialmente, que só a concessão direta de crédito pelo empresário fornecedor de bens ou serviços poderá ter a eventual natureza de mera tolerância do credor. Se a dilatação do prazo para o pagamento do preço do produto ou serviço, pelo consumidor, decorrer de intervenção de instituição financeira – que paga ao fornecedor o valor devido pelo adquirente e passa a titularizar o crédito correspondente –, a natureza dos atos de concessão de crédito não se discute será sempre e necessariamente mútuo. A discussão acerca da natureza do ato de aceitação de prazo para o pagamento do preço e produtos ou serviços adquiridos no mercado de consumo (se mútuo ou simples tolerância) está circunscrita, portanto, ao crédito concedido diretamente pelo vendedor de mercadorias ou pelo prestador de serviços.

Para discernir a natureza de um específico ato concessivo de crédito, é necessário partir-se da presunção de que o empresário movido pela lógica do lucro, condicionou a postergação do recebimento do preço à remuneração pela indisponibilidade dos recursos monetários correspondente. Numa palavra, o empresário presumivelmente opta pela alternativa do mútuo, e não pela da mera tolerância.

Para que a alternativa da tolerância se caracterize, é indispensável, assim, a existência de inequívocos elementos fáticos, capazes de desfazerem a presunção do mútuo. Esses elementos podem-se encontrar, por exemplo, no conteúdo de mensagens publicitárias, em observações constantes de qualquer escrito elaborado pelo fornecedor (nota fiscal, orçamento, pedido de compra, circular de oferta) ou mesma nas práticas comerciais anteriores, verificadas entre as partes.

DIREITO AMBIENTAL

DA REPARAÇÃO DO DANO ECOLÓGICO

Maria Adelaide de Campos França
Juíza-Auxiliar da Corregedoria-Geral de Justiça

“O movimento ecológico deste fim de século é a última porta aberta para a inalcançada união dos homens, a esperança que restou para a utopia da sociedade fraterna e autogestionária. Ao doutrinar a reconciliação dos seres inteligentes com a natureza, a pregação ecológica metaboliza o plasma da sobrevivência do homem e de sua morada no universo”.

(Extraído do artigo “O Direito Ambiental e o Novo Humanismo Ecológico”, de Carlos Roberto de Siqueira Castro, *Revista Forense*. 317/65)

A crescente preocupação das nações com a proteção ao meio ambiente denota-se evidente à medida que o próprio crescimento populacional está a exigir a utilização, cada vez maior, de áreas de terras, providas do necessário saneamento e ladeadas de desenvolvimento econômico, científico e social.

As experiências atômicas a céu aberto e no subsolo, o lixo radioativo, os desmatamentos, o uso de agrotóxicos, os esgotos domésticos, o despejo de subprodutos industriais nos mares e rios, a liberação de gases tóxicos por veículos automotores e outros processos de degradação ambiental revelam a necessidade de se tutelar, juridicamente, o meio ambiente, adotando medidas aptas a evitar ou impedir a ocorrência de danos ecológicos – *tutela preventiva* – a responsabilizar civilmente o poluidor e quem, de alguma forma, contribuiu para a ocorrência de um dano ecológico, além de obrigá-los à reconstituição do meio ambiente – *tutela reparatória* – e a impor sanções de toda ordem aos responsáveis pelo dano ecológico – *tutela repressiva*.

Vale lembrar que dano ecológico ou dano ambiental é toda alteração das qualidades e condições normais das águas, do ar atmosférico, do solo, da fauna e da flora, podendo alcançar não somente o mencionado ambiente natural, mas também os ambientes artificial e cultural – o primeiro, formado pelo espaço urbano construído pelos patrimônios histórico, paisagístico, artístico, turístico e arqueológico.

E a interação dos elementos naturais, artificiais e culturais, a propiciar o desenvolvimento equilibrado da vida, em todas as suas formas, é o que se denomina meio ambiente. Evidentemente, a preservação, a recuperação e a vitalização do meio ambiente devem constituir uma preocupação não só do poder público, mas de todos nós, à medida que a degradação ecológica afeta a própria qualidade de vida, podendo levar, até, à extinção de espécies.

Busca do Desenvolvimento Sustentável

A política nacional do meio ambiente surgiu, entre nós, com a edição da Lei 6.938, de 31.8.81, justamente para buscar um equilíbrio entre o desenvolvimento e a proteção ambiental. Esse é, pois, o principal objetivo a ser atingido – a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico. Com efeito, a exploração equilibrada dos recursos naturais com vistas a atender o bem-estar e as necessidades dos homens, desta e das futuras gerações, é o que se chama de desenvolvimento sustentável, perseguido por todas as nações.

José Afonso da Silva preleciona que tal desenvolvimento “requer”, como seu requisito indispensável, um crescimento econômico que envolva eqüitativa redistribuição dos resultados do processo produtivo e a erradicação da pobreza, de forma a reduzir as disparidades nos padrões de vida e melhor atendimento da maioria da população” (princípio 5 da Declaração do Rio de Janeiro da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente). Se o desenvolvimento não elimina a pobreza absoluta, não propicia um nível de vida que satisfaça às necessidades essenciais da população em geral, ele não pode ser qualificado de sustentável”.

(In: *Direito Ambiental Constitucional*. 2ªed. Malheiros, 1995, p.8).

A respeito, assevera Paulo Affonso Leme Machado que “para que as gerações futuras possam encontrar recursos ambientais utilizáveis, que não tenham sido esgotados, corrompidos ou poluídos pelas gerações presentes, novos mecanismos de controle ambiental foram concebidos e estão sendo introduzidos nas legislações” (In: “Auditoria Ambiental – Instrumento para o Desenvolvimento Sustentável”, *Revista de Direito Ambiental*. Ed. Revista dos Tribunais, p.74).

Recomposição como forma de preservação

A preservação do meio ambiente é, portanto, tarefa inafastável do poder público, que se concretiza com a adoção de procedimentos e medidas que antecedem, têm concomitância ou sucedem a ocorrência de um dano ecológico. Infere-se, pois, que a responsabilidade, em termos ambientais, apresenta, no que diz respeito a conseqüências jurídicas do dano, aspectos preventivos repressivos e reparatórios, estes últimos consistentes em indenizações e /ou, quando possível, em restabelecimento do *status quo ante*.

Diversos são os julgados que decidiram pela condenação do poluidor à recomposição ou reconstituição, tanto quanto possível, da situação anterior. A Colenda 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em sede de apelação, confirmou sentença que condenou o responsável pela mortandade de peixes do rio Verde, a colocar, nas águas que poluiu, quantidade de alevinos necessários ao repeixamento, determinando que a fixação do número, do tamanho e da espécie fosse feita por órgão técnico, mediante

entendimentos com o Instituto Estadual de Florestas (IEF) e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (Ibama).

Conclui-se, na ocasião, o relator, desembargador Fernandes Filho: “estou convencido de que a reparação do dano, para ser eficaz e ter sentido, há de ser acompanhada e fiscalizada por pessoas públicas idôneas, com conhecimentos específicos sobre a matéria, e, assim, em condições de oferecer orienta-se para o restabelecimento, se ainda possível, do equilíbrio do ecossistema do rio Verde, violado pela ação do ora apelante. Num ponto parece inexistir controvérsia: o repeixamento, pena de violência ao meio, há de ser feito com alevinos das espécies da bacia do alto rio Grande, na qual está inserida a do rio Verde. Com a providência, garantir-se-á, até quando possível, a manutenção das condições anteriores, preservada a originalidade do ecossistema do mesmo rio Verde”. (RT 709/131).

Ao confirmar sentença proferida em ação civil pública que condenou a empresa ré a restaurar a vegetação que devastou com o replantio da mata, a Colenda 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em acórdão relatado pelo desembargador Mattos Faria, consignou: “o que pretende na presente é a reparação do dano causado, que não se confunde com multa aplicada pela polícia florestal. A Lei 6.938, de 31.8.81, que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, prevê em seu art. 14, § 1º: “sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste art. , é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.(...) Vale acrescentar, que a defesa do meio ambiente seta expressivamente enfocada na atual Constituição da República, destacando-se o art. 225, § 2º e 3º, que dispõem; “aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com a solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da Lei” e ‘as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar o dano causado’.” (JTJ-LEX 170/134).

Da indenização

Se inviável recomposição ou reconstituição da situação anterior, a reparação resolve-se, tão somente, em obrigação de indenizar. A respeito, transcreve-se ementa relativa acórdão relatado pelo desembargador Oto Luiz Sponholz, da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Paraná: “meio ambiente – Dano – Responsabilidade civil – Poluição de córrego – Depósito de resíduos líquidos de vinhoto – Danos graves à ictiofauna – Nexo causal demonstrado – Indenização devida – Aplicação do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81” .”Emenda oficial – Meio ambiente. Ação civil pública. Poluição de córrego: resíduos líquidos de vinhoto. Danos graves à ictiofauna. Ação procedente. Apelação improvida.1. A vinhaça ou vinhoto produzido pela destilação do álcool, quando depositada em leito de rio, sofre uma ação bacteriológica, provocando decomposição através de bactérias aeróbicas cujos efeitos alteram o equilíbrio ecológico causando sérios prejuízos à vida aquática, devendo a empresa causadora dos danos daí decorrentes ser responsabilizada civilmente. 2. Comprovada a lesão ao meio ambiente e à ictiofauna, inclusive pela morte de milhares de peixes, em razão da atividade poluente exercida pela fabricante de álcool, a sua responsabilidade civil é patente, eis que objetiva, desnecessário sendo tecer quaisquer considerações acerca da caráter culposo dos atos causadores do dano ambiental. Apelo improvido.” (RT 686/153).

Mencionou o relator a inviabilidade de se responsabilizar a empresa pelo repovoamento da área em instância recursal, não só ante a ofensa ao duplo grau de jurisdição, pois a matéria não fora antes alegada, mas também, ante o teor dos esclarecimentos prestados pelo perito judicial que, no momento oportuno, asseverou: “o repovoamento das espécies em questão seria praticamente impossível de ser realizado pelo ser humano em curto espaço de tempo, principalmente porque os espécimes atingidos dificilmente são reproduzidos em cativeiro. A natureza é sábia e, como tal, merece ser tratada. Entretanto, um ecossistema atingido, um equilíbrio afetado, provoca danos mais sérios, e não seria com um simples cálculo matemático que a questão seria resolvida. Ocorreu a mortandade de peixes adaptados àquele curso d’água. Espécimes que já faziam parte incontestemente da ictiofauna local. A natureza não se forma com um simples passe de mágica. Ocorre todo um processo genético, de adequação àquele meio ambiente e que demora um período incalculável, e o homem consegue interromper este ciclo em curto espaço de tempo.”

Vale lembrar que, no tocante à responsabilidade civil por dano ecológico, há que se observar o princípio denominado poluidor-pagador. Tal princípio, definido do art. 3º, IV, da Lei 6.938/81, norteia todo o direito ambiental e impõe ao poluidor o dever de arcar com a reparação do meio ambiente atingido pela poluição que deu causa.

Responsabilidade civil objetiva

A Lei 6.938/81, em seu art. 14, § 1º, adotou a teoria da responsabilidade civil objetiva ao estabelecer a obrigação do poluidor, independentemente de existência de culpa, de indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade. Suficiente, pois, que se demonstre o nexo causal entre o comportamento do agente e a lesão ao meio ambiente, não se cogitando da ilicitude do ato, nem de eventual ocorrência de dolo ou culpa.

Há, todavia, autores que entendem que, se o fato danoso por poluição foi causado por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, quer do agente público, quer do particular, há que se aplicar a responsabilidade subjetiva ou da culpa. Se, por outro lado, o dano resultou de fato ou ato normal, legítimo ou legal, o agente deve responder objetivamente, independentemente da existência da culpa.

Teoria do Risco Integral

Discussão existe entre os doutrinadores acerca da admissão da teoria da responsabilidade civil por risco integral, com relação ao dano ecológico.

Sérgio Ferraz, Edis Milaré, Maria Luiza Machado Granziera, José Afonso da Silva e outros entendem ter sido adotada, em termos ambientais, a tese da responsabilidade objetiva pelo risco integral da atividade, fundada no princípio de que deve responder pelo risco ou pelas desvantagens decorrentes da atividade aquele que desta extrai lucro.

Leciona Édis Milaré, “além da prescindibilidade da culpa, uma segunda consequência da adoção da responsabilidade objetiva sob a modalidade do risco integral consiste na irrelevância da licitude da atividade”. E, continua, “na ação civil pública ambiental não se discute, necessariamente, a legalidade do ato. É a potencialidade de dano que o ato possa trazer aos bens ambientais que servirá de fundamento da sentença.” (In: “Tutela jurídico-civil do ambiente”, *Revista de Direito Ambiental*, 0, Editora Revista dos Tribunais).

Divergências há, também, quanto a admissão das tradicionais cláusulas excludentes da responsabilidade civil – o caso fortuito e a força maior. A tendência da doutrina é no sentido de não aceitar tais excludentes quando o dano é ambiental. Mancuso, em seu livro “Ação Civil Pública”, assevera que “em tema de interesses difusos, o que conta é o dano produzido e a necessidade de uma integral reparação. Outros autores, porém, sustentam a possibilidade de serem as clássicas excludentes invocadas para elidir a obrigação de indenizar dano ambiental, entendendo-as compatível com todo o ordenamento jurídico instalado com a nova ordem constitucional.

Responsabilidade Civil do Estado

Problema outro refere-se à responsabilidade do Estado, Inegavelmente, a atual ordem jurídica constitucional, instalada com a Carta Constitucional de 1988, estabeleceu ser o poder público o primeiro responsável pela proteção ao meio ambiente (art. 23 VI, VII, da Constituição). Nesse passo, além da obrigação do próprio causador do dano, deve responder o Estado, por atos, comissivos ou omissivos, de seus agentes que, nessa condição, venham dar causa ao dano ambiental.

Uma vez comprovada, por exemplo, a expedição de uma autorização indevida para exploração de recursos, responderá o poder público pelos danos ambientais, ainda que causados por particular. Responderá, da mesma forma, diante da comprovação da omissão de seu poder-dever fiscalizatório.

Relativamente ao Estado, todavia, admitem-se as causas excludentes da obrigação de indenizar, ainda que se trate de dano ecológico, uma vez que, aplicável, sem restrição, a teoria do risco administrativo, reafirma pela CF, em seu art. 37, § 6º. Pertencente, também, à espécie da responsabilidade objetiva, porque independente da culpa do agente, tal teoria não exclui a obrigação do Estado de indenizar, mas permite que demonstre ele a ocorrência de caso fortuito ou força maior para excluir a indenização.

Sustenta-se que, mesmo que o Estado responda solidariamente por danos ambientais praticados por terceiros, tem ele a permissão constitucional de invocar uma causa excludente, a fim de não onerar, ainda mais, a própria sociedade, que, na realidade, é quem suporta a indenização. A evidência, é de rigor inferir ser a modalidade do risco integral a que exige maior preocupação e mais eficiente da administração pública no tocante à tutela ambiental.

As sérias conseqüências de um dano ecológico devem ser evitadas ou minimizadas mediante o emprego de medidas e procedimentos de prevenção, de reparação e de repressão pelo poder público, que há de exercer rigorosa fiscalização sobre o cumprimento da legislação ambiental para a obtenção de resultados favoráveis. Diante da concretização de um ato lesivo ao meio ambiente, a solução que se denota mais adequada é a condenação do agente-degradador à reconstituição ou recomposição a situação anterior, se e quanto possível.

A adoção, entre nós, da teoria da responsabilidade civil objetiva na modalidade do risco com relação ao dano ecológico, tanto para os particulares como para o Estado, melhor atender aos anseios e às necessidades de toda a coletividade que, a cada momento, assiste e lamenta a degradação dos rios, dos mares, do ar e do solo e a extinção de tantas espécies vivas.

O Estado, primeiro responsável pela proteção ambiental, deve arcar integralmente com os prejuízos causados aos bens ambientais, à medida que esses ultrapassam o âmbito nacional alcançado esfera muito mais ampla, concernente à própria sobrevivência da humanidade. Não há que se falar em excludente ou justificativa em face de um desenvolvimento predatório e autodestruidor.

DIREITO INTERNACIONAL, COMUNITÁRIO E MERCOSUL

PROCESSO CIVIL SUPRANACIONAL, UNIÃO EUROPÉIA E MERCOSUL

Sidnei Agostinho Beneti
Desembargador do Tribunal de Justiça e São Paulo.

É um dos tempos atuais a solidificação dos blocos regionais supranacionais. A União Européia constitui grupo econômico¹ capaz de oferecer interlocutor ao bloco norte-americano comandado pelos Estados Unidos e Canadá. O Pacto Andino junta povos do oriente da América Latina e, para nós, o Mercosul se torna realidade, cumprido o cronograma de implantação, a partir do Tratado de Assunção.

Essa nova ordem, em maior ou menor escala, é supranacional, o que quer dizer algo bem diverso da ordem nacional e da ordem internacional. A diferença da nova ordem supranacional, em comparação com a ordem nacional e internacional, é que estas últimas são, em última análise, nacionais, pois se o direito nacional se afirma, quer à sua própria consideração, quer em suas relações com outros direitos nacionais, ao passo que a ordem supranacional constitui outra unidade normativa, situada acima das ordens nacionais, tornando-se, na clássica observação de Diez de Velasco, para a mais forte dessas ordens, a União Européia, um entre jurídico “entre um sistema propriamente internacional e um embrião de sistema federal”².

Direito Processual Internacional

A ordem jurídica estatal é, antes de tudo, essencialmente nacional, mas, ante o relacionamento entre os Estados, mormente nos tempos em que as relações econômicas, os transportes e a comunicação suprimem de fato as fronteiras, harmonizam-se as diversas ordens jurídicas nacionais³.

Esse relacionamento nacional entre os Estados acarreta, para o direito processual, a exigência de toda a extensa normatividade necessária à realização da prestação jurisdicional pelo Estado, de modo a alcançar pessoas, bens e atos jurídicos no âmbito extraterritorial, quer dizer, no campo internacional, com a necessária estabilidade do comando normativo mediante a afirmação da vontade da lei no caso concreto. Harmonização da soberania nacional, no âmbito da jurisdição do Estado em que se concretiza o processo, com a soberania de outros Estados, em que devem ser praticados atos processuais referentes ao desenvolvimento do processo ou à execução nele decidida.

Com propriedade, tem-se o campo do direito processual internacional, matéria à qual vêm sendo dedicados estudos cientificamente bem demarcados, nos centros culturais em que mais diretamente repercute o fenômeno da internacionalização⁴.

No campo do direito processual internacional há a concorrência de duas ou mais ordens jurídicas nacionais, devendo elas harmonizarem-se segundo aludido direito. São questões de um direito nacional, posto em confronto com outro direito nacional. As regras nacionais determinam a extensão da normatividade nacional a outros Estados, ou definem a flexibilidade da normatividade nacional para a aceitação de julgamentos realizados segundo a ordem jurídica estrangeira, ou para a admissão de prática de atos processuais tendentes à satisfação da ordem jurídica exterior⁵.

Relações Supranacionais: Normas Supranacionais

A novidade é o direito processual supranacional. Fenômeno do maior desenvolvimento na Europa do Pós-guerra, vêm-se criando organismos de harmonização de atividades de produção, comércio, controle aduaneiro, imposição tributária, circulação de bens e pessoas, de modo a constituir-se formidável massa de normas internacionais, materializadas em tratados, convenções pactos e outros instrumentos de direito internacional.

Os organismos supranacionais, cujo mais expressivo representante, sem dúvida, é a atual União Européia, foram institucionalizando-se por intermédio de evolução que, considerada a expressão da matéria, não pode ser considerada lenta⁶, mas, ao contrário, rápida e decisiva, conservando sempre trajetória segura de constituição de blocos de normatividade capazes de assegurar a consecução de objetivos regionais bem definidos, mormente aptos ao enfrentamento de outros blocos econômicos, de origem nacional, mas de vocação multinacional apta à implantação segura nos mais diversos Estados nacionais⁷.

Esses organismos supranacionais constituem centros normativos, a cujas normas submetem-se os Estados que deles participam, inclusive nas Constituições nacionais, que foram emendadas, para a submissão, inclusive das próprias normatividades, às normas supranacionais, as quais, na divergência, prevalecem sobre a Constituição de cada Estado-membro.

No campo de ciência política e da doutrina do Estado, são entes novos⁸. Não são, evidentemente, Estados nacionais; não constituem federação, porque não suprimem a soberania de cada Estado, que prossegue com representação internacional própria; não integram confederação, porque são dotados de personalidade jurídica de direito público internacional, constituindo mais do que mera reunião de Estados, que conservam, além disso, a faculdade de dissociação, a qualquer tempo, assegurada pelos atos de regência normatividade da União. Fenômeno novo, os organismos supranacionais, na forma de maior aperfeiçoamento, como a União Européia, só podem inserir-se em categoria nova, de ente jurídico Superestado, no sentido de situar-se acima de cada um dos Estados, conservando-se a individualidade destes; uma espécie de federação restrita a pontos da soberania estatal apropriados pelo ente supranacional no ato da inserção participativa⁸.

Os entes supranacionais existentes na atualidade, contudo, estão longe da uniformidade, variando a quantidade de poderes nacionais cujo exercício é permitido a cada entidade. A soberania nacional encerra feixe de poderes do Estado, dos quais alguns se transferem ao ente supranacional. A medida da variedade coloca-se em relação direta com a quantidade de poderes transferidos. O mais comum é a auto-submissão do Estado a regras comuns a respeito de atividade administrativa e fiscal aduaneira, de transporte de bens e locomoção de pessoas. Em alguns casos, contudo, a regência supranacional. A medida da variedade coloca-se em relação direta com a quantidade de poderes transferidos. O mais comum é a auto-submissão do Estado a regras comuns a respeito de atividade administrativa e fiscal aduaneira, de transporte de bens e locomoção de pessoas. Em alguns casos, contudo, a regência supranacional atinge fina regulamentação, de modo a interferir na própria produção nacional, como é o caso da regulação da concorrência e da qualidade exigível de produtos, havendo, mesmo, a aspiração a implantação de uma só moeda supranacional¹⁰.

Direito Processual Supranacional: A Experiência da Europa

No âmbito da jurisdição, a conseqüência é o surgimento do Direito processual supranacional, necessário à própria existência do bloco supranacional. Fala-se, no caso mais desenvolvido, em “sistema judiciário das Comunidades Européias”¹¹. e assinala-se que um aspecto essencial para a validade e consecução do direito comunitário europeu localiza-se na outorga de proteção jurídica nos casos litigiosos. Por esse modo a Comunidade Européia assegura sua autoridade¹². Pode-se afirmar que não existiria a União Européia nos sólidos moldes atuais sem o firme sistema judiciário baseado no Tribunal de Justiça das Comunidades Européias (TJCE), sediado em Luxemburgo. Como afirma Juan José Martín Arribas, “o mérito do TJCE está em haver constituído, desde a origem e sobre um terreno favorável, até o ponto mesmo de transcender a situação já dada, um direito comunitário como a ponta de lança da construção européia. Daí podermos afirmar que o TJ, como o órgão independente dentro do conjunto das instituições comunitárias, patrocina e promove progressivamente a integração jurídica européia, o que nos faz subscrever com o conhecido juiz P. Pescatore que, pela primeira vez, uma jurisdição foi realmente inserida em um sistema institucional internacional: sua competência foi definida de tal maneira que os juízes estão em condições de fazer jogar seu papel no Direito; e, por último, criou-se em vínculo orgânico entre esta jurisdição comum e os poderes jurisdicionais nacionais”¹³. A extensa jurisprudência da Corte de Luxemburgo tem garantido o funcionamento do sistema, arbitrando, com decisões sancionadas com a coactividade, as tensões geradas pelo choque de interesses privados e públicos no âmbito das comunidades¹⁴.

Tribunal de Justiça Supranacional

A experiência viva em matéria supranacional é a das comunidades européias, ora enfeixadas na União Européia. Nesse âmbito veio a firmar-se a necessidade da implantação da jurisdição supranacional como instrumento de composição de lides e afirmação do direito supranacional.

O Tribunal das Comunidades Européias, sediado em Luxemburgo, foi criado em 1952¹⁵. A 24 de outubro de 1988 foi criado o Tribunal de Justiça da 1ª Instância, também no Luxemburgo, tendo “como objetivo melhorar a proteção judicial dos que recorrem ao Tribunal, instaurando um duplo grau de jurisdição e permitindo ao Tribunal de Justiça concentrar-se na sua tarefa essencial: a interpretação do direito comunitário”¹⁶. O processo de determinação jurisdicional do direito comunitário permanece com o Tribunal de Justiça e por isso será a seguir exposta, com a base necessária à existência da comunidade supranacional estável.

Ações e Recursos Necessários à Supranacionalidade

Seis modalidades de ações e recursos mostraram-se necessários à estabilidade da interpretação dos tratados da União Européia. Anote-se que, sem a força jurisdicional resultante dessas ações e recursos, sobretudo do último, o chamado *reenvio prejudicial*, não haveria direito estável entre as jurisdições nacionais e, portanto, estaria pulverizada a própria União Européia devido ao choque das soberanias decorrentes de guerra jurisdicional. As ações e os recursos são os seguintes:

- I) *Ação por incumprimento*: destinada a controlar o cumprimento pelos Estados-membros das obrigações impostas pelo direito comunitário. São legitimados a propô-la apenas a Comissão da União Européia¹⁷ e cada Estado-membro.
- II) *Recurso de anulação*: pode ser proposto sem duas hipóteses: a) pelos Estados-membros, conselho ou comissão, para anulação, no todo ou em parte, de disposições comunitárias; b) pelos particulares, para anulação de atos jurídicos que lhes tragam prejuízo individual direto.
- III) *Ação por omissão*: tem por finalidade o controle da inatividade, silêncio ou inação das instituições comunitárias, que tragam prejuízo aos princípios da Comunidade Européia.
- IV) *Ação de responsabilidade civil*: objetiva a efetivação de responsabilidade extracontratual da Comunidade, no tocante aos danos causados por suas instituições ou agentes no exercício de suas funções.
- V) *Recurso ordinário*: recurso limitado às questões de Direito, contra decisões do Tribunal de 1ª Instância.
- VI) *Reenvio prejudicial*: destinado a assegurar a uniformidade na aplicação do direito comunitário, no âmbito das diversas jurisdições de cada um dos Estados-membros da União – cujos juízes funcionam, quando perante eles aforada ação referente a questão comunitária, como juízes comunitários. Essas questões são, geralmente, atinentes a execução administrativa do direito comunitário pelos estados-membros e a disposições dos tratados e direito derivado, que criem direito em prol dos cidadãos europeus, os quais devem ser garantidos pelos tribunais nacionais. O processo de reenvio prejudicial só pode ser provocado por órgão jurisdicional nacional, nas dele, no Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, participam todas as partes envolvidas, chegando-se, pois, à admirável coesão do direito comunitário, em face da diversidade dos sistemas jurídicos dos Estados-membros – o que é essencial para a criação do conceito de cidadania européia, que já vem se afirmando a cada momento em todas as nações da Comunidade.

A Jurisprudência Estável da União Européia

Esse verdadeiro complexo judiciário¹⁶ vem assegurando a unidade européia, com a qual fundamentalmente comprometido, de modo a superar a individualidade das marcantes diferenças regionais que se apresentariam nas diferentes jurisdições, bem como a evitar a dispersão na praticização do comando legal comunitário relativamente ao caso concreto, dispersão que fatalmente haveria no caso da improvisação jurisdicional que ocorreria se instituísse uma unidade de julgamento específico de cada caso.

Nesse sistema harmônico de interpretação da norma comunitária em confronto com a normatividade interna de cada estado-membro é que foi possível formar admirável teia jurisprudencial, de que se isolam, para mera exemplificação, alguns casos de coactividade geral, impensável à luz de outros sistemas de composição de conflitos, que não o da decisão jurisdicional supranacional.

Ponderem-se as tensões jurídicas solucionadas nos seguintes *leading cases*¹⁹:

- I) Hydrotherm Geratebrau – TJ – UE – Acórdão de 12.7.1984 – Empresa: “Deve ser compreendida como designando uma unidade econômica do ponto de vista do acordo em causa, mesmo se do ponto de vista jurídico, é constituída de várias pessoas singulares ou coletivas.”
- II) Suiker Unie – TJ- UE – Acórdão de 16.12.1975 – “Práticas concertadas” – forma de coordenação entre empresas que “sem ter sido levada até à realização de uma convenção propriamente dita, (...) substitui ciente e cooperativamente uma cooperação prática entre elas aos rios da concorrência, cooperação tendo por resultado as condições normais do mercado.”
- III) Brasserie de Haecht I – TJ-UE – Acórdão de 12.12.1967 – O art. 85 é aplicável quando com base num conjunto de elementos objetivos de fato ou de direito, se pode concluir que um acordo “está em moldes de exercer eventualmente uma incidência direta ou indireta nas correntes de trocas comerciais entre Estados-membros, de contribuir para a separação do mercado e de tornar mais difícil a interpretação desejada pelo Tratado de Roma.”
- IV) Polipropileno – TJ-UE-1ª Instância – Acórdão de 1992 – Quando a comissão dispõe de dados suficientes dos quais consta que algumas empresas têm a intenção comum de seguir uma determinada linha de comportamento no mercado, a comissão pode considerar provada a existência de um “acordo” na acepção do art. 85.

- V) *Viakgas* – TJ- UE 1ª Instância – Acórdão de 1992- Quando comissão dispõe pela possibilidade de várias empresas possuírem uma posição de força, embora, no caso, não se provando a derrogação do art. 86.
- VI) *Cassis de Dijon* – TJ –UE – Acórdão de 20.2.1979 – *Licores Cassis* – Princípio da proporcionalidade ou proporção como critério para confrontar o uso das competências pelos Estados-membros com os objetivos do tratado. O governo alemão tentou defender uma decisão limitando um teor de álcool mínimo obrigatório, mencionando da saúde pública, porque os produtos com um baixo teor de álcool provocariam uma maior dependência do que as bebidas com um teor de álcool mais elevado (Flieger, p. 13). “ No caso do processo *Cassis de Dijon*, a suposta vantagem quanto ao teor mínimo de álcool, fixado como obrigatório pela autoridade francesa na bebida *cassis*, visando à saúde pública, não contrabalançou a desvantagem que esse obstáculo significou para a importação estrangeira do *cassis*.”
- VII) *RAU/SE Smedt* – TJ-UE – Acórdão de 20.11.1982 – *Margarina belga* – Regulamentação prescrevendo uma embalagem de margarina em forma de cubo, por assim dizer para melhor esclarecimento do consumidor – prática condenada pelo Tribunal de Justiça.

O Mercosul e a Composição de Conflitos

O Mercosul²⁰, em comparação com a União Européia busca seus destinos. A Evolução retarda-se para a criação de uma Corte Supranacional – retardamento causado por razões de evolução histórica e de afirmação de objetivos político-econômicos²².

Na síntese esclarecida de Jürgen Samtleben, ‘na área do Mercosul o Protocolo de Ouro Preto submete expressamente todas as controvérsias sobre a interpretação do direito comunitário aos procedimentos de solução estabelecidos no protocolo de Brasília. Uma cláusula semelhante está incluída nos tratados e protocolos celebrados no âmbito do Mercosul, como, por exemplo, no Acordo de Lãs Lemas sobre Cooperação Judicial, no Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional e no Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares. É obvio que os procedimentos estabelecidos no Protocolo de Brasília são completamente inadequados quando o juiz nacional tenha que aplicar uma norma destas convenções ou outra norma do direito comunitário. Para esses casos seria recomendável introduzir no ordenamento jurídico do Mercosul um mecanismo da interpretação prejudicial por uma Corte Supranacional que garanta a aplicação uniforme do direito comunitário. Por essa via, também ficariam atenuados os problemas constitucionais relacionados com o conceito de soberania, já que a última decisão, em todo caso, caberia ao juiz nacional’²³. A ausência de uma Corte Supranacional no âmbito do Mercosul, na visão, ainda, de Jürgen Samtleben, só não vem causando grandes danos sistemáticos apenas devido ao caráter incipiente do ordenamento jurídico supranacional e ao princípio do consenso, que faz com que “todas as decisões dos órgão se tornam por consenso de todos os Estados partes”²⁴.

Em conclusão, além do direito processual nacional e internacional, há o mundo uma nova realidade que é o direito processual supranacional. Necessário aos blocos de Estado que se associam em torno da supranacionalidade, apresenta-se com institutos próprios e, sobretudo, com ações, recursos e procedimentos jurisdicionais característicos, aos quais não bastam as categorias do processual nacional.

Ao atingirem a maturidade jurídica, superando a fase inicial de mero acordo de interesses de mercado e trânsito de bens e pessoas pelas fronteiras nacionais, com a formação de consciência supranacional regional, as entidades supranacionais passam a ter por pressuposto de uniformidade e coactividade normativa a institucionalização jurisdicional, opor intermédio de uma Corte de Justiça, como mecanismo permanente de solução de controvérsias jurídicas, apto a fornecer estabilidade ao sistema²⁵. A essa necessidade não escapará o Mercosul, no decorrer do desenvolvimento como entidade supranacional. Momento de constituição, modo de composição e instrumentos processuais são, evidentemente, matéria de porvir.

DIREITO INTERNACIONAL, COMUNITÁRIO E MERCOSUL

MERCOSUL: INTEGRAÇÃO, VICISSITUDES E POSSIBILIDADES

Francisco Pedro Jucá
Juiz do Trabalho da 8ª Região (PA/AP)

O exame da integração dos países da América do Sul há de ser feito considerando o eixo do processo de globalização ou mundialização da economia, decorrente principalmente da terceira revolução industrial ora em curso.

Convencionou-se chamar de globalização o fenômeno de progressiva interdependência das economias, onde se rompem os padrões tradicionais marcados pelo binômio projeto nacional e autarquia econômica, no qual os fundamentavam sua planificação – particularmente no terceiro mundo e, em especial, na América Latina – no modelo de substituição de importações, formação de indústria de base, incremento de exportação para a geração de excedentes cambiais destinados a financiar as importações para a indústria básica e construção da auto-suficiência.

Dentre os fatores que ensejaram estas mudanças é conveniente destacar a “desconstrução” da experiência socialista, com a desmontagem do bloco soviético do que são conseqüências a unificação alemã e o ressurgimento dos Estados-nacionais integrantes do bloco da cortina de ferro, pondo termo à bipolaridade adventícia do pós-guerra. Coetaneamente, o modelo de *welfare state* vigente na Europa começa a dar sinais fortes de incapacidade de manutenção, e dá-se a ascensão do neoconservadorismo anglo-saxônico, com a construção de uma teoria e prática de política econômica que se veio denominar “neoliberal”, embutido a concepção do Estado-mínimo, a redução da intervenção na economia e suprimindo as políticas julgadas paternalistas de assistencialismo, com transferência para a iniciativa privada das empresas públicas e sociedade de economia mista.

Nesse contexto ganha relevo a política do capital informação-tecnologia, controlada fundamentalmente pelos países do G-7, que ficam em vantagem no direcionamento da política econômica internacional, consolidando, assim, o domínio do primeiro mundo sobre o restante. Em termos gerais, duas formas as conseqüências importantes: diminuição da capacidade do Estado-nacional de impor regras, com a aceitação da desregulamentação e auto-regulação do mercado; por outro lado, predominância política e estratégica das grandes corporações, contrapondo-se às posições dos Estados nacionais.

A sociedade da informação e da tecnologia sofisticada experimenta vigorosa mudança no modo de produção mundial, cujas etapas desenvolvem-se em diversos países. Ocorrem migrações de fábricas e de processos industriais, e as distâncias geográficas e demais variáveis econômicas tradicionais passam a ter impacto diferenciado.

Sem dúvida, este quadro provocou perplexidade nos Estados-nacionais, e as economias excluídas do G-7 buscaram estratégias de articulação, para tentar inserção no processo. A mais importante delas, assinala Jacob Gorender¹, é o que chamamos de “blocagem regional”, formação de blocos econômicos regionais, nos modelos da União Européia, do Tratado de Livre Comércio da América do Norte (Nafta) e do Mercosul. Na verdade, estas uniões regionais são tentativas de inserção no processo, para Estados-nacionais com reduzidas possibilidades de ação individualizada no comércio internacional. Nas palavras de Gorender, “a política de blocos encerra significação contraditória no que se refere ao comércio mundial. Por outro lado, contribui para incentivá-lo, na medida em que intensifica o intercâmbio entre membros do bloco, e destes com parceiros externos. Por outro lado, porém, permite a prática protecionista do bloco em conjunto diante de outros blocos e, em geral, de países de fora, desta maneira conduzindo um desvio de comércio”. Essa estratégia deve servir de orientação para o exame do Mercosul, pois é através destes mecanismos que se constata a ação da América Latina para inserir-se no quadro da economia globalizada ou em globalização.

Antecedentes do Mercosul

Conforme acentua Paulo Borba Casella², desde o século XIX, com a independência dos países latino-americanos, estes vêm tentando construir uma união regional, desenvolvendo intenso esforço integrativo, sem resultados práticos significativos em face das diferenças e divergências inerentes às estruturas internas dos países. Mesmo assim, em 18 de fevereiro de 1960, pelo Tratado de Montevidéu, foi criada a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (Alalc), reunindo, de início, Brasil, Argentina, Chile, México, Paraguai, Peru e Uruguai, com as adesões, em 1961, da Colômbia e do Equador, em 1966, da Bolívia e, em 1967, da Venezuela. O objetivo da Alalc era a criação de uma área de livre comércio, precedida de uma transição de 12 anos, consideradas as diferenças de desenvolvimento e políticas monetárias e cambiais de seus membros, o que não foi alcançado. Ainda assim, em 12 de agosto de 1980, novamente em Montevidéu, foi constituída a Associação Latino Americana de Integração (Aladi), reunindo Brasil, Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, México, Paraguai, Peru, Uruguai, e Venezuela.

É preciso considerar que os modelos Alalc e Aladi têm a concepção de relações estatais, objetivando cooperação, intercâmbio e ação conjunta entre governos, mirando mais o comércio internacional tradicional do que propriamente um mercado comum.

Ainda na esteira destas tentativas recentes, em 1967 foi feita a Declaração dos Presidentes Americanos e, em maio de 1969, celebrado o Acordo de Cartagena, que incorporou as experiências anteriores. Casella destaca que “os objetivos do Acordo de Cartagena são situados combinando dicotomia entre o sentido de promover o desenvolvimento equilibrado e harmônico dos Estados-membros, em condições eqüitativas, mediante a integração e a operação econômica e social, acelerar o crescimento e a geração de empregos, facilitar a participação no processo de integração regional, visando a formação gradual de um mercado comum latino-americano, e simultaneamente diminuir a vulnerabilidade externa e melhorar a posição dos Estados membros no contexto econômico internacional, fortalecer a solidariedade sub-regional e reduzir as desigualdades de desenvolvimento existentes entre os países membros, tendo a finalidade de proporcionar melhoria persistente do nível de vida dos habitantes da sub-região”.

Esse já é um passo mais significativo no amadurecimento do processo integracionista. O art. 3º do Tratado Constitutivo, lembrado por Casella, prevê harmonização de políticas econômicas e sociais e de suas legislações, programação conjunta do desenvolvimento industrial, avanço na liberação do intercâmbio comercial, tarifa externa comum, canalização de recursos para financiar o processo de integração, que deve ser também física, e favorecimento da Bolívia e do Equador.

Nesse estágio do processo integracionista, dá-se o abalo da crise das dívidas externas e o agravamento do problema social nos países da América Latina, tendo como complicador o conflito norte-sul do continente, com a Guerra das Malvinas, e, no contexto interno, a redemocratização e reconstituição dos países. Por outro lado, como Moniz Bandeira³, “(...) atritada com os Estados Unidos e a Comunidade Européia, a Argentina, em tais circunstâncias, não tinha alternativa senão associar-se ao Brasil, pois já não mais se encontrava em condições de competir, econômica e politicamente, pela liderança da América do Sul”.

Assim, em 1985 Brasil e Argentina alcançaram níveis de entendimento e cooperação sem precedentes na história recente e “decidiram iniciar um processo gradual para a formação de mercado comum aos dois países, no prazo de dez anos”. Moniz Bandeira assinala que, “além da decisão de constituir um espaço econômico comum, mediante a remoção de obstáculos aduaneiros e não-aduaneiros à circulação de bens e serviços, o Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento de 1988 preconizou a harmonização e coordenação das políticas monetárias, física, cambial, agrícola e industrial. A Ata de Buenos Aires de 1990 adaptou os objetivos propostos no Tratado de 1988 às políticas de abertura econômica e reforma aduaneira, defendidas pelos presidentes da Argentina e do Brasil, e reduziu o prazo de dez para quatro anos, isto é, até 31 de dezembro de 1994, para alcançar o

mercado comum”. Ele aponta que desde a Ata de Buenos Aires, Argentina e Brasil “afastaram o conceito de integração gradual flexível equilibrada”, acelerando a liberalização econômica e comercial.

Constituição do Mercosul

Em 26 de março de 1991, Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai firmaram o Tratado para a Constituição de um Mercado Comum, que denominaram de Tratado de Assunção, pelo qual decidiram constituir um mercado comum, com a denominação de Mercado Comum do Sul (Mercosul), o qual implica “livre circulação de bens serviços e fatores produtivos entre os países, através da eliminação dos direitos alfandegários, restrições não-tarifárias à circulação de mercadorias e qualquer outra medida de feito equivalente; estabelecimento de tarifa externa comum e adoção de política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais; coordenação de medidas macroeconômicas e setoriais entre os Estados-membros – de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capital, de serviço, alfandegária, de transportes e comunicações e outras que se a ordem – a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados; e o compromisso dos Estados de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.”

Para a implementação gradativa do tratado, foi estabelecido período transicional, durante o qual, nos termos do Capítulo II, arts. 9 a 13, a administração do tratado e de acordos específicos e decisões no contexto jurídico ficou a cargo do Conselho do Mercado Comum – órgão encarregado das decisões, integrando pelos ministros das Relações Exteriores e da Economia dos Estados-membros e, quando necessário, com a participação dos presidentes dos Estados; do Grupo Mercado Comum – destinado a ser o órgão executivo, com faculdade de iniciativa e integrado por quatro membros, representantes dos Ministérios de Relações Exteriores e da Economia (Indústria, Comércio e Coordenação Econômica) e do Banco Central, com atribuições de velar pelo tratado, cumprir as decisões do conselho e com a presença de todos os membros, contando, ainda, com uma secretaria, sediada em Montevideu, com a atribuição de guarda de documentos e comunicações.

Como se vê, inicialmente a constituição do Mercosul guardou, como a Alalc e a Aladi, característica de organização intergovernamental. É conveniente compreender-se como são estabelecidas pela doutrina as etapas do processo integratório, que Geogenor Franco Filho⁴ dispõe como zona de livre comércio, união aduaneira, mercado comum e união política e econômica, explicitando mais adiante que “a zona de livre comércio representa um processo evolutivo de redução tarifária, implantando progressivamente, com a gradual diminuição de encargos, até alcançar tarifa zero. Ao final de sua implantação, todos os produtos devem circular livremente, sem gravames aduaneiros ou tarifas fronteiriças, independentemente de sua nacionalidade, desde que oriundos de um Estado integrantes do grupo de países”. Em seguida, “é fixada uma tarifa aduaneira comum para seus integrantes (...) Da união aduaneira, é alcançado o mercado comum”, onde “há livre circulação de fatores de produção, inclusive pessoas, além da tarifa aduaneira comum. Estão presentes, então, as cinco grandes liberdades: circulação de mercadorias, de capital e de trabalho, liberdade de estabelecimento e liberdade de concorrência”. Por fim, “a união política e econômica é a integração total, política e social. Estão presentes um mercado comum, uma política externa e de defesa comum”. A transcrição do jurista possibilita a compreensão das reais dimensões do processo integrativo do Mercosul, que pretende, como etapa de coroamento, o estabelecimento de um mercado comum, que poderá evoluir para uma união política. Essas etapas, porém, como giza o autor, não são obrigatórias.

O processo de construção do Mercosul não logrou firmar, desde o Tratado de Assunção, personalidade jurídica. Só em 17 de dezembro de 1994 foi celebrado entre os países-membros, o Protocolo de Ouro Preto, passo inicial da institucionalização do sistema, como observa Casella: “o direito positivo do Mercosul se coloca com destaque no Protocolo de Ouro Preto, de 1994, justamente por este destinado a regular a ‘estrutura institucional do Mercosul’, alterando as disposições originais do Tratado de Assunção, de 1991, e colocando-se em pé de igualdade em relação a este, não obstante seja denominado de ‘protocolo’”, “Os arts.34 a 36 do capítulo II do protocolo atribuem personalidade

jurídica de direito internacional ao Mercosul, dando-lhe competência para celebração de acordos prática de “todos os atos necessários à realização de seus objetivos , em especial contratar, adquirir ou alienar bens móveis e imóveis, comparecer em juízo e fazer transferência”. O art. I do protocolo estabelece que a estrutura institucional do Mercosul contará com os seguintes órgãos: Conselhos do Mercado Comum (CMC), Grupo Mercado Comum (GMC), Comissão de Comércio do Mercosul (CCM), Comissão Parlamentar Conjunta (CPC), Foro Consultivo Econômico-Social (FCES) e Secretária Administrativa do Mercosul (SAM).

É forçoso admitir que o protocolo de Ouro Preto é passo importante para a integração, tanto mais que, ainda este ano, outros países estão aderindo ao Mercosul: Chile, Venezuela e, mais adiante, Bolívia e Colômbia.

Mercosul e Integração

Não sem razão, os argentinos Atilio Alterini e Maria Bolsorini⁵ observam que “La integración económica, a su vez, consiste en el tratamiento de los territorios de una pluralidad de países – de una parte de esos territorios – como um único espacio económico, em el cual no existan barreras proteccionistas que afectem la libertad de circulación de los productos y de los servicios, y aun de los factores productivos susceptibles de traslación, isto es, el capital y el trabajo. Ello supone, para los países participantes, cierto grado de integración y cierto grado de interdependencia, que deriva em la integración política cuando delegan, em alguna medida y em favor de um ente supranacional, el monopolio em la formación y aplicación del derecho que compete a los Estados soberanos. Esto concierne de alguna manera a la noción de supranacionalidad.”

O processo de integração está em curso e com sucesso significativo e a construção real do mercado comum pretendido está sendo feita, sendo inegáveis os ganhos políticos em favor do estado de direito, como mostra o Paraguai, que, vivenciando recentemente quadro de dificuldades políticas internas, encontrou apoio dos Estados-membros do Mercosul para preservação da ordem constitucional.

Também pela dimensão econômica o sistema caminha com regularidade e já gerando frutos, redesenhando a equação importações-exportações de seus membros e claramente diminuindo a dependência de outros mercados. Começam a ser estabelecidos instrumentos de negociação interblocos, e o Mercosul já estabelece os primeiros entendimentos e negociações com a União Européia, em condições diversas daquela das relações bilaterais tradicionais, o que pode vir a favorecer seus integrantes. Porém nem tudo são flores.

A base da formulação da globalização econômica reside na ação e atuação das grandes corporações, que, ainda que de aparência transnacional, guardam afinidades e interesses com Estados-nacionais. Este processo tem fundamento na acelerada e intensa incorporação de tecnologia à produção, acarretando significativo incremento na produtividade e na acumulação de capitais. Mas, na outra face da moeda, dirigido e impulsionado pelas grandes massas de capitais móveis e fora do alcance dos sistemas normativos dos Estados-nacionais territorializados, este processo exclui os pequenos, implicando violenta e volumosa exclusão social, materializada pelo desemprego, pauperização de numerosas classes cuja prosperidade estava no modelo “fordista-taylorista” da produção, e no modelo “kaynesiano” da hegemonia americana pós-segunda guerra, que agora se apresenta exaurido em sua capacidade de formular respostas às demandas da economia contemporânea. Há até quem diga que a pós-modernidade e a sociedade tecnológica não sabem o que fazer com o homem.

Os especialistas europeus acreditam que as contradições, os regionalismos, os nacionalismos e a conflitividade interna se acendram e a questão social ressurgue, talvez mais ameaçadora do que ao tempo da primeira revolução industrial, porque maior é o volume demográfico envolvido. De certa forma, espera-se que fenômeno idêntico se apresente em “nuestra América”.

Assim, seja a estratégia da blocagem regional como mecanismo de inserção das economias nacionais no processo global, seja a gestão interna dos Estados-nacionais, as nações vêm pondo-se no fio da

navalha entre as duas frentes. Deve-se perguntar: esses Estados-nacionais, a que servem? São fins em si mesmos? Ou, noutra sentença, meios de alcançar finalidades em benefício do homem?

A estratégia dos Estados-nacionais em bloquear economias regionalmente para inserção no processo precisa levar em conta as dificuldades sociais da economia pós-moderna. Esse é o grande desafio: inverter a exclusão em inclusão, e a bloqueio fortalece a possibilidade política das negociações e reivindicações.

O quadro se agrava, particularmente no que tange ao Mercosul, quando as desigualdades e heterogeneidades internas dos países-membros é significativa, valendo a observação sempre atual a pertinente de Jacques Lambert, em *Brasil, Terra de Contrastes*, que aponta a existência de vários "brasís". No caso brasileiro, a participação e a percepção social do Mercosul está concretamente circunscrita às regiões Sul e Sudeste. Dois terços de seu território, Norte e Nordeste, não estão suficientemente incorporados ao processo, e provavelmente nos demais países ocorra fenômeno semelhante.

Quer parecer que a alternativa que se oferece é avançar na institucionalização do sistema, marchando no sentido da construção de um direito comunitário, supranacional e prevalente nos assuntos comunitários, onde ainda é de prevalecer, em termos, a concepção tripartite de Montesquieu: governamental, judicial e parlamentar.

É preciso sobretudo oferecer o instrumental normativo, obtido pela experiência social e histórica, pela criatividade, pela tenacidade e pela vontade objetiva. Essa é tarefa do jurista, independentemente do papel concreto que desempenhe no sistema.

DIREITO VIVO

JUIZADO CRIMINAL ESPECIAL QUESTÕES CONTROVERTIDAS

Carlos Eduardo Donegá Morandini
Juiz de Direito
Enéas Costa Garcia
Juiz de Direito

Um dos fatores desencadeante da chamada "crise do sistema fechado" concerne à impossibilidade de serem produzidas leis tão exatas e completas que dispensem qualquer interpretação, que sejam imunes a lacunas e omissões. A variedade do fato social, o dinamismo da vida em sociedade torna praticamente impossível a previsão de todas as consequências que o advento de uma nova legislação pode acarretar no sistema jurídico. Neste contexto, ganha relevo a interpretação judicial, a manifestação da jurisprudência, com base nas formulações da doutrina. É essa ótica do trabalho que propomos: identificar, em decorrência da aplicação da nova legislação, as dúvidas que, diuturnamente, surgem no foro. Indicar pontos não disciplinados pela Lei 9.099/95 e, na medida do possível, apresentar soluções, ou pelo menos, despertar os aplicadores do direito para tais problemas.

A REPRESENTAÇÃO

Substancial alteração instituída pela Lei 9.099/95 foi a exigência de representação nas ações penais relativas aos crimes de lesão corporal dolosa e culposa (art.88). Uma primeira dúvida surgida consistiu na admissibilidade da retroatividade desta norma, sua incidência quanto aos fatos praticados antes do advento da lei. A posição contrária decorreria da literal aplicação do art.90 da Lei 9.099/95, segundo o qual "as disposições desta lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada." A doutrina¹ insurgiu-se contra essa disposição legal, considerando o caráter penal da norma que instituiu a necessidade de representação e a retroatividade desta, em face do comando constitucional que consagra a retroatividade benéfica (art. 5º, XL da CF).

Tal orientação vem sendo consagrada na jurisprudência, exigindo-se a representação nos processos por crime cometido anteriormente à lei, atingido, inclusive, aqueles que se encontram em grau de recurso. Nesse sentido: Ap. n. 979.287/9, rel. Vico Manãs (RJDTACRIM 28:153); Ap. n. 935.309/4, rel. Silveira Lima (RJDTACRIM 28:157); Ap. n. 960.781/0, rel. Rulli Júnior (rjdtacrim 28:158); Ap.n. 970.993/9, rel Wilson Barreira (RJDTACRIM 28:160); Ap. n. 968.109/7, rel. San Juan França (RJDTACRIM 28: 161); Ap. N. 934.377/5, rel. Ubiratan de Arruda (RJDTACRIM 28:162); Ap. n. 952.493/9, rel. Nicolino Del Sasso (RJDTACRIM 28:164); Ap. n. 990.519/4, rel. Fernando Matallo (RJDTACRIM 28:165); Ap. n. 927.685/3, rel. Teodomiro Méndez (RJDTACRIM 28:167).

O mesmo fundamento, a retroatividade benéfica, aplica-se nos casos de transação penal (ar.76) e suspensão do processo (art. 89). Admitindo a retroatividade para aplicação do art. 76: Ap. n. 951.937/3, rel. Teixeira de Freitas (RJDTACRIM 28:168).

Outra dúvida surgida quanto à aplicação do art. 88 da LEI 9.099/95 diz respeito à necessidade de exigir-se representação nas contravenções de vias de fato. Tal como disposto no art.88 da Lei 9.099/95 somente a lesão dolosa dependeria de representação para a persecução penal. Nada foi dito quanto a contravenção de vias de fato. Mostrar-se injusta a solução legal, desproporcional, na medida em que admite a não persecução, pela manifestação de vontade da vítima, do crime e não dá tratamento isonômico no caso de contravenção, inquestionavelmente menos grave.

A contravenção do art.21 encontra-se no capítulo “Das contravenções referentes à pessoa”, tutelando o mesmo bem jurídico objeto de proteção pelo art. 129 do CP. O traço distintivo entre ambos os delitos é o implemento do resultado danoso, o que não justifica um tratamento mais favorável para o delito de maior gravidade, em detrimento da infração de menor potencial ofensivo.

Já na manifestação da jurisprudência admitindo a interpretação extensiva, para fins de condicionar a ação penal, pela contravenção de vias de fato, á representação por parte do ofendido. Nesse sentido o acórdão proferido na Ap. 975.579/2 (Piracicaba), da 9ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada Criminal, rel. Donegá Morandini:

“A contravenção de vias de fato, segundo Damásio E. de Jesus (in: *Lei dos Juízos Especiais Criminais Anotada*. P. 86) , consistente em agressão física sem ferimento. Entretanto, o art. 88 da Lei 9.099/95 não elencou a referida contravenção como passível de representações por parte do ofendido, restringindo-se aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

“Ora, ostentando a contravenção do art. 21 caráter subsidiário em relação ao crime de lesão corporal dolosa, vislumbra-se uma lacuna no art. 88 da LEI 9.0099/95, já que as vias de fato, pela sua natureza, deveria ser incluída como passível de representação. Se para o mais (crime de lesões dolosas) é exigível a representação, também para o menos (contravenção de vias de fato), ela deverá ser também exigível.

“Estabelece o art. 3º do CPP que ‘a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como suplemento dos princípios gerais de direito’. *In casu*, a interpretação do art. 88 da Lei 9.099/95 deve ser ampliada apara incluir no campo de sua incidência a contravenção do art. 21, emprestando-se a renúncia de folha 82 os efeitos necessários.”

Freqüentemente verificam-se em que a vítima, incapaz, é representada e há vínculo de parentesco ou de relacionamento entre o representante e o autor do delito. Caso típico é da agressão ou acidente que atinge menor, manifestando-se o representante (cônjuge ou companheiro do autor do fato) pela não representação. Já houve quem objetasse a validade dessa renúncia, sob o argumento de que o representante não estaria cuidando adequadamente dos interesses do menor, havendo a necessidade de nomeação de terceiro não interessado para fins de representação.

Parece-nos que não é este o melhor tratamento da matéria. A LEI 9.099/95 trouxe um novo paradigma na repressão penal. Admite-se, atualmente, que a vítima analise a conveniência da persecução penal. Na impossibilidade da vítima, em razão de incapacidade absoluta, caberá ao representante legal tomar

essa decisão. “Se o ofendido é menor de 18 anos, o direito de queixa ou de representação pertence a seu representante legal (pai, mãe tutor, curador). Se o ofendido é a maior de 18 anos e menor de 21 anos, o direito de queixa ou de representação pode ser exercido por ele ou pro seu representante legal. Se o ofendido é maior de 21 anos, só ele pode exercer o direito”². O simples fato de haver a relação de parentesco não torna o representante legal incapaz para decidir a respeito do direito de representação. É justamente esta a finalidade da LEI 9.099/95: evitar que a ação penal possa implicar prejuízos para a vítima. A existência de um processo pode acarretar a perturbação grave da paz familiar, por incidente, freqüentemente, já superado, o qual o processo somente iria fazer tomar outra proporção.

Deve-se, portanto, admitir que o representante atue de maneira a perseguir o interesse da família, inclusive com a possibilidade de impedir a persecução penal, nos crimes de menor potencial ofensivo. Esse entendimento já foi sufragado pela jurisprudência: “(...) bem por isso, em ações que tais, o Ministério Público foi afastado do juízo da conveniência e oportunidade relacionados a essa espécie de delito. À vítima, insista-se, em hipóteses que tais, foi outorgada tais e quais juízos não cabendo, via de consequência, mais ao *Parquet* examinar a controvérsia sob esses ângulos. A lei mencionada veio com o escopo de evitar processos que, além de desnecessários, atravancam a justiça criminal espolhando a substância de outros que perseguem infrações muito mais graves que, estas sim, intranquilizam e perturbam a sociedade de um modo geral. (...) O fato de viver em concubinato, como dito nesta instância, cuja dignidade foi guindada ao nível constitucional, não implica reconhecer conflito entre o representante e a representada”³.

Nos processos por crime anterior à Lei 9.099/95 é necessária a intimação das vítimas para representação (art.91). Sem esta o processo não pode prosseguir, cabendo ressaltar que, com representação deverão ser aplicados os demais institutos da nova lei (transação civil, penal e processual).

Com o advento da lei, havendo inquéritos em andamento, determinou-se que a autoridade policial intimasse as vítimas para os fins do art.91. Casos ocorreram em que as vítimas, de pronto, manifestaram a atenção de não representar contra o autor do fato. Foi questionada a validade dessa manifestação de vontade, argumentando-se que a representação somente poderia ser ofertada em juízo. Data vênua, a Lei 9.099/95 não alterou as normas processuais concernentes à representação e, nesse sentido, estabelece o art. 39 do CPP que a representação pode ser feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público ou autoridade policial. Portanto, nada obsta a manifestação da vítima já na fase policial, declarando que não tem interesse no prosseguimento do feito. Até por uma questão de economia processual, não se justificando o comparecimento da vítima a juízo, com os inevitáveis transtornos que este tipo de deslocamento acarreta para os envolvidos, para a mera ratificação de uma vontade já manifesta perante órgão público.

A questão já foi submetida a julgamento, entendendo-se válida a manifestação perante a autoridade policial: “a vítima, ao ser chamada na polícia para manifestar seu desejo de prosseguimento ou não do inquérito policial, declarou expressamente seu desinteresse pelo prosseguimento das investigações. (...) O fato de a vítima ter comparecido à delegacia logo que chamada, não importa em desrespeito ao prazo de 30 dias, não causando nenhuma tipo de nulidade do ato”⁴.

Questão correlata diz respeito à natureza desta manifestação de vontade da vítima, declarando que não tem interesse no prosseguimento da ação penal. Parece-nos que se trata de verdadeira renúncia e como tal produz efeitos desde logo, implicando na extinção da punibilidade do agente. É certo que a hipótese não guarda previsão no rol do art. 107 do CP. Todavia, há outras causas de extinção da punibilidade que não estão elencadas no referido artigo, bem como trata-se de nova lei, que trouxe profundas alterações no direito penal e processual penal, devendo o intérprete considerar tal circunstância para o reconhecimento de uma nova causa de extinção da punibilidade.

A representação é retratável? E assim sendo, até quando seria admissível? É admissível, salvo na hipótese do art. 25 do CPP, segundo o qual a “representação será irretratável, depois de oferecida a denúncia.”

Na nova sistemática do juizado especial a denúncia é ofertada em audiência, após a vítima ter manifestado a representação e mostrando-se infrutífera a transação penal. Portanto, a vítima não teria tempo hábil pra tratar-se. Todavia, nem sempre assim ocorre. Às vezes a acusação necessita de novas diligências e a denúncia não é apresentada de plano. Nesse caso, enquanto não ofertada a denúncia, cabível a retratação.

Hipótese de maior complexidade consiste na aplicação do art.91 da Lei 9.099/95 e a possibilidade de retratação. Processos já em andamento, com denúncia já ofertada e recebida, no qual a vítima é intimada para representar. Dispõe o ofendido de prazo de trinta dias para a representação. Como conjugar a possibilidade de retratação, ainda dentro do prazo, e a norma do art. 25 do CPP? Pode ocorrer, ainda que a representação tenha sido apresentada na delegacia e por ocasião da audiência para tentativa de transação penal a vítima tenha mudado de idéia e pretenda retratar-se.

Parece-nos que nestas hipóteses não teria incidência a norma do art. 25 do CPP, pois somente surgiu o direito á representação após a denúncia (processo em andamento quando do advento da Lei 9.099/95), de modo que a vítima não teria como, previamente, manifestar eventual retratação.

É preciso considerar os objetivos da Lei 9.099/95, a possibilidade da vítima opor-se à persecução penal. Por conseguinte, tal manifestação de vontade deve ser prestigiada, salvo quando já se encontra o processo em outra fase, cujo ato da vítima foi pressuposto. Assim, se ainda não houve proposta de transação penal, seria cabível a retratação. A proposta de transação penal produziria os mesmos efeitos da denúncia, para fins do art. 25 da lei, tornando impossível a retratação.

Audiência preliminar

Enquanto não instalados os juzados especiais a aplicação da Lei 9.099/95 vem ocorrendo nas varas criminais. Adaptando-se o procedimento tem sido enviado a juízo o termo circunstanciado da infração, abrindo-se vista ao Ministério Público, que, entendendo presente um delito, requer a realização de audiência preliminar. Surge a discussão a respeito da necessidade do Ministério Público fundamentar o pedido de designação de audiência preliminar, pelo menos indicando o delito, em teses, praticando e nomeando autor e vítima.

Parece-nos imprescindível que haja um mínimo de determinação quanto ao fato típico e a autoria. Não se exige uma denúncia, mesmo porque não é este o momento adequado, todavia, não basta o genérico requerimento de designação de audiência preliminar. A realização de audiência preliminar e a colocação de alguém como *autor do fato* já implica num juízo de valor. Há nessa colocação, ao menos, o reconhecimento da existência de um delito e de indícios, ainda que mínimos, de que tal pessoa seria o responsável pelo fato. Não fosse assim, não se justificaria que o Ministério Público propusesse a alguém o pagamento de uma multa como forma de evitar o processo.

Entendemos que o Ministério Público somente deve requerer audiência preliminar quando vislumbre a possibilidade de uma ação penal. Se, aprioristicamente, já vislumbra a existência de fato atípico, deveria requerer o arquivamento do termo circunstanciado. Caso contrário, chegaríamos a situações paradoxais, como, *verbi gratia*, na hipótese em que o promotor propõe multa, o réu não aceita e, em seguida, vê-se a acusação na contingência de requerer o arquivamento do feito por atipicidade da conduta.

A identificação do fato tido por delituoso, com a respectiva indicação dos autores, é imprescindível para o perfeito exercício da defesa, do contraditório. Não há possibilidade de ampla defesa sem o conhecimento da acusação contra si formulada. Ninguém pode defender-se, de maneira eficaz, sem o conhecimento dos fatos que lhe são imputados. Como poderá o requerido decidir se é conveniente

aceitar proposta de multa se não sabe, ao menos, quais acusações pesam contra si? A transação foi instituída justamente para o réu evitar um processo, abre o espaço para a análise da conveniência de prosseguir até o julgamento final ou adotar medida que evite o implemento de uma pena. O requerido somente poderá decidir, de maneira adequada, se tiver conhecimento do que foi apurado contra si, de quais provas dispõe a acusação, qual o delito que lhe é imputado.

Também a indicação mínima do fato típico é essencial para a realização da audiência, pois somente assim será possível determinar quem é vítima, quem deve representar, a quem deve ser feita proposta de transação penal, qual responsável civil deve ser intimado. Nesse contexto, incumbe ao Ministério Público declinar, ainda que resumidamente, qual o fato típico e seu autor. Na falta desta diligência cabe ao juiz determinar tal providência e, se houver recusa do *Parquet*, cabe a invocação analógica do art. 28 do CPP.

A Procuradoria-Geral de Justiça já se pronunciou nesse sentido⁵. “*Ementa*: Juizado Especial Criminal. Audiência Preliminar. Promotor de Justiça que, ao requerer a designação de audiência preliminar, recusa-se a indicar o agente, vítima e o fato em tese típico. Impossibilidade. Quando as informações constantes do termo circunstanciado forem insuficientes, desconexas e confusas é de bom alvitre que esta falha seja suprida pelo *dominus litis*. Além disso, como se depreende do texto Constitucional (CF, art. 129, VII), da Lei Federal 8625/94 (art.43, III) e da Lei Complementar 734/93 (art. 169, VII) é dever funcional dos membros do Ministério Público indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais. *Decisão*: Determino a devolução dos autos ao juízo de origem, para que o digno representante do Ministério Público cumpra o disposto no art. 129, VIII, da CF e 169, VII, da Lei Complementar 734/93.”

Transação Civil

Nos casos dependentes de representação, havendo transação entre autor do fato e vítima, opera-se a extinção da punibilidade (art. 74, parágrafo único).

Alguns problemas surgem quanto à extensão da indenização. O ato ilícito pode trazer danos de diversas espécies. Assim: dano material (emergente, cessante), dano moral, dano estético. Frequentemente, no momento da audiência, a vítima não dispõe da quantificação do valor devido a título de indenização. Surge, entretanto, a possibilidade de uma composição parcial, concordando a vítima em receber alguma das parcelas devidas (*verbi gratia* dano emergente), reservando-se o direito de, posteriormente, pleitear a reparação total.

Pergunta-se: tal acordo parcial autoriza a extinção da punibilidade? Entendemos que não haveria qualquer óbice à extinção da punibilidade, que tal acordo favorece o acusado. Trata-se de matéria patrimonial, direito disponível, de modo que cabe à vítima avaliar a conveniência da transação. Ademais, poderia a vítima renunciar ao direito de representação, inviabilizando a persecução penal, o que autoriza a extinção do processo, no seu interesse, ainda que por acordo parcial.

Não há legítimo interesse do Ministério Público em impugnar tal transação, principalmente considerando-se a nova sistemática legal, onde a posição e os interesses da vítima foram colocados em primeiro plano, sendo a reparação do prejuízo sofrido em razão do delito um dos princípios norteadores da atuação do juizado especial.

Efeitos da Transação

O acordo celebrado pelas partes é homologado pelo juiz. Trata-se, portanto, de título executivo judicial (art. 269, III do CPC). Verificando o inadimplemento poderá a vítima manusear o processo de execução civil, no juízo competente. Além desse efeito inerente a todos os acordos homologados, a simples existência do acordo homologado já determina a renúncia ao direito de queixa ou representação, operando-se a extinção da punibilidade, de modo que o processo criminal não poderá ser retomado (art.74 parágrafo único).

No que pertine à capacidade para celebração da transação é preciso ressaltar sua natureza civil, de modo que exige-se a capacidade do agente, aplicando-se as normas concernentes à incapacidade. Assim, absolutamente incapazes deverão ser representados, enquanto, os relativamente incapazes serão assistidos. Há divergência entre a capacidade penal para ofertar representação e a capacidade civil para celebrar transação civil.

Representação em Audiência

Estabelece o art. 75, parágrafo único, o prazo decadencial para representação. A dúvida que surge, e que se verifica também nas hipóteses da ação penal privada quanto ao prazo para oferecimento de queixa-crime, diz respeito ao termo *a quo* deste prazo.

Na sistemática concebida pelo legislador a audiência preliminar seria realizada na mesma data do fato ou, quando muito, nos dias imediatos. Todavia, como já exposto, tal procedimento não se encontra em pleno funcionamento: os termos circunstanciados são remetidos ajuízo, com vistas ao Ministério Público e posterior designação de audiência preliminar. Há portanto, um lapso temporal entre a data do fato e a realização da audiência preliminar. Surge a questão: quando inicia-se o prazo decadencial? Da data do fato ou da data em que se realiza a audiência preliminar?

A nosso ver o prazo decadencial deve iniciar-se na audiência preliminar. É que a Lei 9.099/95 foi estruturada em etapas sucessivas, de modo que somente há lugar para representação quando frustrada a tentativa de conciliação civil. Esta conciliação civil somente ocorre em audiência, de modo que antes desta a vítima não poderia ofertar representação. Logo, no momento da audiência, frustrada a tentativa de conciliação, surgiria o direito da vítima representar. O mesmo aplica-se, *mutatis mutandi*, à queixa-crime, já que também nestas hipóteses cabível a transação civil.

Transação Penal e Processual

A questão mais tormentosa envolvendo transação penal e suspensão condicional do processo diz respeito à eventual recusa do Ministério Público em formular as propostas. Trata-se de mera faculdade do Ministério Público ou direito do réu? E, havendo recusa, qual o remédio que possui a defesa para restabelecer o direito lesado?

Como vem sendo definido pela doutrina⁶, não se trata de mera faculdade da acusação, mas de direito do réu obter o benefício, preenchidos os requisitos legais. Se a acusação não formula, espontaneamente, a proposta cabe ao juiz indagar a respeito, fazendo constar as razões da recusa. A vista disso poderá a defesa requerer a aplicação do benefício ou mesmo o juiz, de ofício, indagar do requerido se há interesse na transação penal ou processual.

Formulado requerimento pela defesa, ouvido o Ministério Público, deve o juiz decidir a questão. A recusa de proposta fere um direito do acusado, diante desta lesão torna-se inafastável o controle jurisdicional, na medida em que garante a Constituição que nenhuma lesão de direito individual pode ser subtraída da apreciação judicial (art. 5º XXXV).

Por outro lado, como salienta Damásio⁷: “se o juiz pode aplicar o *sursis*, que tem natureza punitiva e sancionatória, mesmo em face da discordância do Ministério Público, o mesmo deve ocorrer na suspensão condicional do processo, forma de despenalização. Se o juiz pode aplicar de ofício a medida mais grave, seria estranho que não o pudesse na mais leve. Além disso, toda medida que afasta o processo da direção de imposição de pena detentiva atende a finalidade da lei nova. E o formalismo, atrelando a inovação provocação do Ministério Público, não atende ao anseio de celebridade e simplicidade.”

Seja qual for o posicionamento do Ministério Público é imprescindível que o juiz manifeste-se sobre a questão, seja concordando com as razões de recusa do oferecimento da proposta de transação processual e penal, seja acolhendo-as e homologando-as ou deferindo, de ofício, a aplicação do benefício. Não pode o magistrado deixar de manifestar-se a este respeito, sob pena de inviabilizar a

publicação da garantia constitucional do duplo grau de jurisdição, na medida em que estão em jogo direitos dos réus, cuja lesão pode verificar-se. Surgindo o direito de obter a manifestação judicial, com o inerente direito ao recurso. Se o magistrado não se manifesta a respeito a questão surgiria, pela primeira vez, no plano recursal, sendo que o tribunal não poderia decidi-la diretamente, sob o risco de suprimir-se um grau de jurisdição.

Ainda no que pertine à transação penal tem surgido a defesa da possibilidade de aplicação de penas restritivas de direitos distintas daquelas previstas no CP, especialmente a obrigação do requerido entregar cestas básicas fazer doações de alimentos a entidades assistenciais. A nosso ver a Lei 9.099/95 não autoriza este tipo de interpretação, em que pese o louvável intuito humanitário que preside esta idéia. É que a lei menciona no art. 76 a aplicação de multa ou pena restritiva de direitos. Esse oferecimento de cestas básicas naturalmente não se reveste da natureza de multa, mesmo porque a multa reverte para o Estado e não em benefício particular. Também não se trata de pena restritiva de direitos, pois estas encontram-se disciplinadas no art. 43 e ss. do CP, não se enquadrando a situação fática em qualquer das hipóteses legais. E, tratando-se de Direito Penal, especialmente fixação de penas, é vedada qualquer interpretação analógica ou extensiva, já que, em atenção ao mandamento constitucional, não pode haver pena sem prévia cominação legal (art. 5º XXXIX).

Ademais, discute-se a natureza desta obrigação. Trata-se de uma obrigação de resultado (obter as "cestas") ou obrigação de meio (esforçar-se para obtê-las). Se for considerada a primeira hipótese, o inadimplemento implicaria cobrança de uma quantia, o que não se coaduna com a natureza de prestação de serviços. Se considerar-se a segunda hipótese bastaria ao réu provar que realizou esforços para a obtenção da doação, sem conduto conseguir obtê-la.

Questão tormentosa, concernente à transação penal, diz respeito aos efeitos do inadimplemento do acordo, o não-pagamento da multa pelo requerido. Em situações tais tem Ministério Público defendido a desconsideração da transação, com retomada do curso do processo. Não nos parece ser esta a melhor solução. Estabelece o art. 76 da Lei 9.099/95 que o Ministério Público pode propor a aplicação de pena restritiva de direitos ou multa.

Aceita tal proposta há sua submissão à apreciação judicial (art. 76, § 3º). Acolhida a proposta, o juiz aplica a multa. A natureza de sentença desta decisão é inquestionável, como expressamente menciona o § 5º, do art. 76 da Lei 9.099/95. Por conseguinte, trata-se de sentença homologatória de transação, já que com ela as partes colocam fim ao litígio. Tratando-se de sentença, produz coisa julgada, e não formal. Opera-se a coisa julgada material, na medida em que a pretensão, no caso acusatória, foi deduzida e com o acordo as partes, mediante concessões mútuas, colocaram fim à demanda.

Quando as partes transigem o juiz extingue o processo, com julgamento de mérito⁸. Mesmo que se tratasse de coisa julgada formal, tal fato não permitiria a desconstituição da sentença para a retomada do processo. Com efeito, homologada a proposta por sentença, esta somente pode ser rescindida na via recursal ou por ação própria⁹. É princípio inerente ao processo a impossibilidade do juiz desconstituir a própria sentença. Mesmo os embargos não podem se revestir desta característica rescindenda. Por conseguinte, não pode o juiz desconsiderar a sentença homologatória da transação e retomar o processo. A simples coisa julgada formal, que se opera com o esgotamento do prazo recursal, é limite intransponível à atividade jurisdicional, não podendo o magistrado retomar o processo. Operou-se a preclusão máxima, que é a coisa julgada. Logo, não há como desconsiderar a transação homologada. O inadimplemento não é causa de anulação da transação e sua manutenção impede a retomada do processo.

Com a transação desapareceu a lide original. Não há mais uma pretensão punitiva a ser efetiva. Em seu lugar surge o objeto da transação, que no caso resume-se ao direito de execução da multa. O fato do acordo não ser cumprido não o torna inválido. Os planos são distintos. Há a existência, a validade e a eficácia. A inexecução atinge a eficácia do ato e não os planos da existência e da validade. O acordo é válido, inexistindo qualquer vício.

A lei não condiciona a celebração da transação ao seu adimplemento. Eventual inadimplemento do acordo não atinge a desconstituição da transação, e nem pode o juiz rescindir a sentença homologada. A análise dos arts. 84 e 85 da Lei 9.099/95 demonstra que a multa tem procedimento executório próprio, definido na lei. Cabe ressaltar que a Lei 9.268/96 trouxe profundas alterações na forma de execução da multa, alterações que devem ser observadas na aplicação da Lei 9.099/95.

Não procede o argumento no sentido de que a execução da multa não poderia ser realizada sem condenação. Tal argumento parte da premissa, inexata, que a multa implicaria na aplicação antecipada de uma sanção, de uma pena. Não é esta a natureza da transação penal. A sua efetivação não traz qualquer efeito de natureza da transação penal, não implica no reconhecimento de culpabilidade. A análise do mérito é obstada pela transação. Tal análise é substituída pelo pagamento de uma multa. Logo, trata-se de obrigação pecuniária e não penal, condenatória. Por fim, não fez o legislador qualquer distinção quanto à natureza da multa que permite a execução (art. 85 da Lei 9.099/95), de modo que, como ordena conhecida regra de hermenêutica, onde o legislador não distinguiu não cabe ao interprete fazê-lo.

Ainda no que pertine à solução consensual da lide, especificamente quanto à suspensão condicional do processo e transação penal, surge a questão da incidência das causas de aumento. Duas hipóteses são freqüentes: a) acusação de lesão corporal com causa de aumento de pena prevista no art. 129, § 7º; b) homicídio culposo com causa de aumento de pena do art. 121, § 4º. Discute-se qual o critério para determinar a aplicação da Lei 9.099/95: a pena *in abstracto* ou a pena com incidência da causa de aumento de pena.

A doutrina vem manifestando-se no sentido da consideração da causa de aumento de pena¹⁰. A consequência no primeiro caso, a consideração da pena, com a inclusão da causa de aumento (art. 129, §§ 6º e 7º do CP) afasta a competência do juizado especial (art. 61). No segundo caso (art. 121, § 3º do CP), fica inviabilizada a suspensão do processo (art. 89).

Indaga-se: o processo teve seu trâmite normal, em razão da sanção cominada, e ao seu final o juiz percebe que está provada a inexistência da causa de aumento de pena. O que fazer: sentenciar o feito e deixar de aplicar os benefícios da lei? Converter o julgamento em diligência, já decidindo esta questão e aplicando as disposições da Lei 9.099/95?

A primeira solução não se mostra justa, nem compatível com os fins da nova lei. Não se pode privar os acusados dos benefícios legais, principalmente quando se demonstra que a causa que impediu a aplicação do benefício mostrou-se infundada. Uma solução possível seria cindir o julgamento, reconhecer-se a inexistência da causa de aumento de pena, possibilitando a aplicação da suspensão condicional ou da transação penal. Naturalmente, desta decisão deveria caber recurso, pois somente assim a acusação teria meios opor-se ao reconhecimento da inexistência da causa de aumento de pena¹¹.

Muitas outras questões poderiam ser suscitadas quanto à aplicabilidade da Lei 9.099/95. Todavia, pareceu-nos mais importante extrair alguns princípios que decorrem dos problemas já levantados.

Em primeiro lugar, a aplicação da Lei 9.099/95 exige uma mudança na ótica da aplicação da lei penal. Há que se reservar uma margem de discricionariedade para as vítimas, respeitando-lhe as manifestações de vontade, já que a atenção aos interesses dos ofendidos foi guindada ao patamar de princípio norteador o sistema.

Em segundo, os modos alternativos de solução da lide (transação penal, suspensão condicional do processo) não podem implicar em restrições aos direitos inerentes à ampla defesa, de modo que sempre é preciso assegurar aos acusados o pleno conhecimento das imputações formuladas, para, somente assim, garantir-se a sua efetiva atuação, optando por um dos meios alternativos de solução consensual da lide. Somente há opção onde se pode ter conhecimento adequado das hipóteses que se

abrem em favor do réu, das conseqüências decorrentes de cada uma das opções e, necessariamente, da acusação formulada.

Por fim, cabe ao juiz, em atenção ao princípio da inafastabilidade de qualquer lesão de direito individual à apreciação judicial, assegurar o implemento dos direitos assegurados aos demandados, aferindo a regularidade de eventuais recusas de transação penal ou processual, bem como decidindo a questão caso surjam litígio quanto à aplicação dos institutos que podem favorecer os acusados.

DIREITO VIVO

JUIZ CONSTITUCIONAL, JUIZ IMEDIATO *PERPETUATIO JURISDICTIONIS*

Jeferson Moreira da Carvalho

Juiz da Infância e da Juventude do Foro Regional de São Miguel Paulista (SP)

Não obstante inúmeras decisões da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, tema que merece estudo ante sua singularidade é a opção do juiz imediato sem observância da *perpetuatio jurisdictionis* e, por conseqüência, o princípio do juiz constitucional. A questão afeta diariamente a comarca de São Paulo em razão dos Foros Regionais, mas também afeta as comarcas do interior.

Juízo imediato é entendido como aquele mais próximo do local onde se encontra o menor, para poder proporcionar-lhe a entrega da proteção jurisdicional mais rápida, mais eficaz a até mesmo permanente, e sua instituição se deu pelo art. 147, I e II da Lei 8.069, de 13/01/1990, como se constata no Conflito de Competência 14.253.0/4 – São Paulo. O mencionado dispositivo legal do Estatuto da Criança e do Adolescente expressa que a competência será determinada pelo domicílio dos pais ou do responsável e, em seguida, pelo lugar onde se encontre a criança ou adolescente, à falta dos pais ou responsável.

A aplicação do princípio do juiz imediato, portanto, deve obedecer o local onde estejam os pais ou o responsável pelo menor, ou onde o menor esteja, não sendo aplicável o instituto da *perpetuatio jurisdictionis*, como se pode constatar dos Conflitos 15.711-0/0, 16.726-0/5 e 19.368-0/2. A *perpetuatio* está estabelecida no art.87 do CPC no sentido que determinasse a competência no momento em que a ação é proposta, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia. A norma força a entender que se uma criança propuser ação de alimentos em face a se pai, observando-se a regra do art. 100, II, se mudar o domicílio não haverá modificação na competência, devendo a ação prosseguir no foro do antigo domicílio do menor ou de seu representante. Pontes de Miranda, citado por Yussef Said Cahali, ensina que se verifica o domicílio ou residência do alimentado, no momento da propositura da ação de alimentos; não importa o ajuizamento de outra ação de desquite ou de anulação, ou de alimentos, se houve mudança do dão determinador (domicílio, residência), se aquele ou a reconvenção teve outro fundamento; *aliter*, se o fundamento é o mesmo (art.87)¹.

Celso Agrícola Barbi ensina que, se não houvesse a regra – art. 87 -, poderia ser mudado o lugar do processo, tantas vezes quantas o réu transferisse o seu domicílio, se a competência fosse decorrente dele. Ainda, uma vez fixada a competência pela forma dos arts. 87 e 263, ela não será mais alterada por modificações posteriores no estado de fato ou de direito, citando como exemplo a modificação de residência da mulher autora na ação de desquite ou anulação de casamento². O ensinamento é no sentido de que, fixada a competência no momento da propositura da ação, não se altera mais, sob pena de se ficar transferindo cada vez que houver mudança de domicílio, se fixada em decorrência dele. A não aceitação deste entendimento faz gerar total falta de estabilidade na tramitação processual, pois a cada fase pode o processo estar em um foro.

Agora, o princípio do juiz natural ou juiz constitucional, nos termos de José Frederico Marques, deve ser encarado no sentido de que a jurisdição pode ser exercida apenas por órgão previsto na Constituição da República. Considera-se investido de funções jurisdicionais, tão-só, o juiz ou tribunal que se enquadrar em órgão judiciário previsto de modo expresso ou implícito, em norma jurídico-constitucional³. Significa que somente aqueles investidos no poder jurisdicional podem exercer a jurisdição, isto é aquele que, investido por força de lei, esteja julgando sobre determinada matéria e em determinado território. Assim, antes de qualquer outro tipo de raciocínio, deve-se compreender que uma ação só terá validade e sua decisão eficácia se tiver tramitado sob a presidência do juiz constitucional; logo, antes de ser imediato, o juiz deve ser constitucional.

O que se pode extrair do princípio do juiz constitucional e da perpetuação da jurisdição nos termos das regras legais é que não é dado à parte escolher o juiz para julgar sua lide ou mesmo para decidir na jurisdição voluntária, porque as regras processuais estabelecem como a competência de vê ser fixada e em seguida determina que não haverá modificação após a propositura da ação. E o juiz natural está investido no poder jurisdicional para decidir questões, mas observando-se sua competência na ordem material, territorial e funcional.

Voltando ao CPC e ao Estatuto da Criança e do Adolescente, verifica-se que o foro competente para ação de alimentos é o do domicílio do alimentado, e que, para uma ação na área de infância e juventude, é do domicílio. A competência fixa-se no momento da propositura da ação e sua alteração pode causar transtornos à estabilidade processual e possibilita à parte escolher o juiz para decidir (fazendo um jogo com o princípio do juiz constitucional, o promotor de justiça para opinar, a equipe interprofissional para emitir parecer técnico, o cartório e o oficial de justiça; enfim, a alteração permite à parte escolher pessoas e ideologias, o que é inaceitável porque fere o princípio do juiz natural para a causa. Juiz natural para a causa é aquele constitucional e que tenha competência fixada no momento da propositura da ação.

Vamos imaginar uma ação de destituição de pátrio poder cumulada com ação de adoção proposta em um dos foros regionais de São Paulo e estando a criança na posse de fato dos autores. Estes percebendo que a equipe interprofissional vai emitir um parecer contrário aos seus interesses, mudam de domicílio para área de outro foro, para com fundamento no juiz imediato pretender a remessa dos autos e depois requerer avaliação psicossocial pela equipe no novo foro. Tudo mudou.

No mesmo caso, se os autores quiserem prejudicar a defesa dos pais, seja para encontrar o processo, seja para dificultar a locomoção ou por qualquer outra forma de dificuldade basta alterar o domicílio por várias vezes durante a tramitação processual. Imagine-se que uma ação de adoção seja proposta em um dos foros regionais mas a tramitação seja lenta; basta os autores transferirem domicílio para área de outro foro para que a tramitação seja alterada.

Por ideologia determinado juiz pode ser contra a adoção por entender que a criança ou adolescente deve sempre ficar na família natural, e que no caso de adoção só a internacional resolve, porque no Brasil não há futuro para estes jovens ante a instabilidade social. Proposta a ação de adoção e percebendo-se esta ideologia a mudança de domicílio resolve a questão em substituição aos meios recursais previstos pela lei. Conhecendo-se a assistente social, a psicóloga ou o oficial de justiça pode a parte mudar o seu domicílio para onde um dos funcionários atue e ele passará a desempenhar funções naquela ação. O juiz imediato permite que a parte escolha o foro para tramitar a sua ação e os sujeitos processuais, tudo de acordo com sua vontade.

Consta do acórdão 274 do Conflito de Competência 18.746.0/0 que em sede de processo de menores não se aplica rigorosamente o princípio da *perpetuatio jurisdictionis* e no acórdão 589 do Conflito 19.368-0.2, citando o Conflito 14.523, que, em se tratando de menor carente, o juízo competente será sempre aquele que estiver mais próximo dele, para poder oferecer-lhe proteção jurisdicional mais pronta, mais rápida, eficaz e permanente, pois esses requisitos foram a meta principal do legislador ao editar o Estatuto da Criança e do Adolescente. Pode-se extrair então que como não se aplica rigorosamente o princípio da

perpetuação, também não se aplica rigorosamente o princípio do juiz imediato, devendo-se verificar cada caso concreto, não se aceitando que a simples mudança de domicílio cause a mudança de competência.

Para efeito do Estatuto da Criança e do Adolescente, carente deve ser considerado aquele que esteja em uma das condições do art. 98, isto é, quando houver omissão da sociedade ou do Estado; por falta, omissão dos pais ou responsável e em razão da conduta; portanto o juiz imediato deve ser observado somente nestas hipóteses e fora delas a perpetuação deve ser rigorosa. Se determinada criança ou adolescente está sob a guarda provisória de um casal que pleiteia a adoção não há que se falar em menor carente. Desde que o menor encontre-se em situação legalizada, mesmo que provisória, não há carência para efeito legal. Assim, proposta a ação de adoção firma-se a competência e, se depois os guardiões mudarem o domicílio, o processo não pode ter alterada sua competência, porque o menor não está em estado de carência e o juízo imediato não tem rigorismo da mesma maneira que não tem a *perpetuatio*.

Quanto ao Estatuto ser uma lei especial e que por isso o disposto no art.147 deve ser obedecido rigorosamente, pode-se concluir de maneira diversa, porque o Estatuto simplesmente determinou como se fixar a competência no momento da propositura da ação, mas depois, ao tratar dos procedimentos, no art. 152, expressou a aplicação subsidiária prevista na legislação processual pertinente. Para os foros regionais que não julgam atos infracionais, o CPC é a legislação pertinente e deve ser aplicado de modo diverso.

Pode-se concluir então que, na área da Infância e da Juventude, deve-se primeiro observar o princípio do juiz constitucional, ou seja, o órgão a julgar deve estar investido constitucionalmente no poder jurisdicional, e seqüencialmente com competência material, territorial e funcional; que o juiz imediato criado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme acórdãos citados, deve ser obedecido quando a criança ou o adolescente estiver na situação legal de carência, isto é, em uma das hipóteses do art. 98, não havendo assim a aplicação rigorosa do chamado juiz imediato, e que fora as hipóteses do mencionado artigo, a *perpetuatio jurisdictionis* prevista pelo art. 87 do CPC deve ter aplicação, por não haver incompatibilidade com a lei especial e por haver determinação de aplicação subsidiária.

Observando-se rigorosamente o princípio do juiz constitucional, deve-se aplicar o juiz imediato e a *perpetuatio jurisdictionis* que devem compatibilizar-se perante o Estatuto da Criança e do Adolescente, dependendo da situação concreta de da criança ou adolescente.

DEBATE

HIATO ENTRE JUDICIÁRIO E MÍDIA É SUPERÁVEL

Walter Ceneviva
Advogado

A mídia noticiou em outubro que o Judiciário, em virtude de decisão adotada no Tribunal de Justiça de São Paulo, retardou o programa ambiental de purificação do ar paulistano, promovido pela Prefeitura Municipal. A notícia é verdadeira e falsa, ao mesmo tempo. Mais falsa do que verdadeira.

Constatada a possibilidade de irregularidade grave na licitação do contrato outorgado a uma empresa, encarregado-a verificar as emissões poluentes na atmosfera, em veículos circulando na capital, a corte paulista sustou seus efeitos. Assim, o que o Tribunal fez foi defender o superior interesse público. Preservou o patrimônio municipal, até melhor verificação, resguardando o princípio, essencial nas licitações, da igualdade de tratamento a todos os concorrentes. Evitou a possibilidade de condições privilegiadas para os amigos do poder e de obstáculos indevidos para os não-amigos.

Claro: a viabilidade de que uma licitação seja irregular pode significar maiores custos para o Município, eventualmente da corrupção, criação de cargos excessivos para os munícipes. Assim, embora pudesse decorrer da decisão do Tribunal um retardamento na implantação do projeto, este, na verdade, foi

conseqüência secundária no tempo, mas cuidado elogiável do Judiciário. Cuidado que a mídia, de um modo geral, ignorou.

Discriminação Inexistente

A desconfiada magistratura paulista – talvez possa estender-se a qualificação ao âmbito nacional – há de ter visto nessa distorção mais um tratamento discriminatório, malicioso e até desonesto da forma pela qual os fatos foram divulgados. Se foi assim, posso dizer que se tratou de mais um erro da magistratura, na avaliação dos órgãos de comunicação social, do jornalismo como um todo e da compreensão que os jornalistas têm dos caminhos judiciais.

Desentendimento Recíproco

Há uma situação de fato que ambas as partes reconhecem: nem o jornalista entende o Judiciário, nem o Judiciário entende o jornalista. O não-entendimento é profundo, descendo à substância formal (e empolada) dos juristas e à substância contestatória e informal dos jornalistas. O não-entendimento também se espalha na diversidade da atitude profissional dos dois grupos, impeditiva de diálogo equilibrado e sincero da maioria dos interessados. Ao fim, inspirado pelo receio recíproco entre os profissionais dos dois lados, o conjunto dos fatos termina gerando uma cadeia em que a força inercial dos casos sucessivos impulsiona as partes para campos cada vez mais distantes.

A conseqüência do afastamento é danosa para a sociedade, mal informada, desinformada e, em geral, levada a “comprar” a imagem do Judiciário como o poder que não funciona, que solta o criminoso quando a polícia prende, que se enleia em liminares e cassações que parecem não ter fim, que profere decisões contraditórias e que leva anos e anos para resolver as questões mais simples.

O Lado do Repórter

A visão do problema do lado jornalístico é desalentadora. O “juiz deu parecer”, o “promotor decretou a prisão”, o “magistrado solicitou ao delegado” são frases comuns no noticiário impresso ou eletrônico. Frases que soam ridículas aos olhos e aos ouvidos dos técnicos, mas que são um dos mitos subprodutos das deficiências educacionais do país (como causa mediata) e da natureza do jornalismo imediatista, cuja criação intelectual mais brilhante é a transitoriedade do produto notícia. Transitoriedade em que a ignorância da operação judicial é agravada pela angústia das pautas, pelo aperto dos horários de fechamento, na mídia impressa, pela limitação dos segundos disponíveis, na mídia eletrônica. Transitoriedade piorada pelo tratamento dado à notícia como produto cuja finalidade é angariar audiência, assinatura, vendagens, índices, enfim. A notícia-produto se interessa mais pelo estranho, pelo inusitado, pelo catastrófico.

O Lado do Juiz

Visto o problema sob o ângulo da Justiça, não é melhor. O Judiciário, de sua parte, é heterogêneo. Na justiça estadual o juiz mantém-se distante do povo, afastado do entorno da sociedade em que vive, excedendo largamente os limites legais ou de prudência que vedam a referência pública aos assuntos submetidos a seu julgamento à frente - a se comportar, a se preservar, a evitar intimidade com o jurisdicionado.

Não devo esquecer de uma causa mediata: sente-se, no espaço interno do Judiciário, o distanciamento substancial entre os jovens magistrados e os mais antigos, aqueles tendendo ao elogio fácil destes, os quais são, assim, estimulados a formas de falsa condescendência, e, por vezes, de arrogância. Travam um diálogo formal, no qual a preocupação com a carreira, as promoções, as boas designações, impede ou dificulta a sinceridade dos mais moços.

O quadro, que não tem base estatística, mas é colhido nas experiências do dia-a-dia, leva a base de magistratura, no que interessa a este comentário, a encarar negativamente qualquer notícia sobre a pessoa

do juiz, qualquer que seja, pela impressão dominante de que até as boas notícias podem provocar maus efeitos no órgão especial.

As Justiças

Mas, o Judiciário nem é São Paulo, nem é só justiça estadual. A visão da Justiça Federal, salvo uns poucos momentos em que os temas são enfrentados em grande número, é a de um carro em marcha lenta, afogado pela avalanche dos processos que deixam saldo devedor de julgados, crescente ano a ano. Os grandes esforços desenvolvidos, em bem lançados mutirões, esgotam-se no tempo, pois a massa processual não passa, nem é enfrentada pelo número de novo juízes concursados. As questões propostas pelo jornalismo sobre estatísticas e custos são sempre desagradáveis para a magistratura.

A visão da Justiça do Trabalho não mostra diferença em relação a esse quadro: os processos esbarram em dificuldades humanas e materiais intransponíveis, demorando muito tempo ou, pelo menos, um tempo claramente incompatível com a necessidade dos menos favorecidos, anos à espera de uma solução.

A visão da Justiça Eleitoral, pelo menos, é a de um organismo excepcional, que não demora para resolver os temas que lhe são submetidos, em submetidos, em solução imprescindível ante o drama dos confrontos políticos, carregados de emoção, como se cada disputa fosse a decisão de um campeonato de futebol. A Justiça Eleitoral, nesse caso, surge como o “árbitro” que pode errar, mas, ao menos, “apita em cima do lance”. Talvez por essa razão, as decisões da Justiça Eleitoral são noticiados com fidelidade quase sempre irrepreensível.

Nos períodos eleitorais, juízes são solicitados a se manifestarem a respeito de temas de interesse local ou nacional e assim agem, preservando-se de emitir opinião política, mas informado o povo, que afinal, é o dono de todo poder. Pode-se dizer que o exercício, na Justiça Eleitoral, dá alguma abertura, ainda que insuficiente para ultrapassar o fosso da comunicação.

Causas Exógenas

Na discussão infinda do problema, sempre se procura o culpado. Não há, propriamente, culpados, pois, a análise sistemática mostra elementos estranhos aos operadores do Direito e aos operadores da notícia: a) a urbanização populacional, com a transferência da maior parte do povo para os núcleos urbanos, incorporado-a a setores industriais ou do comércio ou despovoando o campo, mudando o perfil da sociedade em transformação veloz; b) a comunicação eletrônica instantânea acessível a toda a população, criando massa infinita de informações, que apenas restrita parcela dos destinatários têm capacidade cultural para decodificar corretamente; c) a industrialização do ensino massificado, tendo como consequência o rebaixamento da qualidade dos corpos docentes, em todos os níveis, desde o primário à universidade, formando turmas cada vez maiores de profissionais, insuficientemente preparados, lançados para as carreiras adotadas, que terminaram proletarizadas, fugindo aos padrões dominantes até a metade do século XX, enfraquecidas ainda pela quebra ética resultante do crescimento numérico e da concorrência desleal dele decorrente. Os profissionais da área jurídica são atingidos fortemente pelo ensino de baixa qualidade. Os aprovados nos concursos mostram reduzido nível de conhecimentos gerais, imprescindíveis para quem trata dos assuntos do Direito, faltando-lhes capacidade de comunicação clara e direta de suas idéias. Outro dado concreto é representado por uma parte dos juízes novos, inexperientes, muitas vezes retirados dos lares paternos para atuarem como substitutos ou titulares de comarcas do interior, para as complicações das juntas de conciliação, para as varas federais. Sua inexperiência dos fatos mais elementares da vida os obriga a mostrarem-se distantes agressivos, muitas vezes exibindo falta de educação, desconfiados das intenções dos que se aproximam deles.

Tudo que ficou dito de a a c torna os juízes maus interlocutores para os jornalistas – sofrendores dos mesmos males, inclusive o da arrogância – e, desse modo, impulsionando a crítica dos fatos judiciais, nos meios de comunicação, ainda que injusta ou errônea, e por vezes, com má vontade.

Imprescindibilidade de Providências

É necessário fazer alguma coisa neste quadro de dificuldades para a comunicação? Sim, com muito empenho, cabendo ao Judiciário (e não ao jornalismo) a iniciativa. Por quê? Porque o Judiciário é um serviço público, que tem o dever constitucional da transparência. Porque o Judiciário é um serviço público, que tem o dever constitucional da transparência. Porque o juiz é um agente do governo, obrigado a dar satisfações à sua clientela. Porque assim agindo cumpre seu papel de maior garantidor da paz social, quando maior seu contato informativo com o povo e quanto mais respeitado pelo povo, respeito só possível quando conhecido por este. Conhecimento significa, sempre mais e mais comunicação.

Providência Preliminar

Considerando que o acesso do jornalista ao juiz ainda é complicado e a notória inexperiência dos juízes nesse campo, é necessário começar com uma interface, tendo jornalistas com algum conhecimento jurídico contratados para servirem de ponte com seus colegas da imprensa. Serviços jornalísticos, sim, nos tribunais, sim, mas não destinados a plantar informações convenientes à cúpula do Judiciário, porém, voltados para a divulgação de seus fatos relevantes para a sociedade, com clareza e precisão.

Quando o juiz for punido, quando houver uma decisão controvertida, quando uma notícia for mal transmitida, quando o fato judiciário for de interesse geral, haverá campo para a atuação do serviço de imprensa, nos tribunais, nas comarcas, onde quer que o relacionamento com a mídia deva ser desenvolvido com clareza de propósitos.

Risco a Enfrentar

Não nos iludamos, põem. Nem tudo será coroado de flores quando o povo tiver acesso á intimidade do Judiciário. As mazelas terão maior difusão, a política surda das disputas internas será comentada. O nepotismo, a desídia e até a corrupção eventual serão exposto com maior facilidade, expulsos das sombras pelos entrechoques detonados pelo próprio noticiário.

Haverá um período de transação, no qual muitos se arrependerão de ter defendido a abertura do Judiciário ao povo. Contudo, ainda assim, o século XXI não poderá a magistratura se continuar voltada sobre si mesma.

Dicas da Experiência

Enquanto a interface profissional não for operativa, atuando entre o Judiciário e a imprensa, há alguns dados úteis para o juiz, solicitando a se manifestar sobre os fatos da justiça não submetidos a seu julgamento. Agostinho Gaspar, *expert* respeitado na área das relações com a imprensa e a comunicação empresarial, em suas conferências explica as frustrações do repórter, geralmente ignoradas pelos não-jornalistas ou, pelo, menos, não compreendidas. São provocadas pelas limitações de espaço, pela copidescagem dos textos, pelos equívocos de impressão, pelos cortes conseqüentes de eventual falta de espaço, além do despreparo do jornalista.

Aquele que quiser falar bem com a mídia deve compreender tipicidades de cada veículo. Dou exemplos. Falando para o rádio e a televisão deve ter habilidade para frases curtas e precisas. Falando para as revistas nacionais terá de estar preparado para dar duas horas de entrevistas, reduzidas a uma referência ocasional no texto público, não fora do contexto. Falando para qualquer meio não deve jamais divagar, proferir imprecisões, mas estar preparado para tratar do assunto, direta, rápida e incisivamente. Agostinho Gaspar dá os mandamentos da boa relação com a comunicação social, os quais incluem objetividade e concisão nas respostas, sem impaciência e sem o uso desnecessário de termos técnicos ou obscuros.

O Terceiro Milênio Vem Aí.

A magistratura precisa convencer-se de que não há a menor razão do mundo para que o jornalismo queira criticar o Judiciário, apenas pelo gosto de criticar ou para solapar as bases de sua confiança. Nada disso, é

necessário compreender o outro lado da notícia como método inafastável de progresso nas relações com a comunicação social.

Para começar, a interface profissional poderá tornar mais eficiente a comunicação das notícias administrativas do Judiciário ou das inerentes a seu exercício jurisdicional. Permitirá que os fatos da justiça encontrem eco na mídia e, quando imprescindível, sejam suficientemente esclarecidos, para romper com o distanciamento atual, para dar renovadas esperanças no terceiro milênio. Para o bem geral da nação, preservando o Poder que julga e seus componentes.

DEBATE

NOVAS ATRIBUIÇÕES DO JUDICIÁRIO: NECESSIDADE DE SUA PERCEPÇÃO E DE REFORMULAÇÃO DA MENTALIDADE

Kazuo Watanabe

Professor de Direito Processual Civil da Universidade de São Paulo (USP)

A partir da década de 80, com a vigência da lei de Ação Civil Pública (7.347/85), da Lei de Pequenas Causas (7.244/84), hoje, Juizados Especiais (Lei 9.099/95), do CPC (Lei 8.078/90) e das recentes alterações do Código de Processo Civil, dentre elas uma das mais importantes é trazida pela Lei 8.952/94, tivemos profundas transformações na processualística brasileira e também significativas modificações na lei material.

Dentre as várias transformações trazidas por essas leis, as mais relevantes são: a) foi facilitado o acesso à Justiça para a camada mais humilde da população e possibilitada a solução molecular dos conflitos de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, evitando-se sua fragmentação e a banalização de suas soluções; permitiu-se que outros entes públicos, além do Ministério Público, e também a própria sociedade civil – através de entes intermediários, como associações e sindicatos – pudessem levar ao Judiciário os conflitos metaindividuais; b) foi adotada a responsabilidade objetiva para a tutela mais eficaz do consumidor e do meio ambiente; c) para a proteção jurisdicional mais efetiva e tempestiva dos direitos, foram criados o mecanismo de antecipação da tutela e a tutela diferenciada e específica das obrigações de fazer e não fazer.

A função do Judiciário, que já vinha se ampliando por força da mudança na própria concepção das funções do Estado Moderno, foi definitivamente modificada com essas alterações das leis material e processual. O Judiciário passou a solucionar não somente os conflitos intersubjetivos e interesses, segundo o modelo liberal individualista, como também a atuar como órgão calibrador de tensões sociais, solucionando conflitos de conteúdo social, político e jurídico, e também implementando o conteúdo promocional do Direito, como o contido nas normas o meio ambiente, o consumidor e outros interesses difusos e coletivos.

Como conseqüência, houve mudanças nos escopos da ação, do processo e da jurisdição, que passaram a constituir-se em conduto importante de participação política através do Judiciário e em instrumentos de racionalização do poder político, econômico e social e de mediação dos conflitos de interesses e tensões. Em notável e consagrada obra, Cândido R. Dinamarco demonstra a importância da reformulação do conceito de jurisdição, que deve ter, ao lado do escopo jurídico, também o escopo social e político (*A Instrumentalidade do Processo*).

Essas profundas modificações nos conceitos de jurisdição, ação e processo trouxeram a necessidade de reformulação de vários institutos processuais, como por exemplo o da coisa julgada. Foram concebidos, por outro lado, tipos de provimentos mais eficazes e mais adequados ao tipo de conflito a ser solucionado.

A tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, prevista no art. 11 da Lei 7.347., é um exemplo eloqüente do esforço no sentido da concepção de provimentos jurisdicionais dotados de maior efetividade, solução que posteriormente foi adotada pelo art. 84 do CDC, pelo art. 461 do CPC e pelo Estatuto da Infância e da Juventude (Lei 8.069/90, art. 213) e pela Lei antitruste (8.884/94, arts. 62 e 63).

Uma rápida comparação das atribuições do Judiciário brasileiro com as do Judiciário norte-americano, permite-nos a conclusão de que nossos juízes estão efetivamente assumindo novas funções, adotando um papel cada vez mais efetivo, aproximando-se paulatinamente do modelo anglo-saxão.

John Henry Merryman, discorrendo sobre “Civil Law System”, que é o nosso, chega a afirmar que o juiz desta família jurídica descende do “iudex” romano, datado de pouco poder, ao passo que o juiz anglo-saxão se filiaria ao “praetor” romano, plenamente investido do poder de império (*The Civil Law Tradition*; conferir, também, Ovídio Batista da Silva, *Curso de Processo Civil*, vol 2). Daí a importância e a notoriedade que alcançam os magistrados mais destacados dos países filiados à “common law” (Coke, Mansfield, Marshall, Story, Holmes, Brandeis, Cardozo), quando os nomes mais conhecidos nos países filiados à “Civil Law” são os dos legisladores (Justiniano, Napoleão) e dos doutrinadores (Gaio, Irnerio, Bartolo, Mancini, Domar, Pothier, Savigny e outros).

Em importante artigo sobre a atuação executiva dos direitos, esclarece Michele Taruffo como no sistema de “Common Law”, a partir da “equity”, diante das situações não tuteláveis “at Law”, se conseguiu a concepção pela jurisprudência de remédio jurisdicional tão eficaz quanto a “injunction” para a tutela de “novos direitos”, “che emergono nei vari momenti storici, costituendo così un potente fattore di adeguamento del sistema giurisdizionale ai bisogni reali de tutela” (*L’attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*).

Impõe-se, diante dessa nova realidade e para a consolidação e aprofundamento dos avanços já alcançados, que o mundo jurídico brasileiro, através dos juízes e dos demais operadores do Direito, se dê conta de que houve essa profunda mudança na realidade sócio-político-econômica do país e nas leis processuais e materiais que procuram se adequar a essa nova realidade.

Mudança de mentalidade por parte de todos os atores do mundo jurídico, que possibilite a perfeita dessa nova realidade, é a exigência mais premente da atualidade. E é particularmente imperioso que o Judiciário se aperceba das novas e importantes funções que lhe tocam e atualize-se e aparelhe-se corretamente para o seu adequado desempenho, evitando – se assim que o espaço institucional que lhe cabe seja ocupado por outros órgãos públicos e privados.

DEBATE

A CRISE DA JUSTIÇA SUAS CAUSAS

Dinio de Santis Garcia
Desembargador Aposentado

Lavra no país, ao ensejo da hesitante reforma constitucional, largo debate sobre a Justiça, centrado sobretudo na alegada necessidade do controle externo do Judiciário. Como sempre acontece quando são trazidos a público os problemas complexos e delicados, que poucos especialistas dominam, falou-se sobre tudo, menos – salvo raras exceções – sobre os aspectos essenciais do que pode ser chamada de *crise da justiça*, em nosso país.

A discussão caminha sem que a sugestão de qualquer medida útil – a não é tal, como procurei demonstrar em outro trabalho, a que atribui eficácia vinculante aos julgados da Corte Suprema e dos tribunais superiores¹ – surgisse nesta área. Como subsistem as causas da crise, parece conveniente, e mais que isso, necessário, investigar serenamente os fatos que perturbam o exercício da função jurisdicional.

Penso, a propósito, que não serão as observações de quem, por mais de quatro décadas, julgou em São Paulo em ambas as instâncias, exerceu inúmeras funções administrativas e participou ativamente do movimento dedicado à modernização da Justiça e do processo.

Parece que a idéia de *proporção*, tão importante no âmbito do Direito, pode oferecer apoio ao início de nossas reflexões: a proporção entre os recursos humanos e materiais conferidos à Justiça, e o volume das atividades judiciais e administrativas que lhe é atribuído².

Constitui verdadeiro truísmo a afirmação de que um órgão, para bem desenvolver suas funções, além de uma estrutura adequada, deve contar com os meios necessários para cumpri-las. A má estrutura e a insuficiência de recursos pessoais e materiais produzem resultados deficientes, seja na qualidade, seja na quantidade do produto. E hoje, todos sabem, há técnicas adequadas para o diagnóstico e cura de tais males³. Basta lembrar, a propósito, os notáveis recursos da pesquisa operacional, com os seus levantamentos de fluxos, construção de modelos, análise dos fenômenos de espera métodos de simulação. Trata-se, todavia, de metodologia dispendiosa, praticamente vedada à Justiça brasileira que, assim, tem de recorrer a meios mais simples, de resultados menos exatos, para a apuração do seu desempenho e planejamento das soluções possíveis.

Duração do Processo

Um dos índices aos quais habitualmente se recorre, e que sem dúvida representa um dos aspectos fundamentais da distribuição da Justiça, é o da duração do processo.⁴ A primeira vista poderia parecer que a melhor Justiça seria a que decidisse a causa de imediato, assim que formulada a queixa pela parte lesada. Mas uma reflexão, mesmo superficial, mostraria que não é assim, pois o demandante pode estar fazendo alegações inverídicas; ou elas são verdadeiras, mas podem ser invalidadas, no todo ou em parte, por fatos que beneficiam o demandado, e assim por diante.

Por isso tem-se como uma das valiosas conquistas do Direito Processual a que consagra o princípio do contraditório ou da audiência bilateral: *audiatur et altera pars*. Trata-se de máxima absolutamente inseparável da Justiça organizada, hoje universalmente atendida, ressalvados os casos em que a notificação do demandado e conseqüente demora possam tornar ineficaz qualquer atividade judicial⁵. Não é por outro motivo que a Constituição de 1988, entre os direitos fundamentais, consagra o contraditório e a ampla defesa nos processos judiciais ou administrativos (art. 5º, LV).

Mas não basta ouvir o demandado: é preciso dar a este e ao demandante o ensejo de produzir de suas alegações, numa instrução que, se os fatos são complexos, pode ser demorada. Finda a instrução, é necessário que sobre ela digam as partes. Só então – cumpridas outras providências essenciais em alguns processos, como a audiência do Ministério Público -, o processo estará maduro para a sentença. Proferida esta, a parte que sucumbiu tem o direito de recorrer pelo menos a uma segunda instância, valendo notar que, tanto aos meios de defesa (que basicamente são provas) como aos recursos alude a cláusula constitucional acima citada.

Ora, todos esses atos demandam para a sua designação, comunicação às partes e realização. É certo que, para tudo isso, as leis habitualmente marcam prazos. Mas estes raramente são cumpridos, seja em razão da saturação dos órgãos judicantes, seja por outros motivos. Surge, assim, como padrão para estimar a duração do processo, a idéia dos *prazos razoáveis*.

Prazos Razoáveis

Este conceito foi adotado pela Convenção da Europa (mais precisamente, *Convention de Sauvergarde des Droits de L'Homme et des Libertés Fondamentales*), que, no art. 6,1, declara que toda pessoa tem direito a que "a cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant e impartial, étabil par la loi".

Trata-se de princípio de inegável importância e de evidente Justiça. Desde que o Estado assumiu o monopólio da função jurisdicional (o que, incontestavelmente, constituiu um notável progresso), deve exercitá-lo eficientemente, isto é, a tempo e hora, não sendo curial que transfira para o particular que teve seu direito violado os ônus resultantes do deficiente funcionamento do serviço. É este, aliás, princípio que vale para os serviços públicos, em geral. Sem esquecer a correção da parêmia, de velha tradição, segundo a qual “justiça retardada é justiça denegada”. Sem dúvida é preceito coberto pelo art. 5º, XXXV, da CF de 1988, que a todos garante a tutela jurisdicional.

Aliás, a Constituição dos Estados Unidos, na sexta emenda, embora limitadamente ao processo criminal, assegura aos acusados “the right to a speedy and public trial”. Por seu turno, as cortes constitucionais da Alemanha e da Itália têm deixado patente que uma espera excessiva ou um retardamento não-razoável da decisão judicial equivale a uma violação do direito à tutela jurisdicional, posição que é secundada pela doutrina mais aberta e sensível⁶.

Aqui deve ser realçada a posição do magistrado e professor italiano Piero Pajardi, para quem a falta de resposta da Justiça, vale dizer, o retardamento da sentença além de limites de tempo razoáveis, implica em denegação, tornando letra morta a cláusula que assegura a tutela jurisdicional. Reportando-se a G. Franchi, recorda que de nada serviria ao cidadão apenas o direito de pedir a tutela; mais que isso, poder agir significa alcançar aquilo a que se tem direito. E conclui: “Nella disposizione costituzionale è implicito il divieto di denegazione de giustizia consistente nella mancanza ‘utile’ di uma decisione di mérito”⁷.

Registre-se que as queixas contra a lentidão da justiça têm longa história. Na “Oratio pro Quinctio”, Cícero lamentava que a causa que defendia já se arrastava por um biênio; e parece que esta não era exceção no concernente à duração dos processos, em Roma. E na velha Germânia, após a recepção do processo romano-canônico, queixavam-se os juristas de que as ações duravam mais que os homens, e eram transmitidas como herança de geração em geração; ao que Feuerbach acrescentava que a Corte Suprema do velho Império era comparável ao Olimpo, posto que lá residiam os “imortais”, isto é, as causas que ali jaziam, por largo tempo, em estado letárgico⁸.

Mas o que se deve entender por prazo razoável? Não seria, obviamente, o que poderíamos chamar de *prazo ótimo*, no qual estariam atendidos rigorosamente os tempos impostos pela lei. Seria, isto sim, o que possa ser situado num ponto entre o prazo ótimo e o prazo excessivo. Mas como fixá-lo?

Por razoável se entende, no âmbito do Direito em geral, aquilo que responde, mais que às exigências da lógica, a “outras aspirações (usos, bom-senso), sem excluir a consideração de contingências (a oportunidade, o possível)”, e, na prática, “o que se tem por moderado, comedido, o que se põe no justo meio”⁹.

A interpretação do que seja prazo razoável, no âmbito do processo, tem preocupado o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no exame de reclamações oriundas de súditos dos países signatários da convenção. Os critérios por ela encontrados para a qualificação dos prazos como razoáveis ou excessivos, tem sido: a) complexidade da causa; b) o comportamento do demandante; c) a conduta das autoridades competentes; d) a atividade do advogado no processo e; e) a importância do litígio para o demandante¹⁰.

Outras circunstâncias têm sido consideradas pelo Tribunal. Assim, no caso Buchholz (duração do processo nos tribunais trabalhistas alemães), definiu como aceitável o retardamento surgido em época de transição, caracterizada por um crescimento sensível de demandas, como consequência da deterioração da conjuntura geral – tanto mais que as autoridades competentes haviam tomado providências para sanar a anomalia, argumentando o número de juizes e acrescentando uma câmara ao Tribunal do Trabalho de Hamburgo. No caso Foti e outros (duração do processo penal na Itália), levou em conta o clima político que dominava o sul da península nos anos 1970/1973, causador da saturação das jurisdições competentes¹¹. No caso Zimmermann e Stein, levando em conta as diretrizes acima indicadas, considerou excessivo o prazo de três anos e meio, consumidos pelos tribunais suíços para julgar a causa. Mas nos trabalhos da Comissão Européia dos Direitos do Homem e do próprio Tribunal foram gastos aproximadamente três anos, ou seja, quase o prazo definido como não-razoável pelo Tribunal¹².

No atinente à Sexta Emenda, a doutrina não vai por caminho diferente, definido como julgamento rápido “ a reasonably speed trial”. A isto se acrescenta que tal direito é “necessarily relative” e “is consistent with delays and depends upon circumstances”¹³. Decisões antigas, oriundas dos tribunais dos estados, definam o julgamento rápido como o conduzido “accordingly to fixed rules, regulations and proceedings of the law, free from vexations and oppreessive delais manufactured by the ministers of justice”, nos limites do prazo que conceda à acusação “a reasonable opportunity, by the fair and honest exercise of reasonable diligence, to prepare for a trial”¹⁴.

Como se vê desta rápida excursão pelos sistemas da Comunidade Européia e dos Estados Unidos (observando que, quanto ao último, a noção de “speed trial” se resolve na de “reasonably speed trial”), o conceito de prazo razoável há de ser apurado em concreto, aferido segundo as circunstâncias de cada caso.

Trata-se do que a doutrina tem denominado *conceito indeterminado*¹⁵, que confere ao juiz ampla margem de discricionariedade no estabelecimento dos limites em que há de ser aplicado, caso por caso. Não há necessidade de insistir em que, também aqui, discricionariedade não significa arbítrio, colocando-se a decisão concreta na dependência “duma valoração global da situação de fato, tendo em vista a justa decisão final almejada”¹⁶.

As referências feitas acima demonstram que o conceito de prazo razoável tem sido aplicado com bom critério. Pois assim se decide, sem dúvida, quando se atribui ao reclamante a responsabilidade pela delonga, nas hipóteses em que dele ou de seu advogado tenham partido os atos procrastinatórios, ou se a complexidade da causa exigiu tempo mais dilatado para sua decisão, ou ainda, quando a alteração da realidade social em pontos sensíveis haja provocado excepcional acréscimo das demandas. Acertado, outrossim, condenar o retardamento ocasionado pela injustificada conduta das autoridades competentes, na direção do processo.

Dados Comparativos sobre a Duração do Processo

Mas tudo isto dificulta a utilização do conceito de prazo razoável como parâmetro para a aferição da eficácia da Justiça como um todo, posto que ele, em princípio, é aplicável só aos casos concretos. Apenas depois do exame particularizado destes poder-se-ia apurar se foram ou não razoáveis os prazos por eles consumidos, em, em determinado tempo e lugar. É esta uma via que, pelo grande volume de recursos exigidos, não foi trilhada nos estudos pertinentes à matéria.

A alternativa que resta é a da comparação dos prazos dos nossos processos com a de outros países de cultura jurídica semelhante – com as possíveis correções decorrentes das diferenças existentes entre os sistemas confrontados e a realidade social subjacente.

Começemos pela Itália, cujo ordenamento jurídico tem servido de modelo para o nosso em muitos setores, inclusive no do processo.

Uma análise abrangendo o período de 1956 a 1963¹⁷ revela que, em primeira instância, num total de 140 mil processos cíveis anuais, 26% foram decididos em menos de 6 meses, 50% num período entre menos de 1 ano a 2 anos, 13% entre 2 e 3 anos e 11% em mais de 3 anos. Em grau de apelação a duração dos processos alcançou menos de 6 meses em 13%, um ano em 44%, 2 anos em 30%, 3 anos em 8%, e mais de 3 anos em 5%. Ao longo do período foi registrado, em ambas as instâncias, um progressivo aumento dos tempos.

Outra pesquisa, abrangendo 100 anos de atividade judiciária¹⁸, evidenciou, para a tramitação das causas cíveis em todas as instâncias, no decênio de 1900/1909, nos processos atribuídos ao pretor, duração média de 18 meses (556 dias), e nos confiados aos tribunais a de 21 meses (652 dias). No decênio de 1971/1980 tais números subiram, nos processos do pretor, a 72 meses (2.193 dias) e nos demais a 91

meses (2.739 dias). Também neste estudo foi detectada uma inquietante tendência para o alongamento dos prazos.

Na França a duração dos processos nas cortes de apelação passou de 19 meses (mínimo de 9 meses e máximo de 44 meses) em 1980, a 22 meses (mínimo de 11 meses e máximo de 39 meses), em 1982; nos mesmos anos o prazo, nos tribunais de grande instância, subiu de 13 a 13 meses e meio¹⁹.

Na Alemanha²⁰, em primeira instância a duração média dos processos cíveis, em 1959, foi a seguinte: a) Amtsgerichte: menos de 3 meses, 46%; de 3 a 6 meses, 26,9%; mais de 6 meses, 27,1%; b) Landgerichte: menos de 3 meses, 22,7 %; de 3 a 6 meses, 23,6%; mais de 6 meses, 53,7%. No mesmo ano, em segunda instância: a) Landgerichte: menos de 3 meses, 50,0%; de 3 a 6 meses, 25,6%; mais de 6 meses, 24,4%; b) Oberlandesgerichte: menos de 3 meses, 37, 3%; de 3 a 6 meses, 27,6%; mais de 6 meses, 34,6%.

Em 1968 os resultados colhidos foram os seguintes, em primeira instância: a) Amtsgerichte: menos de 3 meses, 30,76%; de 3 a 6 meses, 30,75%; mais de 6 meses, 38,49%; b) Landgerichte: menos de 3 meses, 33,94% de 3 a 6 meses, 24,96%; mais de 6 meses, 43,10%. Em segunda instância: a) Landgerichte: menos de 3 meses, 33,60%; de 3 a 6 meses, 40,47%; mais de 6 meses, 25,93%; b) Oberlandesgerichte: menos de 3 meses, 4,84% de 3 a 6 meses, 29,22%; mais de 6 meses, 65,94%. Estes dados, que evidenciam um progressivo aumento da duração dos processos, têm preocupado, e com razão os juristas alemães, que vêem na lentidão da Justiça um grave mal social, que imobiliza bens e capitais, favorece a especulação e a insolvência e transforma o processo em cômodo instrumento de ameaça e pressão²¹.

O melhor desempenho, nesta sumária coleta de dados, cabe ao cantão de Zurique, que mantém acurada estatística forense desde o longínquo ano de 1832. No Tribunal da circunscrição de Zurique, a duração média dos processos cíveis ordinários, no decênio 1971/1980, foi de 160 dias (máximo de 169,68 dias, em 1971, e mínimo de 147,30, em 1980). No mesmo período processos ordinários atribuídos ao juiz singular tiveram a duração média de 70,43 dias (mínimo de 56,85, em 1980, e máximo de 82,56, em 1976); e os processos rápidos, surpreendentemente, tiveram média mais elevada – a de 127,69 dias (mínimo de 69,02, em 1979, e máximo de 180,51, em 1975). A duração média dos processos de apelação em trâmite pelo Tribunal Superior (Obergericht) de Zurique, ainda no mesmo período, foi de 99 dias (mínimo de 75, 23, em 1975, e máximo de 121, 0, em 1980)²².

Os Prazos da Justiça de São Paulo

No concernente à duração do processo no Brasil, os dados disponíveis dizem respeito à primeira instância do Estado de São Paulo, colhidos no Departamento Técnico de Informática do Tribunal de Justiça, sob orientação do autor destas linhas, e do magistrado Walter Fanganiello Maierovitch, auxiliados pelo diretor Álvaro Toshio Takei, e excelentemente analisados em artigo dos professores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe²³, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Foi utilizado o método empregado por Nicola Picardi, nos trabalhos²⁴ várias vezes referidos.

As pesquisas – as primeiras realizadas em mais de um século de existência do Tribunal de Justiça – padecem de alguns defeitos apontados no artigo acima referido, como a utilização de médias aritméticas simples e a ausência de utilização da *standard deviation*. De qualquer forma, representam um espelho razoavelmente fiel da realidade. O período da pesquisa vai de julho de 1986 a maio de 1989 e abrangeu não só os processos cíveis (como as estatísticas da Itália, França, Alemanha e Suíça) mas também os processos penais e de menores.

A duração média dos processos cíveis, na capital, foi de 649,33 dias (mínimo de 452,30, nos 6 meses de 1986, e máximo de 740,73, em 1987), no interior, de 538,17 dias (mínimo de 441,08, nos 6 meses de 1986, e máximo de 629,80, nos 5 meses de 1989). No Estado inteiro a média foi de 580,02 dias (mínimo de 446,14, nos 6 meses de 1986, e máximo de 677,62, em 1989). Nos processos criminais a duração média, na capital, foi de 620 dias (mínimo de 489,45, nos 6 meses de 1986, e máximo de 752,92, em 1989) e, no interior, de 500,78 dias (mínimo de 458,27, em 1989, e máximo de 606,98, nos 6 meses de 1986). No Estado a média foi de 523,56 dias (mínimo de 495,09, em 1987, e máximo de 560,41, nos 6 meses de 1986).

Quanto aos processos de menores, a duração média, na capital, foi de 261,28 dias (mínimo de 233,66, em 1987, e máximo de 285,53, em 1988) e, no interior, de 253,73 (mínimo de 235,53, nos 6 meses de 1986, e máximo de 268,58, em 1989). No Estado a média foi de 255,86 dias (mínimo de 239,08, nos 6 meses de 1986, e máximo de 172,16, em 1989).

O número total de processos cíveis pendentes, no início do período, era de 2.394.863, alcançando, no final, o montante de 2.227.260. A diminuição de processos em andamento foi acompanhada de um dado negativo: o da redução da taxa de extinção dos feitos, de 38,50% para 15,81%. No mesmo de tempo o número de processos criminais pendentes subiu de 328.247 para 570.526; e o de processos de menores cresceu de 44.226 a 86.945.

Á margem destes dados estatísticos deve ser observado, como o fizeram os autores acima citados, que no segundo semestre de 1988 e no primeiro de 1989, o serviço judiciário foi interrompido por greves, tanto na capital como no interior, com imediata repercussão no alongamento dos feitos. O mesmo efeito, e de modo ainda mais grave, adveio do aumento da litigiosidade provocado pela inflação crescente e pelas conseqüências de planos econômicos malogrados. Estas circunstâncias geraram grave crise também na segunda instância, em que a tramitação de algumas causas (como as de locação) alcançou duração próxima dos dois anos.

Como se vê dos dados relacionados, a Justiça de São Paulo, em primeira instância, registra uma produção melhor que a da Itália, mas inferior à da França e, segundo tudo indica, também inferior à da Alemanha que, em primeiro grau, liquida mais de 50% dos seus processos em seis meses.

O Desempenho dos Juízes de São Paulo.

Consoante já se registrou acima, o melhor desempenho é o da Justiça de Zurique, em que os processos ordinários duram 160 dias em primeira instância e 99 em segunda. Esse é um prazo que, salvo os casos em que se torne urgente a prestação jurisdicional, pode ser considerado, em princípio, razoável, tanto para as partes como para a sociedade. Lamentavelmente nossas estatísticas revelam que, em primeira instância, é consumido período 3,27 vezes maior do que o despendido em Zurique, em primeiro grau, e duas vezes superior ao que se gasta no mesmo cantão, em ambas as instâncias.

Claro que são diversas, e muito, as condições existentes na Suíça e no Brasil. Inclusive não se pode esquecer que entre nós há causas que na prática nunca terminam. Tal é o caso das desapropriações que, por força da atualização das indenizações, sempre pagas com defasagem em virtude da inflação, se desdobram em liquidações que muitas vezes passam da dezena e implicam em outros tantos julgamentos e recursos para os tribunais²⁵.

Não obstante, a tutela jurisdicional prometida na Constituição há de ser realizada sem que o processo se converta numa exasperante espera, que sempre debilita, e muitas vezes aniquila, o direito do cidadão. Mas a que seria devido o alongamento dos processos, que nos põe tão mal no confronto com Zurique? Caberia, tal resultado, ao fraco desempenho dos nossos juízes?

Voltemos um pouco às estatísticas da Justiça de São Paulo. Em primeira instância tivemos, computadas as áreas cível, criminal e de menores, no ano de 1987, 1.426.024 processos extintos, subindo tal número, em 1988, a 1.766.244. A extinção, na quase totalidade dos processos cíveis se dá por sentença, sendo raros os acordos – que, não é preciso lembrar, são ainda menos freqüentes nos processos penais (excetuados uns poucos de ação privada)²⁶ e nos de menores. Isto significa que cada um dos 1.052 juízes de primeira instância, (supondo-se providos todos os cargos, o que jamais aconteceu), proferiu em média, em 1987, 1.178 sentenças, e no ano seguinte 1.459 sentenças, ou seja, 3,92 sentenças diárias no primeiro ano, e 4,86 no último ano.

Considerando-se que a lei, em regra, concede ao juiz o prazo de dez dias para elaboração da sentença (CPC, Art.456; CPP, art.800,I), verifica-se que no decêndio os magistrados paulistas, nos anos de 1987 e

1988, proferiram, respectivamente, 39 e 48 decisões. Essa situação, com certeza, não foi a que o legislador pretendia exigir.

Ainda que descontados os processos simples (contrabalançadas por causas de grande complexidade), estes são números que revelam extraordinário esforço e, com freqüência, o sacrifício do repouso semanal e das férias. É fácil concluir, assim, que as causas da lentidão dos processos não devem ser buscadas no desempenho dos juízes – que de muito superam o que deles se poderia reclamar -, e sim no reduzido número dos magistrados.

A Impossível Ampliação dos Quadros

Pode-se, então, indagar: porque o Poder Judiciário não recruta o número de juízes adequado às necessidades do serviço? Na verdade a Justiça vem tentando aumentar seus quadros, mas embora o faça com muito empenho, sequer vem logrando preencher as vagas ocorrentes, em razão do despreparo da grande maioria dos candidatos. Alguns números ilustram a situação existente.

De junho de 1984 a maio de 1993 o Tribunal de Justiça de São Paulo realizou 15 concursos, aos quais concorreram candidatos, que foram de um mínimo de 16185 (151º concurso, 1985) a um máximo de 2.654 (161º concurso, 1991). Pois bem, o número mais alto de aprovados foi de 95 (150º concurso, 1984, com 1.294 candidatos) e o número de 34 (157º concurso, 1989, com 2.060 candidatos).

Ao todo, nesses dez anos compareceram 26.325 candidatos para 1.274 vagas, sendo aprovados apenas 819²⁷. Não há, assim, sequer como preencher as vagas existentes – o que impede que se pense numa ampliação substancial do quadro de magistrados que, quando menos, deveria ser multiplicado por três, se quiséssemos alcançar resultados próximos dos obtidos no cantão de Zurique.

Essa circunstância, a todos os títulos lamentável, revela a grave crise com que se debate o ensino superior do Direito há longos anos, fato notório que não cabe aqui analisar, e que não é privilégio do Brasil. Mas, dir-se-á, de qualquer modo não devem faltar alunos dedicados que, mercê do próprio esforço e da direção de bons mestres (que sempre os há, felizmente) logram, depois de formados, excelente desempenho em suas atividades forenses.

O fato é inegável, mas a verdade é que o Judiciário não tem conseguido atrair, nesta área de elite, o número de profissionais que preencha as vagas existentes, como demonstrado acima. A carreira do magistrado – com os deslocamentos no interior do Estado (constantes no início da judicatura), as rigorosas condições de comportamento, o excessivo volume de serviço e vencimentos pouco convidativos, consideradas as condições do mercado – afugenta bom número de candidatos que permitiriam a desejada ampliação dos quadros da Justiça.

Para lembrar as dificuldades envolvidas nesses aspetos, basta considerar que um deles, o da remuneração, provocava, entre o Judiciário e o Executivo para o simples reajuste dos vencimentos – o que, afinal, apenas servia para manter o valor efetivo dos estipêndios. A crise, aqui, também não tem sua origem no Judiciário, mas encontra sua causa na falta da colaboração adequada dos outros Poderes, para solução dos graves problemas que dificultam o bom desempenho da atividade jurisdicional.

É oportuno acrescentar que a Justiça de São Paulo não tem poupado esforços no sentido de incrementar o número de magistrados, seja aumentando o número dos concursos, seja modificando a forma com que estes se fazem, neles introduzindo um estágio na Escola Paulista da Magistratura. No entanto, até agora os resultados alcançados não autorizam a previsão de que ocorram, em curto ou médio prazo, as condições para uma radical ampliação dos quadros existentes.

Nível Qualitativo das Decisões

A rapidez dos processos não é tudo; é preciso que sejam justas as decisões neles proferidas. O bom nível qualitativo das decisões tem sido objeto de pesquisas na Itália, num prolongamento dos estudos

objetivando a Justiça, iniciados pelos mestres franceses do cálculo das probabilidades: Condorcet (1814), Poisson (1835) e Cournot (1843)²⁸

A referida investigação, apoiada em metodologia apurada, avaliou a correção dos julgamentos a partir da concordância ou discordância entre os órgãos judiciários de graus diversos, na decisão da mesma causa. Como reconhecem os próprios pesquisadores, a análise realizada é uma simples “tentativa para calcular a probabilidade da obtenção de juízos exatos emitidos pelos órgãos judiciários considerados”, já que não há padrão objetivo universalmente aceito para estabelecer o grau de justiça de uma sentença²⁹.

No Brasil inexistem, dados que sequer permitam o trabalho realizado na Itália, razão pela qual nada se pode adiantar sobre o tema em questão.

A Seleção e a Formação dos Magistrados

Já se aludiu às dificuldades ocorrentes no recrutamento dos magistrados, que impossibilitam a formação de um quadro suficientemente amplo para melhor distribuição da Justiça. Convém agora fazer uma alusão, ainda que necessariamente breve, a problemas que tocam mais ao fundo a seleção e a atividade do juiz³⁰.

A rigor a preparação deste deveria começar nas próprias faculdades de Direito, não só no que diz o aprimoramento do ensino, como no tocante a cursos e seminários especialmente dedicados à atividade jurisdicional, em nível de graduação ou de pós-graduação. Neles se daria atenção não apenas ao preparo jurídico, mas também aos aspectos psicológicos e sociológicos envolvidos no desempenho da judicatura, em termos de apurar no candidato as qualidades imprescindíveis ao seu exercício, que são, como lembra Pajardi, o equilíbrio, a firmeza de caráter, a objetividade, a imparcialidade, a resistência às sugestões, uma particular saúde psíquica, uma certa imunidade à emoção não separada de uma intensa humanidade, uma capacidade sã de crítica do comportamento humano, dentre outras³¹.

Estamos muito longe desse belo ideal, para a realização do qual, o mais que se obteve através de convênios entre a Justiça e as faculdades, foi a criação da disciplina denominada “Instituições Judiciárias”, a ser ensinada no curso de graduação. Esperemos que através desse modesto começo surjam as atividades de mais alto nível, acima indicadas.

O recrutamento dos magistrados é feito através de concurso, em que se atende predominantemente à cultura jurídica do candidato. As aptidões para a função são apuradas, em São Paulo, através de pesquisa sobre a vida pregressa dos candidatos, de um exame de personalidade (necessariamente superficial, em face dos exíguos recursos do Judiciário), e das observações colhidas pelos professores do curso realizado na Escola Paulista da Magistratura, entre a prova preliminar de seleção e a derradeira fase do concurso³².

Vê-se, assim, que, dentro do possível, há um esforço para investigação dos requisitos psíquicos e morais necessários para o exercício da judicatura. Mas a falta de recursos para a constituição de um corpo de magistrados, psicólogos, sociólogos, médicos e professores necessários, impede que resultados mais precisos sejam colhidos nessa área tão complexa e delicada.

Vencido o concurso, o candidato ingressa numa carreira. Há quem diga que carreira e magistratura são conceitos incompatíveis, na medida em que o desejo de alcançar os postos mais elevados, e com estes os centros de poder, pode colidir com os superiores interesses da Justiça e o próprio conceito de serviço, que deve reger a função jurisdicional. Ademais, a carreira está bem em atividades rigidamente subordinados à hierarquia (como a das corporações militares, que serviu de modelo a Napoleão para estruturar a magistratura francesa), mas dificilmente se ajusta aos juízes, cuja função está baseada na liberdade e na independência.

Seja como for, ressalvados os países em que os magistrados são eleitos (é o caso dos Estados Unidos e da Suíça), ou dos que, como a Inglaterra, têm uma organização judiciária *sui generis*, por toda a parte encontramos a magistratura moldada em carreiras. Isso, aliás, é praticamente inevitável nos sistemas em

que existem duas ou mais instâncias, que se articulam numa hierarquia funcional (que, como todos sabem, não se confunde com a hierarquia existente na ordem administrativa)³³.

Mantida a carreira, há que abrandar seus inconvenientes, reduzindo o número de entrâncias e aprimorando o sistema de promoção. A primeira providência exige cuidados especiais, dadas as diferenças de desenvolvimento social e econômico das comarcas, a história de cada uma, a necessidade de ser mantido um fluxo adequado dos juízes nas várias entrâncias e instâncias.

A progressão na carreira ocasiona problemas ainda mais difíceis. Entre nós vigora um sistema alternativo: a uma promoção por antiguidade segue-se outra por merecimento, e assim por diante. A promoção por antiguidade é simples, pois, salvo o caso de veto por 2/3 dos membros do Tribunal de Justiça, resulta de um cálculo matemático. A apuração do merecimento que, segundo a Constituição da República, há de ser aferido “pelos critérios da presteza e segurança no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento” (art. 93, II, c), é de realização bem mais difícil.

Para dar maior objetividade ao julgamento do mérito dos juízes, o Tribunal de Justiça de São Paulo conta, dentre outros, com os seguintes meios: a) avaliação, pelos magistrados de segunda instância, do desempenho dos juízes nos processos submetidos a recursos endereçados ao Tribunal de Justiça e aos Tribunais de Alçada; b) análise das planilhas mensais enviadas pelos juízes, contendo dados sobre a atividade destes e o movimento das varas ou comarcas que presidem.

A última providência permite colocar sob especial vigilância da Corregedoria-Geral da Justiça os magistrados que têm prazos excedidos, na condução dos processos a eles atribuídos.

À Escola Paulista da Magistratura compete a realização de cursos de atualização e aperfeiçoamento, aos quais já se devem bons resultados que, com certeza, crescerão na medida em que maiores recursos sejam dispensados àquela instituição. Que se deve aproximar do conceito de uma “escola permanente”, voltada para o desenvolvimento da personalidade do juiz e para o apuramento “não tanto dos conhecimentos jurídicos, como da capacidade interpretar as situações humanas, de avaliar as provas, especialmente as indiciárias, de sensibilizar-se socialmente a partir da plataforma da norma jurídica”, enfim, de uma “escola cujo objetivo seja ensinar a julgar”³⁴.

A especialização, desde que mantida em limites razoáveis, é uma inexorável exigência dos nossos tempos. Em país, no âmbito da Justiça, supõe-se, em princípio, que o magistrado é onisciente, versado em todos os ramos do Direito. A “clínica geral” é inafastável nos primeiros graus da carreira, em comarcas que muitas vezes contam com um juiz único. Mas nas etapas posteriores deve ser um problema a ser considerado seriamente, em benefício da qualidade e da celeridade das decisões. A aptidão do magistrado e seu particular preparo em determinada matéria devem ser determinantes no provimento de varas cíveis e criminais, de família e de fazenda, de menores e de execuções penais.

A chamada “seleção negativa”, isto é, aquela que se faz mediante a punição dos juízes que incidem em falhas funcionais, opera regularmente em São Paulo. Todas as queixas formuladas são dirigidas à Corregedoria-Geral da Justiça que, depois de colher os necessários elementos de informações, as encaminha ao Conselho Superior da Magistratura, assegurado o direito de defesa. Havendo motivos suficientes as reclamações são transformadas em sindicâncias que, se reveladoras de culpa dos magistrados, são julgadas pelo plenário.

Cabe registrar que uma grande parte das representações diz respeito a questões jurisdicionais, que devem ser discutidas em recursos ordinários, e não na instância administrativa — o que explica o dilatado número de arquivamentos. Não há, porém, queixa fundada que deixe de ser convenientemente analisada e julgada.

A propósito deste assunto falou-se muito, no âmbito dos que postulavam um controle externo do Judiciário, em “corporativismo”. Pois é hora de assinalar que, muito ao contrário, manifesta-se entre os magistrados uma viva consciência dos princípios éticos que regem a função judicial, de tal modo que, quando se divulga

a falta de um deles, entre todos se difunde um profundo sentimento de desgosto, e até de revolta, contra o infrator.

A Infra-Estrutura

Mas a Justiça não se faz só com juízes: estes só podem operar com o apoio de funcionários especializados, dotados dos recursos materiais necessários. E ainda aí a crise tem seu nascedouro na penúria dos meios concedidos ao Judiciário pelo Poder Executivo.

A remuneração dos servidores da Justiça está sempre em níveis inferiores aos do mercado, circunstância que repercute negativamente sobre o recrutamento e a permanência no serviço. Pesquisa realizada há algum tempo em segunda instância, revelou que em média os funcionários serviam durante três anos, ao cabo dos quais partiam à procura de melhores empregos. O que significa que, no momento em que ganhavam razoável experiência na função, deixavam seus postos e, com eles, os encargos para a formação de novos servidores.

Não se deve esquecer um fato curioso, a propósito do recrutamento dos funcionários da Justiça. Publicados os resultados dos concursos por esta realizados com largo dispêndio de recursos, as empresas privadas entram em campo, convocando e contratando os candidatos de melhor classificação, com manifesto prejuízo para os serviços judiciários. Não há porque reclamar das empresas, que defendem seus legítimos interesses; mas há que protestar contra os Poderes que negam aos servidores do Judiciário melhores condições de trabalho e, sobretudo, estímulos condignos.

No plano material as coisas não são melhores. A começar por prédios geralmente inadequados, em que o permanente aumento de varas e cartórios, e conseqüente divisão e subdivisão de espaços, cria ambientes hostis até à boa convivência dos funcionários entre si, e deles com o público. Será preciso realçar a má repercussão que isso traz para a execução dos serviços?

E que dos freqüentes atrasos no repasse dos recursos orçamentários, a provocar falta dos materiais indispensáveis para a atividade dos cartórios? E do mobiliário insuficiente, carente de conservação adequado?

Certas situações tocam as raias do absurdo. É o que ocorre com a destinação de parcelas expressivas, das atribuídas parcimoniosamente ao Judiciário, com a locação de armazéns em que se acumulam milhões de processos findos da Comarca de São Paulo, distribuídos por 9 mil metros de estantes. Desta colossal massa de papéis que gradualmente se deteriora com ação do tempo, das intempéries, da poluição e os insetos – uma reduzida parcela mereceria ser conservada em razão da utilidade ou, até, do valor histórico. O mesmo problema se reproduz, ainda que em escala menor, em muitas comarcas do Estado.

Deve-se este fato à circunstância de art. 1.215 do CPC, que permitia a incineração dos processos findos, estar suspenso pela Lei 6.246, de 1975, “até que lei especial discipline a matéria nele contida”. Volvidos quase 20 anos, tal “lei especial” ainda não mereceu a atenção dos congressistas, enquanto avalanches de processos desabam sobre os exaustos arquivos da Justiça. Note-se que de nada valeria microfilmear ou transcrever digitalmente os processos, enquanto subsistir a obrigação de guardá-los, pois assim às vultosas despesas da cópia estariam sempre acrescidos os ônus do depósito.

Hoje todas as organizações, pequenas ou grandes que sejam, não podem prescindir ao auxílio da informática. Isso se aplica especialmente ao Judiciário, que já não pode mais, com os recursos do processamento manual, gerir a quantidade imensa de informações, registros, decisões e muitos outros dados implicados na prestação jurisdicional.

Também neste capítulo os recursos repassados à Justiça não têm estado à altura de suas necessidades.

Ainda tomando como base o cenário paulista, cabe observar que em 18 anos não foi possível informatizar a Grande São Paulo – meta prioritária, posto que nela se concentre cerca de 70% dos processos que

tramitam no Estado. Algumas comarcas lograram informatizar pequena parte dos seus serviços, graças ao auxílio da comunidade e de bancos oficiais. Na capital, ao lado de progressos inegáveis, como a implantação do cadastro de protestos, do sistema de distribuição cível e criminal de primeira instância, do controle da execução das penas e do sistema dos juizados da infância e da juventude, permanece inacabada a rede das varas criminais e jazem como meros projetos os sistemas das varas cíveis, da família e da fazenda.

O Tribunal de Justiça logrou informatizar a distribuição, o acompanhamento dos recursos e os gabinetes dos desembargadores, além de algumas unidades administrativas. Serviços análogos foram criados pelos tribunais de alçada, através de projetos independentes. Graças à inestimável colaboração da Telesp, foi possível, por meio do vídeo-texto, criar uma rede da qual participam todos os tribunais e comarcas do Estado, possibilitando célere troca de informações pertinentes à área jurisdicional e à administrativa. Dentre os recursos da rede avulta o Vídeo-Jus, que permite aos juízes acesso ao serviço de pesquisas da Biblioteca do Tribunal de Justiça e, em conseqüência, prontas informações sobre questões pertinentes às causas em andamento.

Sem embargo de algumas experiências em curso, é sentida a falta de um sistema global de *information retrieval*, sobretudo no campo da Jurisprudência. Na área da doutrina está em preparo, na Biblioteca do Tribunal de Justiça, um catálogo em computador de grande porte, que deverá abranger cerca de 60 mil títulos.

É no âmbito das normas federais que vamos encontrar, elaborado por tradicional editora paulista, o produto informático de maior vulto. Trata-se do sistema de Legislação Informatizada Saraiva (LIS), que, na quinta parte de um CD-ROM, registra todo o ordenamento federal em vigor, abrangendo não apenas leis como decretos e normas administrativas relevantes. Os discos são atualizados de dois meses, e estão servidos por um *software* de fácil operação, com múltiplas possibilidades de acesso ao material neles contidos³⁵. No mesmo estilo surgiu, em data mais recente, a Jurisprudência Informatizada Saraiva (Jus), que reúne ementas do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e de cortes estaduais.

São esses instrumentos de que os magistrados necessitam com urgência, para dar maior de celeridade e segurança à prestação jurisdicional.

As Leis do Processo

Conforme todos sabem, “a atividade com que em concreto se desenvolve a função jurisdicional chama-se processo”³⁶ e está minuciosamente regulamentada pelo legislador.

Com razão observava Calamandrei que em substância “o Direito Processual civil e penal não é mais que um método (e a ciência processual, uma metodologia) imposto pela autoridade, para atingir a Justiça: um método de raciocínio, prefixado e ordenado pela lei, que as partes e os juízes devem seguir etapa por etapa, segundo a prescrição de uma certa sucessão e coordenação dialética, para obter ao final uma sentença justa, e o processo não é mais que uma operação, conduzida segundo este método”³⁷.

O que se disse é suficiente para que se aquilate da superlativa importância das leis do processo, que subordinam a conduta dos juízes, partes e auxiliares da Justiça a regras estritas, no desenvolvimento da função jurisdicional. Porém as normas processuais não são feitas pelos magistrados, e sim pelo Poder Legislativo, via de regra com base em projetos elaborados no âmbito do Ministério da Justiça. Aos juízes, como aos demais membros da comunidade, geralmente é permitida a manifestação sobre as propostas formuladas, mas isso é feito em caráter pessoal e sem qualquer obrigação, para os autores do projeto ou para os legisladores, de examinar as emendas porventura oferecidas.

À margem dos temas que nos ocupam, convém lembrar a conveniência de consultar a experiência de países em que as leis mais ligadas à técnica jurídica (e, devemos acrescentar, sobretudo as concernentes à técnica processual) são submetidas ao exame de comissões integradas por juízes³⁸. Do que foi dito resulta que o reflexo, para o bem ou para o mal, que as leis processuais exercem, não pode ser atribuídos

aos juízes, e sim ao legislador que as fez. Ora, deixando de lado as leis especiais, temos e sim ao legislador que as fez. Ora, deixando de lado as leis especiais, temos no Brasil dois repositórios que concentram as normas reguladoras do processo: o Código de Processo Penal de 1942 e o Código de Processo Civil de 1973.

O primeiro resultou da necessidade de se dotar o país de uma lei uniforme, em face da unidade do processo imposta pela Carta Constitucional então vigente, e não se afastou das tradições que nos vinham do Império e da Primeira República. Daí o seu apego ao processo escrito, circunstâncias que lhe valeu ásperas críticas de parte de nossa doutrina³⁹.

O segundo substituiu – na opinião de alguns mais por razões doutrinárias do que de ordem prática – o Código de Processo Civil de 1939 e, como este, procurou instaurar o princípio da oralidade, com os seus consectários. Sem ingressar no exame crítico de toda a nossa legislação processual, descabido nas modestas proporções deste trabalho, ficaremos com algumas observações, poucas mais significativas.

A primeira delas é que recente pesquisa – que abrangeu 20% dos juízes de São Paulo, Rio Grande do Sul, Paraná, Goiás e Pernambuco, bem como 47 magistrados da Justiça Federal – revelou que, na opinião de 82,3% dos entrevistados, o excesso de formalidades nos procedimentos judiciais era um obstáculo ao bom funcionamento do Judiciário, e, na de 90,2%, a redução de ditas formalidades era imperativa para a agilização dos processos⁴⁰.

A segunda é a lembrança de que no Brasil, tal como ocorre na Itália, consoante aponta Mauro Cappelletti⁴¹, ocorre uma “profunda desvalorização do juízo de primeiro grau, com a conexas glorificação, se assim se pode dizer, dos juízos recursais”. Ou seja, a primeira instância não é mais que uma antesala em que se espera, impacientemente, o momento em que e possa interpor a apelação e, em conseqüência, levar a causa à segunda instância. Daí a saturação dos tribunais e a conseqüente morosidade dos julgamentos.

No que diz com o amor aos recursos – e aqui vai a terceira observação – o nosso processo civil é paradigmático: 1) das decisões proferidas no processo e primeira instância cabem agravos de instrumentos (Código de Processo Civil, art. 52); 2) da sentença cabem embargos de declaração⁴² para o próprio juiz (art. 464); 3) julgados os embargos de declaração, se interpostos, da sentença cabe apelação para a instância superior (art.513); 4) a parte que não apelou ainda pode oferecer recurso adesivo (art.500); 5) julgada a apelação, abem embargos de declaração ao acórdão (art.535); 6) se a decisão não for unânime, cabem embargos infringentes (art.530); 7) se a decisão divergir de outras do mesmo tribunal, cabe o pedido de uniformização de jurisprudência (art. 476). Há ainda decisões de presidentes e relatores que ensejam agravos regimentais, bem como a utilização (abusiva) do mandado de segurança como sucedâneo de recursos.

Se pode ser invocado o art. 105, III da Constituição da República, cabem das decisões locais de segunda instância, para o Superior Tribunal de Justiça: 1) recurso especial; 2) agravo de instrumento da decisão que indeferir o recurso especial; 3) embargos de declaração ao acórdão que julgar o recurso especial; 4) embargos de declaração ao acórdão que julgar o recurso (Regimento Interno do STJ, art. 263); 5) embargos infringentes aos acórdãos não unânimes (Art. 260); 6) embargos de divergência se a decisão contraria outras do mesmo tribunal; 7) agravos regimentais de decisões de presidentes e relatores (art. 258); 8) recurso ordinário ou extraordinário para o Supremo Tribunal Federal (art. 268).

Nos casos de recursos extraordinários elencados no art. 102 III da Constituição da República, o processo no Supremo Tribunal Federal prevê os mesmos: 1) agravo de instrumento da decisão que indeferir o recurso (Regimento Interno do STF, art. 313), 2) embargos de declaração (art.337), 3) embargos infringentes (art. 330), 4) embargos de divergências (art. 330) e 5) agravos regimentais (art. 317).

Assim, uma causa poderá ter de passar por perto de uma dezena de recursos, para alcançar o fim... do processo de conhecimento! Sim, porque o processo de execução pode, por sua vez, engendrar um bom número de gravames! Com razão os magistrados consideram o elevado número de recursos como a principal causa da morosidade da Justiça⁴³.

Porque há de ser assim, se em primeira instância já se consumou a prestação jurisdicional? De que vale estar a julgar e a regular a mesma causa, *ad nauseam*? O que garante que a última decisão seja melhor do que a primeira – sendo de notar que o tão decantado princípio da oralidade só funciona em primeiro grau?

Dir-se-á que parte desses recursos dizem respeito a questões processuais – o que, em princípio, demonstra um condenável amor ao formalismo. Mas ainda sobram, quanto ao mérito, outros que podem retardar a conclusão do processo por meses ou anos. Note-se que o simples julgamento da competência, através dos remédios previstos no estatuto processual civil, pode consumir largo tempo que, com todos sabe, as vezes é contado por anos.

Não que se deseje a supressão do duplo grau de jurisdição (que para alguns constitui garantia constitucional), ou que se queira inviabilizar o reexame de decisões processuais verdadeiramente importantes. O que se pretende é pôr fim ao excesso de impugnações modificar as formas do sistema recursal, em termos que o compatibilizem com os princípios da simplificação, celeridade, e economia, sem os quais não se garante ao cidadão, em plenitude, o direito à tutela jurisdicional.

Os recursos, sem dúvida, constituem um dos pontos débeis do nosso sistema processual⁴⁴. Porém outros existem que, por óbvias razões de brevidade, que não podem ser examinados. Há modos de identificá-los com precisão, como diremos logo mais.

Excurso sobre a Função Estabilizadora do Direito

É com certo temor que me aproximo do tema das reformas legislativas dado que, em nosso país, elas costumam assumir a feição de cataclismas, devoradores de códigos inteiros, em torno dos quais foram criados jurisprudência e doutrina que os tornaram razoáveis instrumentos de trabalho e de ordenação jurídica da sociedade. Prefere-se, em vez de emendar os defeitos da legislação existente, modificá-la *de fond em comble*, substituindo-se estatutos com longos anos de aplicação, e todo o quadro de experiências em torno deles acumuladas, por códigos novos em folha, carentes de um largo trabalho interpretativo que se estenderá por anos a fio.

Esclareço, assim que quando falo em reforma das nossas leis de processo, não penso em novos códigos, e sim na reforma dos códigos vigentes, com as modificações exigidas pelos princípios da simplificação, celeridade e economia, e a conservação das formas que têm provado bem durante o tempo em que têm vigorado⁴⁵.

E peço vênica para repetir aqui as preciosas observações de O. Weinberger⁴⁶, que me acompanham há anos⁴⁷, sobre os limites que devem ser impostos às modificações do ordenamento jurídico. Weinberger começa por registrar que o Direito pode ser encarado como órgão de regulação social, que conserva o comportamento dos súditos (cidadãos, pessoas jurídicas, órgãos estatais) nas vizinhanças da situação ideal (Sollzustand). Mas acrescenta que entre a ordem jurídica criada pela lei e a sociedade controlada pelo Direito surgem relações de realimentação.

Isso exige uma certa flexibilidade da legislação em face da situação social, sem que se prejudique, todavia, a estabilidade que o Direito deve manter. Se o Direito há de cumprir sua função estabilizadora, devem ser evitadas modificações profundas da ordem jurídica, diz Weinberger, sobretudo porque nem todas as conseqüências das inovações podem ser previstas de antemão. Os argumentos em prol das reformas podem surgir desde logo e granjear adesões, mas “os efeitos laterais negativos habitualmente surgem mais tardem, na prática, e muitas vezes contrariam os propósitos iniciais”.

Se é verdade que o Direito não deve atuar como freio em relação à evolução social e ao progresso, isso não significa que freqüentes e extensas alterações da ordem jurídica tenham a virtude de acelerar a apoiar e o desenvolvimento da vida social, nem que a permanente modificação do Direito seja um índice de rápido progresso social. O Direito, poderá Weinberger, há de conservar uma flexibilidade de interior que permita a adaptação da ordem jurídica às cambiantes relações sociais e econômicas, sem alterações fundamentais.

Já há cerca de duas décadas parecia-me que a lição do sábio jurista merecia ser meditada, “sobretudo em momentos em que a prudência deve ser chamada a moderar o arrebato criador com que alguns juristas se empenham em reformas legislativas que implicam na aniquilação de vastos setores do nosso Direito codificado”⁴⁸.

Não vejo motivo para modificar meu pensamento.

Novos Métodos para a Elaboração das Leis.

Há anos tenho procurado, sem qualquer resultado, chamar a atenção dos nossos legisladores para processos de elaboração de leis mais próximas da realidade, como o utilizado pela então Alemanha Ocidental, a propósito da reforma do processo civil, na década de 70⁴⁹.

Embora nunca lhe tenham faltado insígnis cultores da teoria do processo, e registre em seu passado nomes que são, nem mais nem menos, os dos fundadores da ciência processual, a Alemanha, com a modéstia que caracteriza os povos sábios, preferiu assentar sua reforma na honesta apuração dos fatos.

Assim é que, em fins de 1969 e princípios de 1970, Gottfried Baumgärtel, Peter Mes e Gerhard Hohmann foram convidados pelo Ministério da Justiça alemão para a realização de uma pesquisa sobre as causas do retardamento dos processos cíveis. A investigação constitui um modelo de elaboração de projetos de lei com o auxílio da informática.

No tocante à primeira instância, o grupo liderado por Baumgärtel (do qual participavam, além de juristas, técnicos de processamento de dados, estatísticos e economistas) elaborou um questionário com 846 itens, envolvendo questões relativas aos órgãos judiciários, às partes, ao valor e objeto do litígio, ao processo probatório, aos prazos. A pesquisa abrangeu 3.365 feitos e terminou com uma análise dos resultados, pondo em realce as causas de retardamento dos feitos e formulando propostas de modificações da lei processual.

A mesma equipe redigiu, para a segunda instância, um questionário de 818 itens, à luz dos quais foram investigados 977 processos. Estudados os resultados e detectados as causas da morosidade, também aqui foram propostas alterações do estatuto processual⁵⁰. Não é necessário enfatizar a importância de uma contribuição deste tipo para uma reforma do processo, que se quer mais atenta à realidade do que às construções dos teóricos⁵¹.

É conveniente esclarecer que aqui não está propondo a substituição da ciência do processo por uma sociologia do processo. Com toda a razão registra do processo por uma sociologia do processo. Com toda a razão registra Enrico Allorio que, não obstante a evidente utilidade destas pesquisas e a conveniência de que prossigam ao longo dos dados já conseguidos sobre o substrato real do processo, não há como pensar em um novo tipo de cultura processual, menos atenta à hermenêutica e à sistemática⁵².

Uma Revolução no Âmbito do Processo Civil

Não é possível passar sem registro aquilo que bem pode ser chamado de uma *revolução no âmbito do processo civil*, que foi o aparecimento da Lei 7.244, de 7/11/1984, que institui o Juizado Especial de Pequenas Causas (JEPC)⁵³.

Esse novo instituto da iniciativa de magistrados (sobretudo do Rio Grande do Sul e Paraná), com a criação de Juizados Informais de Conciliação (JICs). Em face dos excelentes resultados colhidos, tomou corpo um movimento em favor da regulamentação legal dos juizados de pequenas causas, de certa forma renovando velhas tradições que os vinham da Colônia e do Império, e seguindo o exemplo moderno de muitas nações. A elaboração da Lei 7.244, promovida pelo antigo Ministério da Desburocratização e precedida de ampla consulta, teve como figuras centrais dois ilustres magistrados paulistas, os desembargadores Cândido R. Dinamarco e Kazuo Watanabe.

Sem dúvida ela se coloca, no Brasil, como uma das melhores leis de processo já elaboradas, constituindo uma notável aplicação do princípio da oralidade e de seus consectários. Na impossibilidade de um exame minucioso do diploma, referimos apenas alguns de seus aspectos essenciais, que bem podem servir de diretrizes para uma futura reforma do processo civil.

Pela Lei 7.244, a criação do JEPC pelos Estados da Federação era optativa, e o acesso a ele não era obrigatório para as apertes. Este último preceito continua em vigor, mas o primeiro não, visto que a Constituição da República de 1988 (art. 98, I) tornou obrigatória a instituição de juizados especiais, estendidos a competência destes às infrações penais de menor potencial ofensivo⁵⁴.

As diretrizes que informam o JEPC não destoam do processo civil vigente, mas acentuam seu caráter oral, levando, em princípio, à abolição quase total das formas escritas. Os atos se concentram numa audiência, em que são deduzidas as razões das partes, a prova é produzida, e é proferida a decisão – o que assegura a celeridade do processo. A memória da audiência é assegurada pela gravação eletrônica dos atos nela praticados. A simplificação do processo leva até à supressão dos autos, e a tipificação dos atos processuais é substituído pela instrumentalidade destes. As interlocutórias são irrecorríveis⁵⁵. No primeiro grau de jurisdição o processo é gratuito. Não é obrigatória a presença de advogados, mas se uma das partes comparecer com seu patrono assegura-se à parte adversa a mesma situação, mediante a assistência judiciária gratuita, com o que se garante a “paridade de armas” entre os litigantes.

O JEPC é órgão da Justiça Comum, integrado por juízes estaduais e por conciliadores (estes escolhidos, de preferências, entre bacharéis de direito). No primeiro grau de jurisdição funciona o juiz singular; das sentenças deste cabe recurso para um colegiado de primeira instância, que também integra o JEPC, e é constituído por três juízes. No recurso as partes serão obrigatoriamente representadas por advogados, cessando a gratuidade do processo com a imposição, ao vencido, da obrigação de pagar despesas e honorários advocatícios.

O valor máximo das causas discutidas no JEPC é de 20 vezes o maior salário mínimo vigente no país. Há também restrições concernentes à matéria, que se cinge à espécie que em maior número alcançam o cidadão comum, como as relativas ao direito do consumidor, as oriundas das prestações de serviços, as e indenizações por ilícito contratual ou extra contratual.

Há partes que não podem ser admitidas ao JEPC (como as pessoas jurídicas de direito público e os incapazes), bem como matérias que nele não podem ser discutidas (como as referentes ao estado e capacidade das pessoas, ou as de natureza fiscal e falimentar). São restrições impostas pela prudência e que podem ser gradualmente eliminadas, na medida em que o JEPC se firme entre as nossas instituições judiciárias.

Aspecto extremamente valioso da lei é a importância dada à conciliação: por ela começa a atividade do juiz. Não obtida, podem as partes optar pelo juízo arbitral, e só na falta deste é que se inicia a audiência de instrução e julgamento.

Vai mais longe a Lei 7.244, admitindo a homologação, no juízo competente, do “acordo judicial de qualquer natureza ou valor”, valendo a sentença como título executivo judicial. Por seu turno, acordo celebrado por escrito e referendado pelo órgão competente do Ministério Público, valerá como título executivo extrajudicial. Finalmente, autorizou as leis de organização judiciária a estender a conciliação a causas não abrangidas na competência do JEPC, bem como a instituir colegiados integrados por juízes de primeira instância, para o julgamento de recurso interpostos contra decisões proferidas em pequenas causas, não processadas na forma da Lei 7.244.

Para se ter uma idéia da importância da conciliação como instrumento de distribuição da Justiça, basta lembrar que na Itália, na primeira década do século, 83,9% do trabalho judiciário era confiado aos conciliadores, ficando o restante com os tribunais. Já na década de 1971 a 1980 a distribuição de trabalho. Já na década de 1971 a 1980 a distribuição de trabalho registrava total inversão, ficando apenas 6,29% com os conciliadores e o excedente com os pretores e tribunais⁵⁶. É fácil perceber o quanto esta subversão

deve ter contribuído para o progressivo retardamento da duração média dos processos, na península. O sistema vigente na Inglaterra também aponta para o valor da conciliação, posto que nele, até hoje, cerca de 80% dos feitos estão incluídos na competência dos juízes de paz⁵⁶.

Pela Resolução 12, de 28/08/1985, o Tribunal de Justiça de São Paulo institui os Juizados Informais de Conciliação e, por sua iniciativa, a Assembléia legislativa elaborou a Lei 5.143, de 28/05/1986⁵⁸, criando o Sistema dos Juizados Especiais de Pequenas Causas no Estado.

Ambas as iniciativas receberam entusiástico apoios dos magistrados paulistas, o que permitiu a instalação, até o primeiro semestre de 1995, de 238 JICs (217 no interior e 11 na capital) e 106 JEPCs (79 no interior e 8 na capital }, além de 27 juizados itinerantes (19 JICs e 8 JEPCs), num total de 371 órgãos de conciliação e de pequenas causas.

Os resultados falam por si. De 1986 ap primeiro semestre de 1994, os JICs do interior e da capital receberam 427.823 reclamações, das quais 285.987 foram resolvidas por acordos, sendo ainda prestadas aos interessados 38.304 informações jurídicas. De 1988 até o primeiro semestre de 1995, os JEPCs do Estado movimentaram 117.484 processos, dos quais 103.776 findaram por acordo ou por sentença.

É inegável a importância dos JICs e JEPCs no desenvolvimento dos direitos de cidadania, seja do lado de quem os exercita, seja pela participação dos membros da comunidade nestes órgãos. Mas também têm grande valor para o progresso do nosso processo civil⁵⁹, sobretudo na demonstração prática dos benefícios da oralidade.

Por força do determinado pelo art. 98 da Constituição de 1988, foi elaborada a Lei 9.099, de 1995, que, embora em alguns pontos seja inferior à Lei 7.244, de 1984, teve a virtude de, em obediência à carta magna, instituir os Juizados Especiais Criminais, que, na área dos chamados *delitos de bagatela* trouxe profundas modificações, não só no âmbito do processo penal, como no do direito material⁶⁰. Destas inovações é possível esperar bons resultados na Justiça Penal, se acompanhadas de ampliação dos quadros da magistratura e melhoria da infra-estrutura dedicada aos juizados especiais.

A Ideologia dos Magistrados

Aqui se cuida de traçar algumas linhas sobre o que Renato Treves⁶¹ chama de “ideologia específica profissional orientada para a organização e integração do corpo dos magistrados e para a determinação da sua missão na sociedade”; trata-se de examinar, como diz Ezio Moriondo⁶², não só um “sistema de idéias e valores como a ligação deste com a realidade social que o condiciona, e os interesses de variada natureza que estão em sua base”.

É uma área de estudos que tem alguma analogia coma análise do comportamento judicial⁶³, de que é pioneiro, nos Estados Unidos, Glendon Schubert⁶⁴.

Lamentavelmente o Poder Judiciário, no Brasil, não atraiu a atenção dos cientistas sociais, de modo que, como registra Maria Tereza Sadek, na área o que existe é uma enorme lacuna, que a ação do Instituto de Estudos Econômicos e político de São Paulo tem procurado sanar⁶⁵. Todavia, as observações colhidas pelo autor ao longo de quatro décadas, bem como os debates, entrevistas e trabalhos de comissões de que participou, permitem o esboço de algumas notas talvez não inteiramente destituídas de valor.

O primeiro registro a fazer é o de que a grande maioria dos juízes, fiéis aos ditames que os vieram da Constituição Federal de 1946 e foram realçados pela de 1988, concebe a liberdade e a democracia como os fins últimos da jurisdição. É o que também ocorre em outros países que, como o nosso, viveram a triste experiência de regimes de força⁶⁶, sentindo-se os magistrados como garantes da sobrevivência e aperfeiçoamento e uma sociedade aberta⁶⁷. Não é por outro motivo que a independência do Judiciário, instituído como poder do Estado, e os predicamentos da magistratura (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos) são vistos não como privilégios de uma corporação. Mas como garantias institucionais que permitem aos juízes, em plenitude, o exercício de suas funções⁶⁸. O monopólio da jurisdição e o Direito de acesso à Justiça são defendidos com firmeza, inclusive contra ofensas oblíquas

criadas por normas de cunho autoritário. A questão dos vencimentos é tratada pelos magistrados com certo constrangimento, pois ela envolve o interesse pessoal de cada um deles. Mas, dado o baixo nível dos estipêndios, é versada com alguma freqüência no tato com o Executivo e o Legislativo, por óbvias razões de sobrevivência, em especial da própria Justiça⁶⁹.

Os juízes são extremamente críticos em relação à estrutura e ao funcionamento da Justiça. São os primeiros a reconhecer as deficiências do sistema e a clamar por reformas, quando não as podem fazer sozinhos. Como muitos dos melhoramentos desejados dependem de recursos, que sempre escasseiam, é vigoroso, entre os magistrados, o movimento que objetiva a efetiva independência financeira do Poder Judiciário. Mas enquanto esta não vem, lutam com denodo pelo aperfeiçoamento e, em particular, pela agilização do serviço judiciário. Assim ocorreu com a informatização da Justiça de São Paulo, iniciada em 1976, realizada não só com a utilização de magras verbas orçamentária, mas também com a participação, alcançada e de municípios que integram as comarcas do interior. O caso de São Paulo não é único, não podendo permanecer no olvido o trabalho de magistrados não só em outros Estados, como o do Rio Grande do Sul e do Paraná, como na Justiça Federal. Dos juízes partiu a iniciativa da fundação das escolas da magistratura, com o objetivo de aprimorar a qualidade da prestação jurisdicional, e a eles toca, ainda hoje e ao menos em parte, o fornecimento de recursos para que elas funcionem. Para assegurar ao povo mais fácil acesso à Justiça, esta foi descentralizada na capital de São Paulo, com a criação, primeiro das varas distritais, e depois dos foros regionais – sempre com a direção segura do magistrado Bruno Affonso de André. E mesmo no interior, para as cidades que não preenchem as condições exigidas para a elevação a comarca, foram instituídas varas distritais.

A preocupação com as pessoas carentes, que na prática eram privadas o acesso à Justiça (criando o que Kazuo Watanabe chamou de *litigiosidade contida*⁷⁰) levou os juízes à invenção dos Juizados Informais de Conciliação e, a seguir, dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, com os excelentes resultados relatados acima – sem esquecer o mais recente aperfeiçoamento destes órgãos, com a criação dos juizados itinerantes, que vão ao encontro dos que, residindo em diminutos distritos e vilas, não têm meios para chegar às cidades onde poderiam defender seus direitos.

A aparição da chamada “justiça alternativa”⁷¹, se não granjeia a adesão da maioria dos magistrados brasileiros, pelo menos é um indício da sensibilidade que estes têm pelo direito justo (*richtiges Recht*), em especial no âmbito da Justiça Social⁷². Todavia, mesmo sem aderir às posições da “justiça alternativa”, os nossos juízes, valendo-se dos preceitos que autorizam a utilização da analogia e dos princípios gerais do Direito⁷³, e submissos à norma que manda aplicar a lei atendendo aos fins sociais a que lê se dirige e às exigências do bem comum⁷⁴, assim como aos inúmeros princípios contidos na Constituição da República⁷⁵, têm exercitado amplamente o poder de criação do Direito – que de resto não lhes poderia ser negado, por ser inerente à jurisdição -, que de resto não lhes poderia ser negado, por ser inerente à jurisdição -, *intra* e *praeter legem*, numa postura que pode ser aproximada do *direito judicial* (*Richterrecht*), de larga aplicação na Alemanha⁷⁶.

Pelo que se vê do panorama esboçado, muito coisa falta à Justiça para que ela, como desejam os magistrados e os cidadãos que a ela recorrem, aperfeiçoe sua estrutura e seus procedimentos.

Nisto, pelo que se demonstrou à sociedade, ela se encontra na estreita dependência de ampla e harmônica cooperação dos Poderes Legislativo e Executivo, que até agora não lhe tem sido dispensada. Mas não se vê em que possa, o chamado “controle externo”, contribuir para atrair maior número de candidatos para a carreira, aprimorar o recrutamento e a formação dos magistrados, melhorar a intra-estrutura judiciária e tornar as leis de processo mais ajustada à realidade – que estas, e não outras, são as causas da “crise da Justiça”.

O que se pode prever, porém, como resultado desta esdrúxula invenção, será a extinção da neutralidade e imparcialidade dos juízes, subordinados que ficariam às pressões da classe política, sempre atenta à defesa dos seus medíocres interesses e aos de sua clientela. Seria a morte da Justiça.

DEBATE

CIDADANIA E MAGISTRATURA

Caetano Lagrasta Neto
Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo

A garantia do conceito de cidadania implica também no exame dos “princípios constitucionais do processo”. Nessas incursões há que referir o acesso a uma ordem jurídica justa, por insuficiente o simples à justiça, baseado no princípio do juiz natural; na independência do juiz; no direito de defesa; no devido processo legal, além de outros, citados por Baracho¹, aos que se acrescentam o tratamento igualitário das partes no processo e perante a lei.

Nada obstante os defeitos que possam ser apregoados, o instante inicial das garantias constitucionais do processo está na seleção dos juízes e nos predicados constitucionais atribuídos à carreira da magistratura. Está também na garantia de vida digna ao professor e na elevação do nível do aprendizado e na operosidade e eficácia das escolas e universidades.

Cidadania e magistratura implicam mudança de mentalidades dos magistrados e ausência de qualquer controle externo do Poder Judiciário. Nesse passo, cabe comentar, ainda que rapidamente, a instituição das medidas provisórias e o efeito vinculante às súmulas de Tribunal Superior. A Constituição, em seu art. 62, permite ao Poder Executivo a elaboração de medidas provisórias, estabelecendo rígido prazo para sua aprovação, por parte do Congresso Nacional, vedada sua reapresentação. Diante da inércia deste e a constante reiteração daquelas, a decisão liminar por Tribunal Superior, através do efeito vinculante, subverterá o processo legislativo e impedirá a decisão pelo juiz natural, com evidente quebra do conceito de cidadania, em cada caso concreto. Anote-se que, ademais, a matéria das medidas provisórias, em geral, tem conteúdo político e a decisão liminar dos Tribunais Superiores, se vinculante, impedirá a discussão pelos juízes de 1º grau, enquanto o Poder Executivo, ditatorialmente, administra. Mais justo será diminuir o número de recursos ou elevar as custas quando de sua interposição, a fim de se evitar a morosidade, injustamente atribuída ao Judiciário, eis que a maioria deles é interposta pelo poder público e suas autarquias. Essa constante de um poder ao demais, implica negação do direito à cidadania e instauração de efetivo controle externo, através do Poder Executivo, além de impedir a prevalência dos direitos humanos, hoje objeto do dec. 678, de 6/11/92, que promulga a adesão brasileira à Convenção Americana sobre esses direitos.

O Concurso de Ingresso à Magistratura

Diante da fracassada experiência, ao menos no Estado de São Paulo, por ora, de incluir-se a participação efetiva das escolas dos magistrados, como estágio obrigatório do concurso de ingresso, voltou-se ao antigo sistema, com algumas modificações. Assim, após prova de seleção, que admite candidatos até o dobro do número de vagas, procede-se à prova escrita, com duas dissertações (uma na matéria civil e outra na penal), além de questões discursivas sobre as demais disciplinas, chegando-se, por fim, à prova oral. Para o 167^o (edital publicado em 15/7/96) acrescentaram-se as matérias de língua portuguesa e conhecimentos gerais, na fase de seleção.

Nada obstante essas modificações, o método de seleção, através de concurso de provas e títulos, ainda se revela mais consentâneo coma experiência brasileira e prevê garantias razoáveis aos candidatos, independentemente de origem, sexo ou cor. Contudo, isso não implica tornar a seleção exclusivamente voltada para o número de vagas ou a busca de funcionários e não de vocacionados.

A Crise do Ensino Jurídico no Brasil

O jornal Folha de São Paulo, de 23/7/96, 3/1, informa que o Ministério da Educação e Cultura (MEC) analisa o pedido de criação de 2.919 cursos superiores, aumentando em 51% os hoje existentes. Acresce-se que o art. 207 da Constituição torna atrativa a transformação de faculdades em universidades, eis que poderiam criar qualquer curso sem autorização do MEC ou do CNE. Não há estudo sobre a necessidade ou a demanda. Administração e Direito são os cursos “da moda”, apenas suplantados pelo de informática. A demanda pára antes de atingir a universidade. O mesmo periódico, 1/3 – 27/7/96, informa que, em 1970, a rede particular contava com 79.562 estudantes e, em 1994, com 941.152 estudantes. É urgente, assim, a adequação da nova Lei de Diretrizes e Bases, eis que dirigida a universidade apenas para determinadas áreas do conhecimento humano. Ademais, deve esta refletir os cenários nacional e internacional - Comunidade Econômica Européia e Mercosul – a aponta dados espantoso: o número de estudantes universitários no Brasil, há dez anos, estacionou em 1,5 milhão.

Outra notícia (*Folha de S. Paulo* – 3/2 – 26/7/96) confirma que o pior momento vivido pelas universidades federais está na falta de investimento, nas restrições às contratações, na redução de salários, o que implica desconfiar da propalada autonomia como fator de melhora da universidade pública, sendo que as recentes propostas do Banco Mundial podem conduzir a: 1) aumento das instituições privadas; 2) ensino pago até no mínimo 30% dos custos, pesquisas atreladas ao setor industrial, maior oferta de cursos pagos; 3) autonomia vigiada por organismos de controle e fiscalização e 4) apoio às universidades mais sensíveis às forças do mercado. Por outro lado, a autonomia pode ser mais econômica para o Estado, na opinião de algum economista, porém é difícil nela pensar sem medo (Dilvo I. Ristoff).

Os reflexos da decadência do ensino em nosso país, culminam, no caso do Direito, na deficiente formação de todos os seus operadores. A partir da ausência de laboratórios judiciais, a revelar a absoluta falta de objetivos práticos, o ensino jurídico no Brasil mostra-se distanciado de qualquer conteúdo deontológico. Não há um “tratado dos deveres” em relação aos corpos docente e discente. A atual situação do ensino e o abandono a que está exposto não têm servido de garantia para o exercício da cidadania. Resumem-se os “deveres” recíprocos ao pagamento em dia das mensalidades e de salário amesquinhado a professores que fingem ensinar, enquanto os alunos fingem que aprendem.

A criação de cursinhos, verdadeiros sorvedouros das parcas economias dos jovens estudantes e dos novos bacharéis, é o reflexo do descaso com que está sendo conduzida a escola pública e a total ausência de fiscalização da escola privada. Professores eméritos se ausentam das cátedras e investem no empreendimento seguro dos cursos intensivos de preparação às carreiras jurídicas, o mesmo ocorrendo com magistrados experientes, em qualquer caso, com prejuízo à docência e ao exercício da função jurisdicional, com raras exceções. Prova destas circunstâncias é o nível assustador de repetência – se assim podemos dizer – dos candidatos ao exame de Ordem, que, com a abolição do exame oral, calcularam-se, em recente concurso, 17 mil candidatos, sendo hoje a média de reprovação de 70% (*Folha de S. Paulo* – 3/2 – 13/7/96). Acresce-se que, de 8 mil candidatos, apenas foram aprovados, na primeira fase do anterior concurso ao Ministério Público, 537. Não é outra a situação da magistratura, com baixíssimo número de pretendentes aproveitados, diante de examinadores exigentes que procuram gênios, ao invés de tentar atingir o “homem médio”.

A colocação da escola de magistrados como fase do concurso de ingresso visava impedir a passagem obrigatória por cursinhos, além de apurar, pelo contato diuturno, vocação e potencial humano para a carreira, sem a preocupação de estar-se a lidar com meros alunos. A falta de compreensão e o temor de um improvável controle ideológico construíram para o fracasso da idéia, por ora, reduzindo cidadãos candidatos a aprovações bafejadas exclusivamente pelo acaso.

Defensoria Pública e Denegação de Justiça

Inúmeros são os problemas, ao menos no Estado de São Pulo, advindos da ausência de lei que regulamente a figura do defensor público e que conta, nos quadros da Procuradoria-Geral do Estado, com inexpressivo e abnegado número de procuradores voltados à assistência judiciária gratuita. Os convênios estabelecidos entre a OAB e o governo estadual têm-se revelado como elementos incapazes de propiciar o acesso a uma ordem jurídica justa, ou ao menos ao próprio acesso à justiça, por parte dos menos

favorecidos. Essa crise, forçada pelo sistema de governo, impede, por igual, o pleno exercício da cidadania e dificulta sobremaneira a atividade judicante. Assim, inúmeros serão os casos de patrocínio insuficiente e de réus indefesos.

Os Juizados Especiais

Revogada a Lei 7.244/84, que criou os juizados especiais de pequenas causas e a promulgada a Lei 9.099/95, criando os juizados especiais de menor complexidade, no cível, e de menor potencial ofensivo, no crime, enquanto não devidamente instalados e estruturados, constituem-se em fator de denegação de justiça e muito contribuem para o descrédito da magistratura. Deve-se esta situação às dificuldades ao desinteresse do governo, do Legislativo e do Poder Judiciário, no encaminhamento, aprovação e imediata regulamentação da lei no âmbito estadual. Acresce que a nova lei revelou-se extremamente formalista e confusa, esbarrando falta de independência econômico-financeira do Poder Judiciário, hoje apenas um princípio constitucional escrito, e que impede a todos o pleno exercício da cidadania e a correta adequação de uma infra-estrutura judicial eficaz.

A Responsabilização dos Juízes e o Controle Externo

Controle externo é exercício de cidadania? A mera constituição de um órgão de controle externo, formado por cidadãos ou por organismos sindicais ou políticos não é garantia suficiente para que o exercício da cidadania seja eficaz. Parece mais provável que estes organismos da sociedade civil, vejam-se, desde logo, submetidos a outros interesses – sempre defendidos por pessoas ou organismos dotados de formação técnica (advogados, promotores de justiça) – e conduzidos à defesa, não da cidadania, mas de benefícios escusos. Mais conveniente será a democratização da escolha dos órgãos superiores da magistratura, através de eleições com a participação de todos os juizes – afastando-se o fantasma da eleição por inércia, baseada na antiguidade na carreira. Esta nova perspectiva permitirá eleger candidatos preparados para formular e responder por novos mecanismos de fiscalização interna, impondo a seus órgãos, como prevê a Constituição Federal a transparência das atividades correcionais, efetiva prestação de contas sobre as punições e afastamentos consumados, em decisões revestidas de publicidade, sem invadir a esfera da privacidade ou que possam se constituir em execução pública, antes da eventual condenação, do juiz afastado. Essas circunstâncias enfatizam o dever político do juiz-cidadão.

No dizer de Dalmo de Abreu Dallari (*Revista Justiça e Democracia*, 1, 1º semestre de 1996), “o juiz é inevitavelmente político”. O fato de interessar-se pelo destino da comunidade revela faceta da cidadania, exercida através do voto. Proibido de exercer atividade político-partidária, é evidente que, ao escolher candidato, deixa de ser neutro e é através do voto, por igual, que conseguirá influir nos destinos da própria instituição, engrandecendo-a democraticamente pela livre escolha para os cargos de direção. A partir destes fatores, melhor serão estabelecidos os objetivos do Poder Judiciário e de sua urgente adequação a um sistema jurídico em crise.

Mudança de Mentalidade dos Juizes

Não bastam leis onde faltem inteligências capazes de bem aplicá-las e de instrumentalizar o processo. O Brasil é o exemplo de que por trás das leis escondem-se maus governantes, maus economistas e, por que não?, maus juizes e operadores do Direito, tudo em prejuízo das partes, do acesso a uma ordem jurídica justa e dos direitos humanos.

A inutilização, até o momento, pela mais alta corte do país, do instituto do mandado de injunção, é exemplo típico do formalismo rançoso e da inércia crônica do Poder Judiciário, o mesmo podendo ser dito da apreciação meramente processual (política) de questões como a do confisco das poupanças ou do pedido de intervenção federal nos Estados. Esta “solução política” acaba por realizar uma justiça tardia, o que equivale à denegação de justiça!

Daí se extrai, também, a inutilidade de um controle externo, visto que não será através deste que se irá alcançar os membros dos Tribunais Superiores, acabando-se por punir ou por avocar processos de juizes

em remotas comarcas, onde o interesse dos poderosos for prevalente e estiver sendo contrariado,mas sem]m resguardar o interesse geral do povo, sufocado pela atividade do Executivo, usurpador de funções do Legislativo e do Judiciário.

Ridículo, por outro lado, pensamos que este controle será eficaz porque preenchido por membros eleitos. Quem cobra atitudes ou projetos de seus candidatos eleitos? Quem se opõe à imunidade parlamentar, capaz de permitir a presença de parlamentares traficantes ou homicidas? Nem mesmo a lei tem conseguido fazê-lo e, quando o faz, como no famoso caso Lucena, apressam-se seus pares a invalidar a decisão judicial.

A partir da mudança de mentalidade dos juízes, talvez se consiga educar o povo. Os Juízes não deveriam estar tão preocupados em almejar mais um parco salário de professor, mas, antes, dedicar-se a esclarecer os futuros bacharéis, se possível desde as escolas de 1º a 2º graus, lutando de suas responsabilidades. Deveriam, além disso, fiscalizar, juntamente com os cidadãos, a crise que invade o ensino (público e privado) no Brasil.

Mudar mentalidades é interpretar leis novas ou códigos antigos, de acordo com os direitos dos cidadãos e da sociedade. Isso significa adequar a prestação jurisdicional aos novos costumes, tratados internacionais, como da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, do Mercosul, visando sempre manter as conquistas constitucionais, instrumentalizando-as para atingir-se o anseio de todos a uma magistratura voltada para a defesa intransigente da cidadania e dos direitos humanos.

DEBATE

O JUIZ E A CULTURA

José Renato Nalini

Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo

Incursionar pela origem etimológica das palavras pode oferecer atrativos insuspeitos. Cultura, por exemplo, derivado do latim *colere* significa cultivar, cuidar de, tratar. Desde a época clássica já se opunha ao conceito *natura*, significando a ordem estabelecida pela natureza ou o curso natural das coisas. E isso porque a cultura, lavoura física ou lavoura intelectual, só se concretiza mediante atuação do ser humano sobre a natureza e esta dele independe.

Refletir sobre a origem da cultura leva a uma constatação. Nunca se mostrou tão necessário o labor agricultável sobre o solo complexo de nossas instituições. É preciso revolver a terra. Há territórios áridos no chão Justiça. Pedregosos de egoísmo, daqueles onde o semeador evangélico, se vier a lançar suas sementes, nada verá germinar.

Existem charcos insalubres. Neles medram vaidade, orgulho e fingimento. Quem a eles tiver acesso não encontrará de retorno, enlaçado pelas algas das deficiências de caráter. Existe o solo pobre do comodismo. Pasto da mediocridade e do desalento. Ali é flor a abulia, na tumba das boas intenções. Mas há também terreno fecundo. Nestes, o mero preparar a terra faz compensar a aridez e seu cortejo. A terra dadivosa e boa aguarda o plantio e promete colheita.

A parcela maior do Judiciário é formada de terras férteis. A messe é grande para seu cultivo não faltam braços, nem instrumentos, nem copiosas chuvas. Esta é a faixa pronta a receber as sementes da Justiça do terceiro milênio. É nela que o plantador deve investir.

Toda terra, depois de produzir várias safras, merece um repouso. A exploração contínua deixa o solo extenuado e a produção escasseia. A cultura predominante da Justiça tem sido o dogmatismo. Intercala-se a técnica e aguarda –se o volume. Parece chegado o momento de uma diversificação. A monocultura é monótona e empobrecedora.

O aperfeiçoamento do espírito humano é insuscetível de residir apenas no conhecimento da lei. A norma positivada não encerra todo o Direito. O sistema de atitudes, instituições e valores de uma sociedade reside também nas artes, na literatura e, principalmente, na ética. A opção fundamental pelo Direito já direcionou a pessoa para o cultivo das ciências jurídicas. Elas têm uma característica, todavia. Não se desenvolvem na plenitude de suas potencialidades, se não coexistirem com outras plantas.

Ser fiel à vocação é da natureza do vocacionado. O espécime direcionado à perfectibilidade precisa ir além. Precisa impregnar-se do complexo em que se incluem conhecimentos, crença, arte, lei, moral, costume e muitas outras capacidades e hábitos adquiridos pelo ser humano como integrante de uma comunidade.

O ser humano não é mecanismo passivo, sensível a estímulos externos e produtor de respostas fisiológicas invariavelmente uniformes. Ele é criado, tem capacidade para alterar o seu destino dos demais, interage com os semelhantes e com o ambiente.

Depende só de cada um reformar p seu jardim. Jardim é conjunto integrado de canteiros, árvores, pedras, água e ornamentos. Uma seqüência padronizada de canteiros, árvores, pedras, água e ornamentos. Uma seqüência padronizada da mesma família vegetal tem a sensaboria das naturezas mortas. Afugenta da mesma família vegetal tem a sensaboria das naturezas mortas. Afugenta a vida. É bosque de eucaliptos. A heterogeneidade estimula e atrai para seu espaço passarada, borboleta, e quem mais vier. Um espaço vital abriga a floresta jurídica. Mas acolhe também a religião, o romance, o ensaio, o teatro, o cinema, as artes plásticas, o jornalismo, o esporte e o lazer.

Tudo isso representa cultura. É o que distingue homem das demais escalas animais. As instituições como técnicas que possibilitam a vida social. As crenças como alimento insubstituível para nutrir a consciência humana. Tentou-se, com a presente reflexão, motivar o juiz paulista e o juiz brasileiro a interessar-se por algo mais, além do Direito.

Dominar o Direito, conhecer a lei e as técnicas de sua aplicação, procurar aprimorar a arte da interpretação com o intuito de fazer Justiça é dever de cada juiz. Todavia, um juiz não é um repositório de códigos ou acervo mnemônico de jurisprudência.

O juiz é cada vez mais chamado a conhecer a realidade em que atua, identificar-se com as partes em conflito e procurar soluções viáveis. Pobre profissional aquele que se satisfaz com a solução processual, ou até procura por ela, para não enfrentar o desafio de penetrar no núcleo do problema concreto. Triste julgador aquele que só busca na lei a resposta para as questões submetidas à sua apreciação. Pois não lhe é dado detectar no texto normativo o remédio para todas as indagações existenciais.

É juiz o ser humano que sabe identificar no volume desarticulado do processo o drama real dos nele envolvidos. É juiz aquele que aprende a tolerar as faltas humanas, intolerante apenas em relação ao erro. É juiz a pessoa aberta para as transformações do mundo, atenta à velocidade com que se alteram padrões e valores, mas consciente de que permanece intangível a concepção de dignidade das pessoas.

Conhecer leis e códigos auxilia, mas não torna ninguém um juiz. Reclama-se-lhe visão enciclopédica. Não para memorizar conhecimentos, mas para aprender a sentir. Não para doutrinar, mas para repartir. Não para ditar regras, mas para intuir onde se encontra o segredo da verdadeira Justiça.

O momento histórico está acenando para o juiz, com as derradeiras oportunidades para uma revalorização da função, antes de ser tragada por soluções mais singelas, eficientes e menos distanciadas da realidade. E os textos normativos não apontam alternativas para esse enfrentamento.

Penetrar nos conhecimentos de história, psicologia, sociologia, economia e política pode ostentar relevância maior do que decorar Códigos. Ter religião é mais útil do que dominar as tendências da

orientação jurisprudencial. Reconhecer-se homem ético, provido de moral e, portanto, incapaz de prejudicar conscientemente o seu semelhante, é a chave da sobrevivência digna.

Redescubra-se a eficácia da simplicidade. Volte-se à verdade singela do catecismo, da moral e do civismo. A sofisticação do conhecimento, a sua compartimentação e super-especialização não trouxeram felicidade às criaturas. Talvez um volver às origens, e uma lida honesta na lavoura da consciência, possam conferir viço novo às velhas esperanças.

DEBATE

EXAME DE ORDEM, APERFEIÇOAMENTO DA SELEÇÃO

Marco Antonio Fanucchi
Coordenador de Área Civil do Exame de Ordem da OAB/SP

Qualquer seleção é traumatizada, seja para o selecionador ou para o candidato. Até mesmo a seleção natural é dolosa. Na dura realidade da vida é a primeira sensação do discernimento, fruto exclusivo da “escolha” por um conceito subjetivo e consciente de cada um. Dolorosa ou traumática, é incontestável, orem, sua necessidade, principalmente visando uma escolha pessoal e social.

Entretanto, em se tratando de seleção profissional, a opção pode ser um pouco mais tranqüila, mesmo porque um exame nada é do que efeito da concorrência, uma realidade da modernidade, implantada no cotidiano do ser humano, desde o berço. Daí porque a responsabilidade na dolorosa tarefa de escolher um profissional, quer para ingresso no quadro da Ordem dos Advogados do Brasil, quer para outra carreira jurídica. Para tanto, cabe à coordenação dos exames buscar o aperfeiçoamento na seleção, dentro da realidade das faculdades de Direito, dos candidatos e da própria sociedade moderna.

Claro que a modernização não significa liquidar com a qualidade da seleção, mas sim investir em métodos de exame e na formação profissional, que difere da academia. Esta é a razão de existir dos cursos de estágios aos acadêmicos, para os que se preparam à advocacia, bem como das escolas de magistrados e promotores. A Ordem dos Advogados do Brasil, por exemplo, mantém em São Paulo 120 vagas (por turma) em curso de estágio gratuito, com duração de dois anos, que visa ensinar aos acadêmicos de direito o lado processual-prático da advocacia, onde cerca de 80% dos participantes são aprovados no exame de ordem.

Outras faculdades, da mesma forma, ministram tais cursos até mesmo com escritórios experimentais, onde além do aprendizado, são prestados serviços à comunidade. Todo este sistema funde-se em um grande processo de seleção, que tem como corolário o exame de ordem. Anteriormente, doutra parte, existiam distorções no sistema de seleção, com os chamados “exames de comprovação de estágio” ns faculdades, que foram extintos com o provimento 81 do Conselho Federal da Ordem do Brasil. Tal provimento, outrossim, unificou a sistemática das provas e datas, deixando aos conselhos seccionais a realização (organização e elaboração dos exames, inclusive) em sua jurisdição.

Já sobre a égide desse novo provimento, sentiram-se os primeiros e favoráveis efeitos das mudanças, especificamente no 100º exame de ordem, sob a coordenação estadual do conselheiro Fábio Ferreira de Oliveira. Percebe-se que foi dado um grande passo visando uma justa e objetiva seleção para ingresso na advocacia. Mudança radical e conceitual, na verdade um pouco polêmica, uma vez que custou o fim do tradicional exame oral, que há muito foi abolido dos cursos nas faculdades de Direito, e do de comprovação de estágio para o ingresso automático na advocacia, que gerou protestos das faculdades de Direito com curso de estágio, que ali realizaram seus exames.

Agora, todos os bacharéis, em igualdade de condições, devem prestar um único exame elaborado pela OAB, cuja função, assim como a do estágio, foi definida. Mais que isso, o que se pretendeu foi profissionalizar buscando acabar com a subjetividade das bancas orais, evitando-se injustiças. A profissionalização foi administrativa. A informatização passou a fazer parte definitiva do exame, principalmente na primeira fase do processo de seleção, onde foi instituída prova preambular com 100 questões em forma de múltipla escolha, objetiva e com nota mínima de aprovação 5.

Fisicamente, a comissão de exame e seus funcionários receberam uma nova sede, fora do prédio central da OAB, mais ampla e com estrutura para o bom andamento dos trabalhos. Para elaboração as questões-teste da primeira fase foram convidados vários professores universitários, colhidos nas faculdades de Direito. A segunda etapa do exame, deferida somente aos aprovados na primeira, cinge-se à elaboração de uma peça privativa de advogado, conforme a escolha de área pelo candidato, bem como a resposta a cinco questões de prática profissional, com permissão de consulta a doutrina e jurisprudência. A prova é elaborada pelos coordenadores da área e corrigida por três deles, que consideram o raciocínio jurídico, a fundamentação, a interpretação e a exposição dos motivos, a correção gramatical e a técnica processual do candidato, que deverá atingir a média seis para aprovação.

Os pontos são sorteados no dia do exame e na presença de candidatos; as provas nas duas fases não são identificadas, evitando-se fraudes, perseguição ou favorecimento de quem quer que seja. Tudo enfim para poder selecionar, e bem, uma significativa quantidade de candidatos. Para os exames de final de anos, são esperados cerca de 17 mil candidatos no Estado. Na Capital, quatro faculdades cederão suas instalações para a realização da primeira fase da prova.

Claro que não se poderia continuar ignorando essa demanda, própria do gigantismo do Estado e da nação, muito mais do que a proliferação das faculdades de Direito. O polêmico articulista Paulo Francis disse uma vez que “a função de universidades é criar elites, e não dar diplomas a pés-rapados”. Terrível engano. É preferível viver em uma sociedade de bacharéis do que de ignorantes famintos, explorados por uma elite medíocre. Em todo o mundo os bacharéis são respeitados, a não importando quantos sejam, ou que função exerçam. No Reino Unido, comparativamente, existem duas sociedades de advogados, a dos “Barristers”, associados ao *Bar Association*, e os *Solicitors*, à *Law Society*, duas categorias de bacharéis-advogados, com exames de ordem, que praticamente desenvolvem a mesma função, e nem por isso a Justiça é fraca e a classe vive em conflito.

Uma universidade dignifica o ser humano, é um direito do cidadão, assim aspirar uma carreira jurídica. Portanto, era dever a OAB promover um exame com estrutura para receber essa demanda. Traçando um paralelo comparativo com os exames anteriores, o saldo atual é amplamente positivo. Nenhuma das questões da fase preliminar foi anulada e o fim do exame oral e de comprovação de estágio demonstrou-se profícuo.

As maiores injustiças dos antigos exames ali aconteciam. O de comprovação, realizado nas faculdades, obedecia sistemática diferente do exame efetivado na Ordem, onde uma “pasta de trabalhos” realizados pelo estagiário tinha um valor absurdo, fugindo do princípio da isonomia de outros candidatos que realizavam as provas na OAB. O oral, da mesma forma, era permeado por distorções, onde os candidatos não habituados a este tipo questionamento, por culpa exclusiva das faculdades de Direito e dos órgãos de controle, se deparavam com bancas que eram verdadeiras loterias, umas severas em demasia, com questões difíceis para um recém-formado, outras que agiam como verdadeiras “mães”, ninando seus filhos queridos, com questões pueris e tolerantes. Essas desigualdades, dessarte, liquidaram com o exame oral, evitando-se, outrossim, qualquer, tentativa imoral de recomendação. Isso acabou.

Esse tipo de exame, tal qual a entrevista, deveria acabar também para o ingresso à magistratura. Com o advento da Escola Paulista da Magistratura, qualquer aferição e aperfeiçoamento na oralidade ou em matéria comportamental são supridas ali mesmo, não podendo ser desperdiçado grande material humano em simples prova subjetiva e - porque não dizer? – eventualmente distorcida por questões de momento. Sem dúvida o exame ficaria mais moderno atual e objetivo, recebendo a Escola sua verdadeira função de selecionar instruindo.

A experiência e a vocação de falar em público não constam dos currículos dos exames e das faculdades, nem devem ser requisitos de apreciação dos examinadores, cuja subjetividade pode levar a injustiças terríveis e inadmissíveis. No caso das carreiras jurídicas públicas, o bom senso oriundo desses dois requisitos deve ser transmitido e captado durante o estágio probatório e nas escolas das respectivas carreiras, como deve ser na magistratura paulista. Na atividade privada da advocacia a experiência deve ser demonstrada pelos estágios profissionais.

A vocação é inerente ao ser humano, objeto da seleção natural, portanto, mais dolorosa. Assim, devem os examinadores deixar de lado o natural orgulho de tão honrosa tarefa e promover o mais justo e objetivo processo de seleção, que não deve resumir a um simples exame oral e sim a um constante acompanhamento, durante toda a atividade profissional, principalmente em se tratando de justiça.

O processo de seleção é eterno; não é porque o selecionado passa a ser companheiro que o espírito de corpo passe a selecionar, em bloco, qualquer investida contra a instituição. Mais importante do que subjetividades de qualquer processo de seleção pelo exame é descobrir, realmente, se o escolhido possui condições de entender e aplicar a lei, seja postulando, defendendo ou julgando.

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO PAULISTA

A CRIAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. OS PRIMEIROS DESEMBARGADORES

Justino Magno Araújo
Juiz do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo

A Justiça, ao tempo do Império, era administrada, na corte, pelo Supremo Tribunal de Justiça e, nas províncias, pelos Tribunais de Relação. Nas comarcas, serviam os juízes de direito e, nos termos, os juízes municipais. Os juízes de paz exerciam suas funções nos respectivos distritos de paz.

O Tribunal da Relação do Estado de São Paulo foi criado pelo Decreto Legislativo 2.342, de 6/08/1873, isto é, já nos fins do Segundo Império. Através desse diploma legal, eram instituídas sete Relações no Brasil, entre as quais a de São Paulo com jurisdição abrangendo as Províncias de São Paulo e do Paraná.

É conveniente recordar que durante a fase colonial, a Justiça brasileira estava inteiramente submetida à Casa de Suplicação de Lisboa, em matéria recursal, até ser criada a Relação do Brasil, na cidade de Salvador, por Felipe III da Espanha, em 2 de março de 1607. Essa Relação, posteriormente suprimida por Alvará de 5 de abril de 1626, seria novamente restaurada em 12 de setembro de 1652.

Em 1751, foi criada a Relação do Rio de Janeiro, posteriormente elevada à categoria de Casa de Suplicação (1808), com a vinda de D. João VI para o Brasil. A Relação de São Paulo surgia, portanto, mais de dois séculos depois da criação da primeira Relação do Brasil, e 65 anos após a instalação da Casa de Suplicação do Brasil.

Mas, o que eram as Relações?

Explica Pimenta Bueno, o consagrado publicista do tempo do Império que “as Relações são Cortes ou Tribunais de Justiça que, salvas algumas atribuições que referiremos, têm por fim ou missão principal formar a segunda instância ou segundo grau de julgamento; são Tribunais de Recurso, que examinam as sentenças ou decisões de 1ª instância, reparam ou retificam os erros, e estabelecem o julgado definitivo, confirmando, modificando ou revogando essas sentenças ou decisões, nos termos da lei.”¹

A respeito do tema, informa, ainda com propriedade, José Gomes Câmara: “As Relações, como órgãos judiciários de última instância, decidiam, originariamente, os conflitos de jurisdição ente autoridades judiciárias do mesmo distrito ou circunscrição, restauração de autos extraviados em qualquer delas, habilitações em processos pendentes de suas decisões, suspeições de seus membros, prorrogação de prazo para processo de inventário e partilha, censuras a juízes de primeira instância e aplicação de penalidade, consistente na multa ou condenação ao pagamento de custas, em se tratando de juízes de primeira instância ou serventuários, advertência a advogados e solicitadores, inclusive com suspensão do exercício de suas funções até seis meses.”²

Não será exagero dizer-se que a vinda do príncipe D. João VI ao Brasil teve peso decisivo na formação do Poder Judiciário brasileiro, pois foi dele a idéia de instituir novos tribunais e cargos judiciários, que lançaram as bases de uma organização judiciária genuinamente nacional.

A preocupação de D. João VI com a boa administração da Justiça, vem expressa na recomendação que fez ao governador da província de São Paulo: “A boa e imparcial administração da Justiça, por meio das mais exatas execução das leis e a mais particular atenção em zelar a conduta e a independência dos magistrados é outro objeto que muito vos mando recomendar, procurando que os povos reconheçam a fiel imparcialidade com que a Justiça lhes é administrada, e respeitem os executores da lei, não só porque assim é necessário para a conservação da tranqüilidade pública, mas até porque a convicção é o melhor meio de procurar ao governo toda a estabilidade e segurança.”³

Após o advento da Independência do Brasil, a própria Constituição de 1824 estabeleceu no seu art. 158 que seriam criadas novas Relações que fossem necessárias às “comodidades dos povos”.

“A comodidade dos povos”, consoante afirmação do insigne desembargador Young Da Costa Manso, “se resumia na possibilidade efetiva dos cidadãos recorrerem das sentenças dos juízes de primeira instância, faculdade concedida sempre, mas na prática inexistente para quem morasse longe das quatro cidades privilegiadas da orla marítima levemente bafejada pela civilização européia.”⁴

E conclui: “os povos não devem ter reclamado muito essa comodidade, com que lhes acenou a Constituição Imperial. Os Juízes, de seu lado, não andavam sobrecarregados de processos. Os bacharéis que advogavam eram poucos e exerciam a profissão onde funcionavam os tribunais, ou nas cidades maiores distantes serviriam os ‘rábulas’, que não pleiteavam mais que uma decisão de primeira instância.”⁵

Assim calmamente se passariam 51 anos, até que o Decreto legislativo 2.342 de 06/08/1873 criou mais sete Relações, ficando dividido todo o território brasileiro em onze circunscrições ou distritos. As sedes das Relações eram a capital do Império (corte), Salvador, Recife, Fortaleza, São Luís, Belém, São Paulo, Porto Alegre, Ouro Preto, Goiás e Curitiba. Como se observa, a magistratura do Império era única, não havendo justiças locais ou províncias.

Criada a Relação de São Paulo, foi ela afinal instalada solenemente a 3 de fevereiro de 1874, com seus membros denominados desembargadores. Seus primeiros componentes na presidência foram o conselheiro Tristão de Alencar Araripe e, com assento nas demais cadeiras, os desembargadores Herculano Aquino e Castro, Frederico Augusto Xavier de Brito, Antonio Cerqueira Lima, Agostinho Luiz da Gama, José Norberto dos Santos e João José de Andrade Pinto.

Naquela época, a metrópole era conhecida como a “Cidade Acadêmica”, graças à notável influência exercida pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Em meados do século XIX São Paulo era uma cidade “hedelbergiana”, verdadeiro burgo de estudantes.

Os acadêmicos, instalados alguns em chácaras nos arredores, outros em celas de conventos, mas a maioria em pequenas repúblicas, numerosas em certos bairros, praticamente tomaram conta da cidade. Foram os maiores freqüentadores dos seus primeiros hotéis, restaurantes e cervejarias, os animadores mais freqüentes de suas festas de rua, os dinamizadores do seu teatro.

Os professores catedráticos, por sua vez, gozavam de grande prestígio e freqüentemente eram convocados para assumir altos postos na administração pública. Por isso, a função cultural, exercida pela Faculdade de Direito, passou a marcar profundamente a vida paulistana no século XIX, exercendo uma influência jamais conhecida em qualquer outro centro urbano brasileiro. Ambas – a cidade e a faculdade – se confundiam, e a história de uma era ao mesmo tempo a história da outra. Foi nesse ambiente que surgiu a Relação de São Paulo.

São Paulo, berço da Independência e do ensino do Direito no Brasil, encontrava na criação do seu tribunal o prolongamento natural de sua cultura jurídica. A notícia da criação da Relação de São Paulo foi recebida com grande júbilo pela população paulistana, como atestou Taunay. Foi mesmo um acontecimento extraordinário, conforme mostram as providências tomadas para manifestar o regozijo público. Ao tomar conhecimento da Lei 2.342 que criou a Relação de São Paulo o governo mandou celebrar um *Te Deum* no dia 11 de agosto de 1873, que teve lugar na Catedral. Todas as pessoas gradadas da cidade receberam um convite oficial para esse ato litúrgico.

Finalmente, em 3 de fevereiro de 1874, realizou-se a instalação da Relação de São Paulo. À solenidade esteve presente o presidente da Província, João Teodoro Xavier de Matos, recebido à porta do salão das conferências por uma comissão composta de dois desembargadores. O edifício recebeu a benção solene do reverendo Monsenhor Arcediago, Joaquim Manuel Gonçalves de Andrade. O recinto do salão foi ocupado pelas autoridades civis, militares e eclesiásticas, contando com grande número de deputados provinciais, professores da Faculdade de Direito e advogados.

Somente um desembargador, Agostinho Luiz Gama, prestou compromisso. Os juizes Alencar Araripe, Aquino e Castro, Xavier de Brito, Cerqueira Lima, Norberto dos Santos e Andrade Pinto deixaram de fazê-lo, pois já haviam se comprometido nas Relações a que anteriormente pertenciam. Não houve necessidade de eleição para a presidência da Relação pois o conselheiro Alencar Araripe, como membro mais antigo, já houvera prestado juramento como presidente, em 13 de janeiro de 1874, perante o presidente da província. O desembargador Gama proferiu as solenes palavras: “Juro servir bem e fielmente o cargo de desembargador, mantendo a Constituição e demais leis do Império, administrando a Justiça com boa e sã consciência. Assim Deus me ajude.”⁶