

## SUMÁRIO

### **ENTREVISTA**

José Rodrigues de Carvalho Netto  
José Horácio Cintra Gonçalves Pereira  
Luiz Carlos Ribeiro dos Santos

### **DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL**

O Reconhecimento *Ex Officio* do Caráter Abusivo  
da Cláusula de Eleição de Foro  
Antonio Carlos Marcato

Ministério Público: Exame de sua Legitimidade para Impetrar Segurança  
e para a Defesa de Interesses Individuais Homogêneos  
Antonio Raphael Silva Salvador

A Reforma do CPC: o Agravo  
Juvêncio Vasconcelos Viana

O Dano Moral Causado por Ato Jurisdicional  
Wanderley José Federighi

### **Direito Constitucional**

Sobre a Produção Legislativa e a Normativa do Direito Oficial:  
O Chamado “Efeito Vinculante”  
Eros Roberto Grau

É Inconstitucional a CPMF?  
Yoshiaki Ichihara

### **Direito Penal e Processual Penal**

Algumas Considerações Sobre a Imputabilidade no Direito Brasileiro  
Waldemar Nogueira Filho

### **Direito Comercial**

A Petição Inicial do Requerimento de Falência ante a Súmula 29  
Manoel Justino Bezerra Filho

### **Direito Ambiental**

Sanções Administrativa Ambientais  
Álvaro Lazzarini

### **Direito Internacional, Comunitário e Mercosul**

O Protocolo de Brasília, o Protocolo de Las Lenãs  
E as Relações Interjurisdicionais  
Antonio Rulli Junior

### **Debate**

Dilemas e Desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos  
no Liminar do Século XXI  
Antonio Augusto Cançado Trindade

Porque uma Escola de Governo  
Fábio Konder Comparato

Lições de uma Pesquisa  
José Renato Nalini

Aspectos do Poder Judiciário  
Nelson Pinheiro Franco

**Escolas de Magistrados**

Educação e Justiça Supranacional  
Caetano Lagrasta Neto

**Centro de Estudos – Cedes**

A Obrigatoriedade ou não do Alongamento das Dívidas Rurais  
Henrique Nader

**Memória do Judiciário Paulista**

O Tribunal de Justiça de São Paulo nos Primeiros Tempos  
Justino Magno Araújo

**Caderno Literário**

O Pelote Domingueiro – José de Anchieta  
A Benção do Padre Anchieta – Paulo Bomfim  
Horóscopo (I) – José Napoleão Tavares de Oliveira  
As Ovelhas – Virgílio de Oliveira Junior  
São Francisco (Largo) – Antonio Rodrigues Porto

Livros

## Entrevista

José Rodrigues de Carvalho Netto

### **Presidente do 1º Tribunal de Alçada Civil Do Estado de São Paulo**

*Qual a sua opinião sobre a unificação da 2ª Instância?*

A unificação da 2ª Instância hoje é uma necessidade para que se possa agilizar o Tribunal de Justiça da mesma forma como ágeis são os Tribunais de Alçada. E essa agilidade é devida a uma particular situação. Nós dos Tribunais de Alçada temos uma certa administração mais condizente com a realidade atual. Enquanto que o Tribunal de Justiça tem que gerir não só próprio Tribunal, mas todo o Poder Judiciário, ou seja, todo o primeiro grau, tornando-se, portanto, uma entidade com um orçamento gigantesco e com um número muito grande de funcionários (42 mil), ao passo que nós temos uma média de mil funcionários. E o que isso significa? Que o trabalho da Presidência do Tribunal de Alçada pode ser realizado de uma forma mais direta e dinâmica. É evidente que para eu gerir todo um Estado, necessito de uma estrutura muito grande e tenho que descentralizar e agir dentro de uma situação moderna e não é o que ocorre, na realidade, na estrutura do Poder Judiciário atualmente.

*Na prática, o que vai ocorrer?*

O Tribunal de Alçada não vai mais existir. Nós criaríamos apenas um Tribunal de Justiça com seções regionais para que possa ocorrer uma melhor distribuição da Justiça. No meu entendimento, poderiam ficar de 10 a 15 seções judiciárias que seriam do Tribunal de Justiça, e elas se dividiriam em criminal e civil. E todas elas teriam um presidente, ou um vice-presidente, ou um coordenador – a nomenclatura não tem importância – mas alguém que administrasse as seções da mesma forma como se fosse um Tribunal de Alçada, com a mesma autonomia relativa que nós temos. Essa proposta foi discutida amplamente no IX Encontro dos Tribunais de Alçada do Brasil, de 29 a 30 de agosto passado, em São Paulo e aprovada pela maioria dos participantes. Agora, de outro lado, haveria também o Órgão Especial como já existe, que seria composto pelos presidentes dessas seções, e também pelos dez desembargadores mais antigos. Estes sofreriam uma rotatividade de dois em dois anos, o que geraria uma possibilidade de os desembargadores que hoje não teriam acesso ao Órgão Especial dele virem a participar. Isso oxigenaria o Órgão Especial no sentido de dar maior flexibilidade e fluência. Esse Órgão, evidentemente, teria a Corregedoria de toda a Justiça, inclusive dos Tribunais e, ao mesmo tempo, administraria com mais perfeição o primeiro grau.

*Se a unificação ocorrer, qual será a repercussão para a carreira do magistrado?*

Para mim, segundo grau é segundo grau. Tanto faz me chamarem de desembargador ou juiz de alçada. Um ponto positivo que poderá haver será com relação à reformulação do Órgão Especial (já mencionado). Porque o que ocorre hoje é uma perpetuação no Poder. Só os 25 mais antigos, que podem ser eleitos presidentes, é que mandam, realmente, na magistratura formando uma casta, um terceiro nível de juízes dentro do próprio Tribunal de Justiça.

*Quais os problemas que o 1º Tribunal de Alçada Civil enfrenta hoje?*

O problema que o 1º Tribunal de Alçada Civil enfrenta hoje é comum a todos os Tribunais: a sobrecarga de processos. O povo redescobriu o Judiciário e busca nele exatamente aquilo que não obtém dos outros poderes e o utiliza até mesmo contra esses outros poderes. O povo descobriu que o Judiciário é de fato o seu defensor e, a partir do momento que se descobre cidadão, ele exige que seja tratado como tal, impedindo que o Executivo e o próprio Legislativo criem situações que o impeçam de exercer seus direitos. Com isso, houve um aumento do serviço. De outro lado, os planos econômicos criados não se coadunaram com nossa realidade social e, mais do que isso,

com a nossa legislação porque o economista parte de uma decisão para um procedimento, ao contrário do processo judicial, que parte de um procedimento para alcançar uma decisão. Isso gerou muitas inadequações jurídicas, resultando em inúmeras inconstitucionalidades e, conseqüentemente, uma sobrecarga no Poder Judiciário.

*Na situação atual, o Tribunal de Alçada tem condições de interferir no processo de distribuição de Justiça no Estado?*

Não. Quem tem é o Tribunal de Justiça. O que é de nossa competência, nós distribuímos. Chegamos a ter 42 mil processos acumulados para julgamento. Esse ano já chegamos a baixar para sete mil, mas devido aos problemas mencionados esse número atingiu 13 mil. Estamos fazendo um novo planejamento para baixar novamente esse número. Mas, em qualquer situação, a sobrecarga de trabalho dos juizes é desumana.

*Como o Sr. vê o processo de eleição nos Tribunais? É a favor da eleição direta para presidentes e corregedores?*

Não sou favorável à eleição direta nos Tribunais porque o Poder Judiciário é diferente do Ministério Público. O Ministério Público é uma instituição, não é um poder. Lá, o Procurador Geral de Justiça não tem aquela autonomia e liberdade que tem a cúpula do Judiciário; o sistema é completamente diferente. O Chefe do Poder no Ministério Público, queira ou não, é o Governador do Estado, enquanto que o nosso, somos nós mesmos. É a cúpula do Judiciário, como já disse. Se nós politizarmos os juizes a ponto de todos votarem, o que vai acontecer é que o juiz que está votando lá embaixo, aquele que está começando a carreira, vai exigir do eleito posicionamento nem sempre consentâneo com a realidade. Eu acho sim, que todos devem votar e ser votados, mas na cúpula, os juizes de Alçada, inclusive. Creio que a Associação dos Magistrados deve – e pode – suprir o aspecto político, agindo como órgão de classe. Daí a necessidade de ser aberta e democrática sua eleição. De qualquer forma, gostaria de pensar mais no assunto, pois não me considero, ainda, com a idéia sobre o tema bastante amadurecida.

## **Entrevista**

José Horácio Cintra Gonçalves Pereira

### **Presidente do 2º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo**

*Qual a sua opinião sobre a unificação da 2ª Instância?*

No IX Encontro dos Tribunais de Alçada, realizado nos dias 29 e 30 de agosto passado, em São Paulo, o ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira posicionou-se favorável à unificação da 2ª Instância, ou seja, nos estados onde houvesse Tribunais de Justiça e Tribunais de Alçada, estes fossem unificados àqueles. Essa conclusão foi aprovada pela grande maioria dos juizes presentes. Outrossim, essa questão – unificação da 2ª Instância – não envolve, como salientou o aludido Ministro, grandes indagações jurídicas, mas apenas vontade política-administrativa. Portanto, competirá ao Tribunal de Justiça, através de seu órgão Especial, dar a última palavra. É imperioso, no entanto, ressaltar, caso o Tribunal de Justiça venha adotar essa orientação, a necessidade de profundas alterações administrativas. De um lado, que a composição do Órgão Especial se amolde à Constituição Estadual (art. 61, parágrafo único), de outro, que seus integrantes exerçam atividades jurisdicionais apenas no âmbito de competência desse órgão Especial, no mais, dedicação, quase integral, às funções administrativas. Não mais se justifica reunião da Plenária apenas uma vez por semana, inclusive com suspensão nos meses de janeiro e julho. A administração, exercida pela Plenária, precisa ser mais ágil e efetiva, o que não é possível nos dias atuais, ante a carga de processos para julgamento que os integrantes desse Órgão Especial continuarão recebendo.

*Na prática, o que vai ocorrer?*

A unificação traria, conforme salientando pelo ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, com o que não se pode discordar, duas vantagens. A eliminação de um degrau na carreira, ou seja, o juiz de entrância especial seria promovido ao Tribunal de Justiça, enquanto, hoje em dia, o acesso é ao Tribunal de Alçada para, depois, alcançar o de Justiça. A outra vantagem consistiriam na flexibilidade da competência entre as diversas seções cíveis e criminais, ante a imensa flutuação dos recursos quanto à matéria. Apenas para exemplificar: num determinado momento o 2ºTACivSP, por força de vários planos econômicos, passou a receber extraordinária carga de recursos referentes às ações previstas na Lei do Inquilinato. Hoje, por força de modificação legislativa e, principalmente, pela estabilidade econômica, reduziu-se sensivelmente o número desses recursos. Dessa forma, existente um único Tribunal, essa situação, aumento ou diminuição dos recursos, seria facilmente resolvida por simples deliberação do “novo” Órgão Especial. Impõe-se destacar, ainda, que os Tribunais de Alçada não têm condição de interferir nas decisões administrativas do Tribunal de Justiça. Caberá exclusivamente ao órgão maior do Poder Judiciário do Estado a deliberação.

*Quais os problemas que o 2º Tribunal de Alçada Civil enfrenta hoje?*

Os problemas devem ser vistos sob dois aspectos: jurisdicional e administrativo. No plano jurisdicional o Tribunal, por força do Provimento 43/97, teve sua competência não só ampliada, mas também recebeu, de uma só vez, cerca de 12.000 processos que aguardavam julgamento. Nesse ponto, é dever ressaltar o empenho dos juízes deste Tribunal, tanto assim que, mediante deliberação plenária, para não retardar os julgamentos, aumentou-se a carga de distribuição dos recursos. No tocante à esfera administrativa, o Tribunal vem recebendo apoio do Tribunal de Justiça que, inclusive, complementarará o quadro de juízes substitutos, num total de 12. Também vem recebendo apoio do Executivo com liberação de verbas, o que permitiu a locação de imóvel para instalação dos gabinetes, o que vinha sendo, desde há muito, reivindicado pelos juízes. Todavia, é imperioso que o Tribunal possa continuar contando, principalmente, com o Executivo para o aprimoramento de suas atividades, destacando-se o campo da informática. Também é preciso que o Executivo se sensibilize com a situação dos funcionários para que o Poder Judiciário possa manter um quadro funcional de qualidade. O funcionamento público sempre foi atraído, em especial, pela estabilidade e pelas vantagens de aposentadoria, e estes benefícios serão excluídos pelo Governo Federal, todavia, sem se pensar em nenhuma contraprestação.

*Como o Sr, vê o processo de eleição nos Tribunais? É a favor da eleição direta para presidentes e corregedores?*

Sou contrário à pretendida eleição direta para o Conselho Superior da Magistratura. Não vejo nenhuma vantagem para o Poder Judiciário e não vislumbro melhoria alguma que esse processo – eleição do Conselho por todos os juízes – possa trazer para os jurisdicionados, para os recursos e para os próprios juízes. O que precisa ser modificado é o critério atual, isto é, a eleição dos mais antigos. O melhor seria que todos os desembargadores pudessem concorrer aos cargos do Conselho.

## **Entrevista**

Luiz Carlos Ribeiro dos Santos

**Presidente do Tribunal de Alçada Criminal  
do Estado de São Paulo**

*Qual a sua opinião sobre a unificação da 2ª instância? Se ela ocorrer, qual será a repercussão para a carreira do Magistrado?*

Sou a favor da unificação, ressalvando entender, contudo, que a providência deve ser precedida de um estudo em que seja dado novo desenho ao funcionamento da justiça em segundo grau de jurisdição. De forma que os resultados das experiências positivas levadas a efeito pelos Tribunais sejam utilizadas naquele que resultar da unificação, para o que, inclusive, caberia um prévio exame sobre os efeitos em relação aos juízes de primeiro grau, de forma a impedir sirva ela à falta de incentivo no tocante aos magistrados que atuam na primeira instância.

*Quais os problemas atuais vividos pelo Tribunal de Alçada Criminal?*

Nenhum. Está absolutamente em ordem.

*O Tribunal tem condições de interferir no processo de distribuição da justiça no Estado? De que forma?*

O fato de, em seus trinta anos de existência, haver o Tribunal julgado mais de 630 mil processos, se presta, por si só, a demonstrar sua importância na distribuição da Justiça em São Paulo e o quanto pode ele interferir, no futuro, nessa mesma distribuição.

*Como o Sr. vê o processo de eleição nos Tribunais? É a favor da eleição direta para presidentes e corregedores?*

Sou a favor da eleição direta, mas penso que o processo precisa ser revisto, de forma a ampliar a participação dos magistrados, tanto como eleitores, quanto como candidatos, respeitando, sempre, o contorno mínimo fixado constitucionalmente.

#### Direito Civil e Processual Civil

O Recolhimento *Ex Officio*  
do Caráter abusivo da Cláusula  
de Eleição de Foro

Antonio Carlos Marcato  
**Juiz do 2º Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo**

São freqüentes os agravos interpostos contra decisões que, pautadas no recolhimento o caráter da cláusula eletiva de foro inserta em contratos de adesão, contêm a proclamação *ex officio* da incompetência absoluta do juízo, com a determinação de remessa dos autos do processo ao foro do domicílio do réu. E quase que, invariavelmente, os agravantes sustentam a validade da cláusula em questão, bem como a relatividade da eventual incompetência, passível de proclamação judicial, portanto, somente se e quando oposta pelo réu a adequada exceção ritual declinatória.

O correto enfrentamento do tema ora debatido impõe, sem dúvida alguma, o prévio exame das questões envolvendo a competência (ou a ausência dela) do órgão jurisdicional perante o qual foi ajuizada a ação.

Muito embora a doutrina e a jurisprudência já tenham consagrado as expressões competência absoluta e competência relativa, cremos ser mais adequado o exame das questões envolvendo o caráter absoluto ou relativo do instituto em foco sob seu aspecto negativo (incompetência), pois importam apenas as conseqüências que advêm da incompetência absoluta e relativa, nenhuma utilidade se extraindo da graduação da competência (ou seja, o exame do fenômeno sob o ponto de vista da sua existência).

A higidez dos atos decisórios praticados no processo depende apenas da competência (situação positiva) do órgão jurisdicional perante o qual aquele tramite, irrelevante a sua qualificação, pois em nada aproveita a aferição do grau da competência por ele ostentada; interessa, isto sim, o grau de sua eventual incompetência (situação negativa), pois diferentes as conseqüências derivadas de seu caráter absoluto ou relativo, como diferentes são os meios de argüição e reconhecimento de uma ou outra.

Sendo o órgão jurisdicional absolutamente incompetente, é totalmente ilegítimo o processamento da ação perante ele, padecendo de nulidade insanável, por decorrência, os atos decisórios proferidos pelo juiz (CPC, arts.113, § 2º, 122,485,II); e essa situação de ilegitimidade é infensa a correção ou convalidação, daí representar direito da parte – e dever do juiz – a argüição e o recolhimento (inclusive de ofício), a qualquer tempo e grau, da incompetência absoluta (arts. 113 e 301, II e § 4º).

A relatividade da incompetência, por sua vez, não acarreta a invalidade de qualquer ato decisório, seja porque em princípio inexistirá ato judicial dessa natureza antes do momento adequado para a dedução da exceção correspondente (ressalvada eventual decisão *inaudita altera parte*, passível de confirmação ou revogação, no futuro, pelo juiz que atue no órgão ao final reconhecido como competente), seja porque, mantendo-se a parte inerte, isto é, não argüindo o defeito da incompetência na oportunidade e na forma previstas em lei (CPC, arts 112 e 304 e ss.), tal possibilidade fiará acobertada pela preclusão temporal, com a conseqüente prorrogação (art. 114).

Entendida a competência como o limite, imposto ao juiz, para o exercício legítimo do poder jurisdicional em processo que tramite no órgão jurisdicional em que atue, a incompetência significa, *contrario sensu*, justamente a ausência dessa legitimidade, anotando-se, ademais, que a intensidade ,maior ou menor desse defeito seta diretamente da demanda perante órgão incompetente. Por outras palavras, as normas reguladoras da competência encontram sua razão de ser ora no interesse público (*v.g.*, distribuição dos feitos, fundada em critérios objetivos ou funcionais, aos juízos da mesma comarca), ora no interesse da parte (*v.g.*, quando concede vantagem ao credor de alimentos – CPC, art. 100, II), advindo, dessa duplicidade de interesses, conseqüências totalmente diversas.

Prevalecendo para a determinação da competência um critério fundado em norma protetiva de interesse público, a sua inobservância acarretará a absoluta incompetência do órgão jurisdicional perante o qual a demanda foi ajuizada, situação essa imodificável tanto pela vontade do juiz, quanto pela das partes. Sendo prevalente, ao reverso, um critério previsto em norma protetiva do interesse de qualquer das partes, sua vulneração gerará a incompetência relativa do órgão processante, se bem que nesse caso tal incompetência poderá ser afastada tanto por ato da parte (eleição de foro, não oposição de exceção declinatória),quanto por força da lei (*v.g.*, CPC, art. 105).

Tratando-se de incompetência absoluta, os atos decisórios serão nulos, podendo essa nulidade ser reconhecida, como dito a qualquer tempo e grau de jurisdição, reconhecimento esse não obstado sequer pela superveniência de coisa julgada material (CPC, art. 485, II); cuidando-se, porém, de incompetência relativa, o problema será solucionado no curso do processo, quer pela sua proclamação em julgamento de exceção declinatória, com a conseqüente remessa dos autos ao órgão competente, quer pela preclusão derivada da não oposição oportuna da exceção ritual adequada, gerando o fenômeno da prorrogação.

A natureza da incompetência absoluta afasta a possibilidade de prorrogação, podendo ela – objeção processual que é -, ser alegada a qualquer tempo e grau de jurisdição e inclusive reconhecida de ofício pelo juiz (CPC, arts. 113 e 301, II e § 4º).

Em síntese, a incompetência absoluta pode (deve, na verdade) ser proclamada de ofício, ao passo que o reconhecimento judicial da relativa sempre depende da argüição, pela parte prejudicada, de exceção declinatória, sob pena de prorrogação.

Convém esclarecer, a esta altura, que essa última assertiva de modo algum encontra aceitação pacífica em sedes doutrinária e jurisprudencial, conforme se demonstra a seguir.

Adotando tese exposta por Lopes da Costa, Moniz de Aragão sustenta, enfaticamente, a possibilidade de o juiz declinar de ofício sua incompetência relativa, afirmando que “no Brasil, Lei alguma proíbe aos juízes declarar de ofício a incompetência relativa; tampouco os compele a aceitar passivamente a prorrogação da competência, por ser relativa. O que não se lhes consente é deixar de fazê-lo no primeiro momento em que atuem no caso, ao apreciar inicial, pois aí se firmará a prorrogação, que ficará a critério do réu obstar.” E mais adiante assevera: “Ajuizada ação com infringência de norma de competência territorial, poderá o juiz, no primeiro ato a praticar, que é a apreciação da petição inicial, recusar de ofício a competência, como ficou visto no nº 192, pois, do contrário, precluir-lhe-á a faculdade e a regra da competência, que nesse preciso momento comportaria o tratamento dispensado à nulidade relativa, passará a subordinar-se unicamente aos princípios que regem a anulabilidade, ou seja, apenas o réu poderá impugnar a infração ocorrida, desde que o faça na forma e no prazo dos art. 297 e 304, sob pena de perder a faculdade de fazê-lo, completando-se a prorrogação: a anulabilidade desaparece e o vício está sanado pela ausência da condição resolutiva.”<sup>1</sup>

Essa posição, também aceita por outros juristas de porte<sup>2</sup>, adquiriu um certo prestígio nos tribunais paulistas, por influência direta dos julgados que emanavam, até recentemente, da Câmara Especial do Tribunal de Justiça, à qual compete julgar, enquanto derivadas de incidentes autônomos, todas as questões envolvendo competência.

Conforme orientação dessa Câmara<sup>3</sup>, poderia o juiz reconhecer de ofício a incompetência relativa, desde que não houvesse ainda praticado ato que o vinculasse ao processo; cessaria tal faculdade, no entanto, se já operada a prorrogação da competência por força do art. 114 – até porque, a essa altura, o juiz estaria vinculado ao processo.<sup>4</sup> A corrente contrária, que conta com adeptos do porte de Barbosa Moreira<sup>5</sup> e Cândido Dinamarco<sup>6</sup>, sustenta que a Lei não confere ao juiz o poder discricionário de reconhecer a incompetência relativa, face ao contido no art. 114 do Código, aplicável à luz do art. 112. E isto porque as regras de determinação da competência relativa atendem precipuamente ao interesse das partes, não sujeito à discricionariedade da autoridade judiciária, sendo ainda certo, à luz dessa premissa, que à parte cabe com exclusividade a faculdade de excepcionar a incompetência relativa, até mesmo porque o ajuizamento da ação no foro ou no juízo relativamente incompetentes poderá redundar em uma situação de vantagem para qualquer dos sujeitos parciais da relação processual.

Nem vale, por outro lado, o argumento de que só caberia tal reconhecimento em se tratando da hipótese do art. 114, visto que a Lei não traça qualquer distinção, nesse particular, ao cuidar das duas causas de prorrogação voluntária da competência, devendo ser desprezados, finalmente, argumentos de caráter pragmáticos, pois em “um regime de direito escrito, de legalidade processual estrita, não se pode deixar ao magistrado a faculdade de aceitar ou não o processo segundo a sua própria comodidade”.<sup>7</sup>

Necessário observar, a esta altura, que essa última corrente é hoje absolutamente prevalente em sede jurisprudencial, a ponto de o Colendo Superior Tribunal de Justiça haver editado, a seu respeito, a Súmula 33, dispondo que “a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício”.

Concluindo e reiterando: o juiz deve declinar de ofício a incompetência absoluta, até porque esse defeito contamina irremediavelmente o processo, acarretando sua nulidade absoluta, que só não mais poderá ser judicialmente reconhecida após o decurso do biênio fixado para a propositura da ação rescisória (CPC, art. 485, II). A incompetência relativa, por seu turno, resulta apenas da afronta, por ocasião do ajuizamento da ação, de critério legal protetivo do interesse da parte, podendo, por isso mesmo, ser argüida pelo prejudicado, caso queira, no prazo e na forma previstos em Lei; não o fazendo, opera-se a preclusão e, por conseqüência, a prorrogação da competência, como previsto no art. 114 do CPC.

Partindo da correta conclusão de que juiz é defeso reconhecer de ofício a incompetência relativa, é lícito também concluir-se, à luz da dogmática processual, que a invalidade da cláusula eletiva de foro só pode ser judicialmente proclamada, ainda que incidentalmente, se e quando a parte prejudicada aponta o defeito em sua resposta.

Reconhecida que seja a invalidade, com o conseqüente afastamento do critério contratual determinativo da competência territorial, prevalecerá aquele contemplado no art. 94 do CPC, ensejando a pronta remessa dos autos do processo ao foro do domicílio do réu.

Convém lembrar, todavia, que a validade da correspondente decisão judicial estará condicionada à relatividade da incompetência do órgão jurisdicional: sendo ela absoluta, este grau máximo de incompetência derivaria, necessariamente, do prévio reconhecimento da nulidade da cláusula, que não permitiria proclamação de ofício, sob pena de ficar patenteada, por sua vez, a nulidade da própria decisão, contaminada que estaria pelo vício da incompetência.

Acrescente-se ainda, em esforço à linha de argumentação até aqui desenvolvida, que o reconhecimento da invalidade da cláusula eletiva não acarretaria, por si só - e não obstante a sua influência imediata e direta no destino do processo -, a transmutação da incompetência relativa em absoluta, nem afetaria a higidez daquele, impondo-lhe, apenas e tão-só, o deslocamento para outro órgão jurisdicional, qual seja o competente.

Diante das dificuldades até aqui expostas, tudo indica que o problema ora focado deva ser solucionado sob outras luzes.

Dúvida não há de que a cláusula eletiva de foro, estabelecida em contrato de adesão pela parte economicamente mais forte, poderá revelar-se abusiva se e quando impuser, ao contratante mais fraco, sérios (e por vezes insuperáveis) óbices ao pleno acesso à jurisdição e à sua defesa no processo, assim afrontando as correspondentes garantias constitucionais; e essa afronta, abstraídos outros aspectos processuais (de maior ou nenhuma importância em confronto com ditas garantias), seria suficiente, por si só, para justificar a pronta remessa dos autos ao foro do domicílio da parte hipossuficiente. Melhor dizendo, a observância da técnica processual visa a atender, precipuamente, aos desígnios constitucionais e não, à evidência, impor ônus e gravames indevidos a um dos sujeitos processuais; e deve a autoridade judiciária, diante de situações que possam, efetiva ou potencialmente, colocar em risco tais desígnios, adotar de imediato as medidas corretivas adequadas, atenta ao dever de permanente vigilância e defesa dos ditames constitucionais, imposto a todos os cidadãos e, em especial, aos integrantes do Poder Judiciário.

É imperativo, no entanto, que o julgador não se deixe levar pela tentação de considerar toda e qualquer cláusula eletiva de foro sempre abusiva e ilegal; antes, deve ter em mente que o reconhecimento e a proclamação da afronta a preceitos constitucionais demandam o exame, caso a caso, das circunstâncias que envolvem o contrato contendo a cláusula em questão, não sendo lícita, nem jurídica, a pura e simples generalização.

No regime do Código de Defesa do Consumidor (ao qual se submetem, por certo, os litígios e os processos envolvendo contratos de consórcio e de empréstimos e financiamentos bancários, entre tantos outros), as mencionadas garantias constitucionais ganham ainda maior vulto e relevo, mercê da generosa e inescandível intenção da Lei em proteger, nos intrincados e complexos negócios dos dias correntes, aquele contratante que, por razões pessoais e / ou econômicas, se encontre em situação de desvantagem perante o outro. E essa intenção se revela em sua plenitude quando a Lei reconhece como abusiva – e comina de inválida – a cláusula contratual que viole o direito básico, garantido ao consumidor, de facilitação de sua defesa (arts. 6º, VIII e 51, IV e XV, conjugados).

Ao eleger o foro onde está localizada sua sede, em cláusula adrede preparada, como sendo o competente para as ações derivadas do descumprimento do contrato, determinadas empresas e instituições (que não raramente possuem agências e representantes em praticamente todo o território nacional) indevidamente impõem ao outro contratante, mormente quando domiciliado em outro Estado, sérias dificuldades ao pleno exercício de seu direito de defesa, representadas, a guisa

de exemplos, por aquelas relacionadas ao custo do processo, à contratação de patrono e ao deslocamento à comarca eleita.

Esses óbices, ainda que eventualmente impostos de modo não intencional, autorizam e justificam a determinação de remessa dos autos do processo ao foro do domicílio do réu; e isto porque a questão em debate envolve, à evidência, tema muito mais sério e grave que a simples possibilidade de ser reconhecida de ofício a nulidade de cláusula abusiva ou a incompetência relativa ou, ainda, de se tratar de incompetência absoluta: cuida-se, em verdade, da necessidade (e não simples faculdade) de atendimento das exigências do devido processo legal, mister do qual todos os integrantes do Poder Judiciário devem, permanente e intransigentemente, se desincumbir.

## **Notas e Referências Bibliográficas**

1. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, Rio, 2ª ed., 1976, v. II, nº 192, pp. 188 a 191 e nº 348, pp. 331 a 334.
2. *V.g.*, Hélio Tornaghi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo RT, 1974, v. I, pp. 360 e Mendonça Lima, “A nova sistemática das exceções”, *Repro*, v. 2, pp. 61 a 76, entre outros.
3. Nesse sentido, entre outros, os vv. acórdãos prolatados nos Conflitos de Competência nº 5.233-0, de São Paulo, rel. Des. César de Moraes, julg. 17.10.85, nº 6.746-0, de Cubatão, rel. Des. Dínio Garcia, julg. 14.05.87 e nº 6.819-0, de Araçatuba, rel. Des. Aniceto Aliende, julg. 28.05.87 – O E. Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo chegou a encampar tal entendimento em sua Súmula 28, com o seguinte enunciado: *Pode o Juiz declarar de ofício da incompetência relativa, desde que o faça em sua primeira intervenção no processo.*
4. Nunca é demais lembrar que essa orientação foi ditada, originalmente, muito mais pela necessidade de forçar-se o ajuizamento das ações perante as então varas distritais criadas pelas Resoluções nº 1/71 e 2/76 do Tribunal de Justiça (na medida em que alguns advogados insistiam em promovê-las perante os juízos centrais, contando com a prorrogação da competência e assim opondo indevida resistência ao efetivo funcionamento daqueles juízos), do que por motivos de ordem técnico-processual.
5. *Pode o juiz declarar de ofício a incompetência relativa?.*, in *Temas de direito processual*, São Paulo, Saraiva, 5ª série, pp. 63 a 76.
6. *Declaração “ex officio” da incompetência relativa?.*, in *Fundamentos do processo civil moderno*, São Paulo, RT, 1986, nºs 234 e 235, pp. 375 e 376 e *Direito processual civil*, São Paulo, José Bushatsky Ed., 1975, nº 86, pp. 138 e 139.
7. Cfr, Cândido Dinamarco, *Declaração “ex officio” da incompetência relativa?.*, nº 233, p. 375.

### Direito Civil e Processual Civil

Ministério Público: Exame de sua  
Legitimidade para Impetrar Segurança  
e para a Defesa de Interesses  
Individuais Homogêneos.

Antonio Raphael Silva Salvador  
**2º Vice-Presidente da Apamagis**

Queremos examinar dois temas que, atualmente, têm causado algumas dúvidas nos julgamentos, especialmente no Estado de São Paulo, envolvendo problema de legitimidade do Promotor de Justiça para impetrar mandado de segurança nos Tribunais e também aquele que se refere à legitimidade ou não para a defesa dos interesses individuais homogêneos pelo Ministério Público.

O primeiro desses temas voltou a nos interessar, pois já era muito conhecida nossa posição, defendida em vários julgamentos, reconhecendo ao promotor de Justiça a legitimidade para impetrar mandado de segurança dirigido ao Tribunal competente, onde vai pedir segurança contra decisão judicial que ele entende ter sido proferida com ilegalidade ou abuso de poder pelo Juiz de Direito junto ao qual vinha oficiando. Vimos agora um belíssimo trabalho, no mesmo sentido, do ilustre Promotor de Justiça Wallace Paiva Martins Júnior, um dos mais brilhantes integrantes do *parquet* paulista, com argumentos irresponsáveis e que mais ampla ainda nos convenceram do acerto da posição que sempre mantínhamos.

Há um ponto importante que precisa ser acentuado e que é fundamental para a discussão que existe, alguns entendendo que só o Procurador de Justiça pode pleitear diretamente no Tribunal e outros afirmando que essa legitimidade existe para o Promotor, que vem representando o Ministério Público na ação e que foi nela onde surgiu o interesse para a impetração. Wallace mostra bem que não estará o órgão de primeiro grau atuando e demandando no Tribunal, mas a ele recorrendo para a defesa do direito que entende ter sido violado no processo. Age ele inteiramente no desempenho de sua função dentro do processo e não fora dele, usando do mandado de segurança como forma anômala de recurso, dado que não poderia o recurso cabível evitar o prejuízo que advirá do ato impugnado.

Dizemos ainda que o processo que gerou o mandado de segurança não está ainda no Tribunal e o ato jurisdicional é de Juiz de Direito, logo não estará o Promotor agindo na posição do Procurador de Justiça, muito menos postulando no Tribunal, mas sim postulando ao Tribunal, como acontece com as demais partes quando recorrem ou mesmo quando impetram segurança contra ato jurisdicional ainda praticado em primeiro grau de jurisdição. Lembra ainda o ilustre Wallace que “a legitimidade ativa para impetração do mandado de segurança contra ato judicial não é do Promotor de Justiça, nem do Procurador de Justiça, mas do Ministério Público, representado pelo órgão de execução que possua atribuição legal para tanto” (*in* “Mandado de segurança impetrado por Promotor de Justiça”, *Revista da AMPM*, Ano 1, n. 2, p. 37).

Precisa ser lembrado ainda que o art. 32 da Lei Federal 8.625/93 não deixa qualquer dúvida quanto à legitimidade que estamos examinando, dando ao promotor de Justiça a atribuição de impetrar *habeas corpus* e mandado de segurança ainda podendo requerer correição parcial, mesmo quando endereçado aos Tribunais locais. Não vemos como, *data venia*, indeferimento inicial de mandado de segurança impetrado por Promotor de Justiça quando discute ato jurisdicional praticado em processo em que oficia como o verdadeiro representante do Ministério Público.

Na jurisprudência queremos repetir um julgado citado no artigo acima referido, onde está dito: “O Ministério Público é uno e indivisível e a pluralidade de órgãos não afeta a característica orgânica da instituição. Ao membro do Ministério Público, como juiz, é vedado atuar fora dos limites de sua designação. Há, por isso, órgãos que atuam em 1ª instância e outros em 2ª instância. O Promotor não atropela o Procurador. O órgão que atua em 1ª instância pode solicitar prestação jurisdicional em 2º grau. Exemplificadamente, a interposição de apelação no juízo em que atua. O Recurso Especial, porém, no mesmo processo será manifestado pelo órgão que oficia junto ao Tribunal. Distingue-se, pois, postular “ao” Tribunal, do postular “no” Tribunal. O Promotor tem legitimidade para impetrar mandado de segurança, descrevendo, na causa de pedir, a ilegalidade ou abuso de poder do Juiz de Direito” (Recurso em Mandado de Segurança 5.753-4, 6ª Turma, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, v.u., 25.09.95, DJU 06.05.1996, p. 14.477).

O mesmo está dito no festejado *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual extravagante em vigor*, de Nelson e Rosa Maria Nery, p. 327, nota 18 ao art. 81, ed. RT).

A única dúvida que poderia ainda persistir seria quanto à utilidade desse mandado de segurança contra ato jurisdicional existente em processo de primeiro grau, se hoje o agravo veio tornar esse remédio constitucional dispensável, principalmente quando se pretende efeito suspensivo a um recurso interposto, pois o agravo é agora apresentado diretamente no Tribunal e nele se pode pedir, desde logo, o efeito suspensivo buscado.

No entanto, muitas outras situações poderão existir onde o Promotor de Justiça entenda que precisa do *writ* e realmente pode o remédio constitucional ser o único capaz de evitar o dano maior, ou ainda ser o remédio mais rápido para afastar a ilegalidade. Então, não se poderá dizer que não caiba mais mandado de segurança em processo em andamento no juiz inferior, dependendo sempre do caso concreto.

O que é certo é que o Promotor de Justiça tem legitimidade para impetrar ao Tribunal pedido de segurança contra ato jurisdicional ocorrido em processo onde oficia como órgão de execução do Ministério Público, pois estará postulando “ao” Tribunal e não “no” Tribunal. Por que iríamos admitir que o mesmo Promotor poderia recorrer ao Tribunal contra sentença ou decisão proferida no processo e não poderia impetrar mandado de segurança com idêntica finalidade do recurso, ou seja, para modificar o ato impugnado? Não estará ele oficiando como Procurador de Justiça, mas sim continuando a officiar como Promotor no processo em andamento em primeiro grau de jurisdição.

Mais difícil será discutir-se legitimidade ou não do Ministério Público para defender em juízo, como órgão agente, direitos individuais homogêneos.

O ilustre Procurador de Justiça Nelson Nery Júnior afirma taxativamente que hoje as ações coletivas sempre representam um interesse público e social e que, por essa razão, em todas as ações coletivas existe a legitimidade da atuação do Ministério Público. Diz o conceituado Procurador que a Lei da Ação Civil Pública (LACP-Lei 7.347/85) conferiu ao Ministério Público legitimidade para o ajuizamento da ação civil pública em defesa do meio ambiente, consumidor, e patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Em seguida, continua ele, veio o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 / 90), acrescentando ao art. 1º o inciso IV, que diz: “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.”

Haveria, então, expressa autorização para que o Ministério Público possa postular em defesa de interesse coletivo, dentre os quais encontramos os individuais homogêneos. Isso levou o ilustre Procurador a dizer que “Assim, sempre que se estiver diante de uma ação coletiva, estará aí presente o interesse social, que legitima a intervenção e a ação em juízo do Ministério Público (CF / 88, arts. 127, *caput* e 129, IX).

De conseqüência, toda e qualquer norma legal conferindo legitimidade ao Ministério Público (CF /88, art. IX) para ajuizar *ação coletiva*, será constitucional porque é função institucional do *parquet* a defesa do interesse social (CF / 88, art. 127 *caput*).

Como o CDC art. 82, I confere legitimidade ao MP para ajuizar ação coletiva, seja qual for o direito a ser defendido nessa ação, haverá legitimação da instituição para agir em juízo. O CDC art. 81, parágrafo único, diz que a *ação coletiva* poderá ser proposta para a defesa de direito difusos, coletivos e individuais homogêneos (incisos I a III).

“O argumento de que ao Ministério Público não é dada a defesa de direitos individuais disponíveis não pode ser acolhido porque em desacordo com o sistema constitucional e do CDC, que dá o tratamento de interesse social à defesa coletiva em juízo. O *parquet* não pode, isto sim, agir na defesa de direito individual puro, por meio de ação individual. Caso o interesse individual seja homogêneo, sendo defendido coletivamente (CDC, art 81, parágrafo único, III) essa defesa pode e deve ser feita pelo Ministério Público (CDC, art. 82, I), por autorização da CF/88, arts. 129, IX e 127 *caput*.” (cf. *Ação Civil Pública*, coordenada por Édis Milaré, ed. RT, 1995, pp. 365 e 366).

Ainda que essa opinião seja de grande jurista e especialista no assunto, pedimos licença para dela discordar, não a aceitando inteiramente, com a extensão que lhe deu o emérito professor Nery.

A referência feita às ações coletivas muito mais se referem e devem ser entendidas como às ações que interessam à coletividade e não por se tratar de ação envolvendo direito disponível com pluralidade de partes. Esse o ponto que nos parece importante e capaz demonstrar ser atendida. Quando se tratar de ação que envolva direitos homogêneos marcados por interesse social, coletivo,

terá legitimidade o Ministério Público para atuar como parte autora. No entanto, quando temos exclusivamente direitos patrimoniais, disponíveis, envolvendo somente interesse próprio dos autores, só eles poderão pleiteá-los, quer individualmente, quer através de ação coletiva, onde teremos, neste caso, mero litisconsorte ativo. E ninguém defendeu até hoje e acreditamos que nem vá defender a tese de poder o Ministério Público, sempre, intervir ou demandar só porque vários os autores, ainda que maiores e capazes.

Diremos, então, que é indiscutível que cabe ao Ministério Público a defesa de interesses difusos e coletivos, como diz a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85). Difusos são os interesses “transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”, como estabelece o art. 81, I, do CDC, Lei 8.078/90. Diz Nelson Nery que “a indeterminação dos titulares seria a características básicas dos interesses difusos”, em Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado *pelos Autores do Anteprojeto*, Rio, Forense Universitária, 1995, p. 632. Já os interesses e direitos coletivos são igualmente definidos no mesmo item II, do Código de Defesa do Consumidor, como “os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. Aqui vê-se a diferença com os chamados direitos difusos, dizendo o mestre Kazuo Watanabe, que isso fica evidente porque aqui, nos direitos coletivos, existe “a determinabilidade das pessoas titulares, seja através da relação jurídica base que as une (membros de uma associação de classe ou ainda acionistas de uma mesma sociedade), seja por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária (contribuintes de um mesmo tributo, prestamistas de um mesmo sistema habitacional ou contratantes de um segurador com um mesmo tipo de seguro, estudantes de uma mesma escola etc”. (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, *ob. cit.* p. 632).

Com muita propriedade, mostra o culto Procurador de Justiça Hugo Nigro Mazzili que o entendimento correto não será admitir-se sempre o Ministério Público como legitimamente autorizado a propor ação coletiva em defesa de direitos individuais e nem quando são apresentados em conjunto por vários interessados, por serem homogêneos. Exige-se muito mais que esses direitos não sejam exclusivamente patrimoniais e disponíveis, mas coletivos, no sentido de interesses à coletividade, revelando a existência de um interesse público, a ser zelado e que, aí sim, exigiria a presença do Ministério Público na lide, até mesmo podendo iniciar a ação, na forma do que dispõe o art. 1º, IV, da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, com sua redação atual.

Não serão os interesses individuais homogêneos simplesmente agrupados que autorizarão a propositura da ação civil pública pelo Ministério Público, mas apenas os que estão sendo exigidos em ação coletiva, porque os interesses são homogêneos e ainda trazem uma conotação de interesse público, fugindo ao exclusivo interesse individual e disponível dos autores. Serão as ações coletivas de defesa do meio ambiente, do consumidor, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e que revelem infração da ordem econômica ou então um interesse da coletividade. Outros não autorizarão a legitimidade ativa do Ministério Público para a propositura dessas ações coletivas.

Há um belíssimo julgado, de autoria do Des. Cunha Abreu, que diz, exatamente em situação onde o Ministério Público pretendia atacar mensalidades escolares aumentadas em determinada escola, em ação contra o aumento havido: “Não parece ter sido essa em verdade a intenção do legislador constituinte, que de uma penada teria assim erigido o *parquet* em Curador e *custos legis* universal, sem oitiva dos beneficiados, dispensando o concurso ou ao menos a presença obrigatória do advogado, visto que levado o alcance do posicionamento ministerial às suas culminâncias, todo e qualquer interesse pode ser tido e rotulado de difuso, na esteira do que disse alguém alhures, que tudo que afeta o menor dos indivíduos a todos afeta... Por outro lado não pode realmente o *parquet* exercer o *munus* que a lei concedeu ao advogado, sob pena de insuportável usurpação e virtual obsolescência da nobre atividade, relegada que estaria ao rol das excentricidades das partes, não se vislumbrando porque alguém – refere-se aqui aos pobres no sentido da lei – iria procurar e pagar um advogado, se pode ter seus interesses superiormente e gratuitamente defendidos por uma instituição do porte do Ministério Público, de indiscutível ascendência e festejável nível intelectual”

(in Apelação 162.175 – 1 / 4, da Comarca de São Paulo, 4ª CC. do Tribunal de Justiça de São Paulo, julg. Em 12.12.91).

O eminente Prof. Araken de Assis tem a mesma opinião, dizendo: “... o Ministério Público só tem legitimidade para promover ação civil pública em defesa de interesses difusos e coletivos, que são os interesses sociais insculpidos no *caput* do art.127 da Constituição Federal.” Continua, depois, dizendo taxativamente: “E é por tal razão que, toda a vez que as ações movidas pelo Ministério Público visarem a tutela de direitos subjetivos privados e disponíveis, há flagrante ilegitimidade ativa.”(citação no livro do prof. José Rogério Cruz e Tucci, *Processo Civil – Realidade e Justiça*, ed. Saraiva, 1994, p. 78), aliás artigo sobre o assunto que hoje estamos examinando e que mostra a posição do brilhante processualista Cruz e Tucci no mesmo sentido deste trabalho, o que muito nos conforta.

## **Conclusões**

O Promotor de Justiça tem legitimidade para impetrar mandado de segurança perante o Tribunal competente para atacar ato jurisdicional de primeiro grau proferido em processo onde atua como órgão de execução do Ministério Público. Não estará atuando no Tribunal, mas sim perante o Tribunal, como faz questão no mesmo processo recorre normalmente.

O Ministério Público, em ação civil pública, não pode pleitear interesses exclusivamente privados e disponíveis, sem qualquer relevância social, ainda que sejam os chamados individuais homogêneos, pois sua legitimidade dependerá de serem ações coletivas, mas essa expressão no sentido de interesses da coletividade e não de simples litisconsórcios de autores.

### Direito Civil e Processual Civil

#### A REFORMA DO CPC. O AGRAVO

Juvêncio Vasconcelos Viana  
**Procurador do Estado do Ceará**

O agravo consiste na modalidade de recurso cível apto à impugnação das decisões interlocutórias. Decisões interlocutórias são aqueles pronunciamentos pelos qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente (art. 162, § 2º, do CPC). São exemplos de decisões interlocutórias: a) as que deferem medida liminar em ao cautelar; b) as que indeferem provas requeridas pelas partes; c) as que pronunciam nulidades.

Vale registrar que não é tarefa fácil, muita vez, fazer a separação nítida entre decisões interlocutórias e despachos<sup>1</sup>. O próprio CPC não ajuda nessa tarefa, quando dá aos pronunciamentos do juiz nomenclatura incorreta, *v.g.*, art. 930, parágrafo único.

O § 4º do art, 162, do CPC<sup>2</sup> deu ao servidor judiciário poder para prática de atos meramente ordinários. Vale ressaltar que se tais atos, teratologicamente, no extrapolar de seus normais conteúdos, vierem a causar gravame à parte, desses não caberá recurso. Não há que se falar em recorribilidade dos atos da secretária do juízo. Os recursos são medidas dirigidas aos atos do juiz. Nessas situações, deve-se, posteriormente, provocar o juízo para a correção do ato. No caso de vir esses a ratificar o ato, aí sim caberá o recurso de agravo.

Situação interessante é a do pronunciamento do juiz que indefere *in limine* as petições de ações que são cumuladas no procedimento de uma outra ação (*v.g.*, reconvenção, declaratória incidental).

Teríamos, nessa situação, um “indeferimento de petição inicial” e, portanto, uma sentença (art. 167, I, do CPC), ato que desafiaria o recurso de apelação?

A decisão do juízo que indeferir a “exordial” do reconvinte (ou mesmo do autor da declaratória incidental), a nosso ver, desafia o recurso de agravo e não o de apelação, por não encerrar tal procedimento o processo, que prossegue em relação a ação que fora proposta pelo demandante originário. Tereza Arruda Alvim Wambier, embora sustentado ser esse ato do juiz uma sentença, concorda que o recurso cabível seja o de agravo em consequência de unidade procedimental manifestada na espécie<sup>3</sup>. De qualquer modo, principalmente considerando que alguns juízes processam tais ações incidentais em autos apartados, é razoável ver o caso como uma situação de dúvida objetiva, capaz de ensejar a aplicação o princípio da fungibilidade dos recursos que, não obstante à nova sistemática do agravo, remanesce<sup>4</sup>.

Em boa hora a Lei 8.950, de 13.12.94, fez reparo de ordem terminológica na redação do inciso II do art. 496, do CPC, a fim de suprimir a expressão “de instrumento”. A permanecer a velha denominação para a modalidade recursal sob comento poderíamos ter, eventualmente, um esdrúxulo “agravo de instrumento retido”, ou, como bem observa Cândido Dinamarco, “um agravo de instrumento... sem instrumento”<sup>5</sup>.

Portanto, o recurso é o de agravo que, por sua vez, poderá ser interposto sob duas formas: a) de instrumento; ou b) retido.

Presentemente, a nova ordem jurídico-processual traz restrições explícitas ao uso da via do agravo de instrumento. O agravo será sempre retido: a) em sede de procedimento sumário, “das decisões sobre a matéria probatória, ou proferidas em audiências” (art. 280, III, do CPC); b) “decisões posteriores à sentença, salvo caso de inadmissão da apelação” (art. 523, § 4º, do CPC), *in exemplis*, o agravo contra decisão que inadmite o uso de recurso adesivo.

Existem situações, contudo, em que, embora não haja a restrição legal explícita, como nas hipóteses acima apresentadas, descabe o uso do agravo retido, restando para o recorrente apenas a via do agravo de instrumento. Nelson Nery Júnior<sup>6</sup>, dá exemplos de tais situações: a) o agravo de decisão que defere ou indefere liminares em ação civil pública, possessórias, ação cautelar<sup>7</sup>; b) o agravo contra a decisão que inadmite o ingresso de assistente no processo; c) o agravo da decisão que indefere recurso de terceiro prejudicado.

Tais restrições implícitas têm razão de ser na manifesta ausência de “interesse”<sup>8</sup> à utilização dessa modalidade recursal nas hipóteses exemplificadas, visto que não resultaria, daí, nenhuma utilidade ou efeito prático em favor da parte recorrente. Existem, no CPC, outros “agravos” que não são de instrumento nem retidos. São os recursos que se sujeitam a pressupostos de admissibilidade específicos e se processam nos próprios autos da causa. São eles: a) o agravo contra a decisão do relator que não admite embargos infringentes (art. 532); b) o agravo contra a decisão do relator que inadmite agravo de instrumento ou nega-lhe provimento (art. 545); c) o agravo contra decisão do relator que negar segmento a recurso manifestamente inamissível ou improcedente (art 557).

Há, também, a situação especial de uso do agravo de instrumento contra decisão que não admite recurso extraordinário ou recurso especial (arts. 544 e 545, CPC). Esse agravo de instrumento, todavia, tem sua disciplina própria e constitui sendo interposto perante o tribunal que exarou o despacho de não segmento daqueles recursos<sup>9</sup>. Foi estabelecido um novo prazo para o recurso – 10 dias – quer para interpor, quer para responder. Não foi sem motivo que a Lei 9.139/95 elasteceu o prazo do recurso de agravo de cinco para dez dias. Basta lembrar que, agora, constitui encargos das partes a apresentação das peças necessárias à formação do instrumento (arts. 525 e 527, III, ambos do CPC).

## O Agravo Retido

Essa técnica de interposição do agravo, como sabemos, não leva, de logo, ao conhecimento da instância *ad quem*, a matéria impugnada no recurso. Visa, tão-somente, a obstacularizar a ocorrência da preclusão. Será a apelação, interposta *a posteriori*. Que se encarregará de levar a

matéria agravada ao conhecimento do tribunal. Na figura extremamente didática de Carreira Alvim, “a apelação está para o agravo retido como um foguete propulsor para a nave espacial: se um não alcança o seu destino, a outra se perde igualmente no espaço”<sup>10</sup>.

Numa nítida linha de esclarecimento de divergências, a reforma do CPC fez previsão de que o agravo retido pode ser interposto em termo de audiência, oralmente, e, mais ainda, que é possível, nessa via, o juízo de retratação (art. 523, §§ 2º e 3º).

No que tange à possibilidade do juízo de retratação, é de bom alvitre salientar que esse, como qualquer pronunciamento judicial, deve pautar-se nos princípios maiores do contraditório e da isonomia processual. Em seu exercício, terá, pois, o juízo monocrático que, primeiro, ouvir a parte agravada, em depois, assegurar a esse idêntico prazo ao do agravante – dez dias - para a resposta<sup>11</sup>. Pensamos que o prazo de 05 (cinco) dias a que se refere o § 2º do art. 523, *fine* tem por destinatário o próprio juiz, não a parte agravada.

O agravo retido não consiste em um simples consignar nos autos da irresignação da parte, um mero protesto contra a decisão interlocutória do juiz. Mais do que nunca – principalmente quando fica claro que o juiz pode, nessa modalidade, exercer um juízo de retratação - impõe-se que o agravante apresente as razões, mesmo que sumárias, de seu inconformismo. Não há necessidade de preparo para essa modalidade de agravo (parágrafo único, art. 522, do CPC), mas se houver deserção da apelação que transportaria o recurso à instância *ad quem*, fica, de igual, obstacularizado conhecimento deste.

A Lei 9.139/95 manteve a técnica já conhecida de interposição condicional<sup>12</sup>, ou seja, com a exigência de reiterar-se o agravo retido nas razões ou nas contra-razões da apelação. O silêncio do agravante será interpretado como uma desistência tácita do recurso. O novo texto legal caminhou melhor que o anterior, que dizia que, diante da não-ratificação, reputava-se renunciado o agravo. Ora, ninguém pode renunciar ao direito de recorrer se o recurso já foi interposto. Como bem observa Tereza Arruda Alvim Wambier, “desiste-se de recurso já interposto; renuncia-se ao direito de recorrer”<sup>13</sup>. A jurisprudência tem admitido que o agravo retido pode ser conhecido independentemente de reiteração em caso de reexame necessário da sentença (art. 475, do CPC).<sup>14</sup>.

## O Agravo de Instrumento

Comparativamente ao retido, a técnica de agravar de instrumento sofreu alterações mais marcantes. De plano, três aspectos merecem ser destacados: a) a interposição feita diretamente no tribunal; b) o rigorismo do tratamento do agravante quanto à formação do instrumento; c) o alargamento das hipóteses de efeito suspensivo para o recurso.

Com a Lei 9.139/95, cessou o *modus* de interposição do agravo de instrumento perante o juízo *a quo*, o que aliás, sempre foi visto por Magistrados e Advogados como causa do retardamento desses feitos. Veremos que a interposição e o processamento do agravo de instrumento ficaram muito parecidos com o do Mandado de Segurança impetrado contra ato do Juiz (*v.g.*, petição dirigida para o tribunal; coleta de informações; vistas ao MP antes do julgamento), mas, é claro, essa maneira diferenciada de interposição não transmudou sua natureza de recurso para o meio impugnativo autônomo da decisão judicial como é *writ of mandamus*.

Para Dinamarco, “a inovação agora trazida conduz à lembrança da origem dos agravos, representada provavelmente pelas *querimus* ou *querimonianas* do direito lusitano antigo, endereçadas diretamente ao rei com o pedido de que expedisse cartas de justiça (sem leitura dos autos): a distância entre a sede do processo e a Corte era a razão pela qual se dispensava a remessa dos autos”<sup>15</sup>.

Se, no passado, a antiga redação do art. 528, do CPC, dizia que o juiz não podia negar seguimento ao agravo de instrumento, ainda que interposto fora do prazo legal, a nosso ver, o que temos agora é uma total eliminação da possibilidade de proferir o juiz da causa qualquer juízo de admissibilidade no agravo de instrumento. Além de protocolar diretamente no tribunal, o agravante

poderá interpor o recurso mediante postagem no correio, com aviso de recebimento, ou por outro meio previsto em lei local (§ 2º do art. 525). Se utilizada a modalidade de interposição pelo correio, valerá, de certo, para fins de verificação da tempestividade do recurso, o dia e a hora em que a petição foi protocolada no balcão da agência do correio.

### **O Agravo de Instrumento: A Petição**

Quanto aos requisitos da petição do recurso, percebemos que a Lei 9.139/95 manteve algumas exigências já conhecidas (a exposição do fato e do direito e as razões do pedido de reforma da decisão – incisos I e II do art. 524). A novidade reside no *plus* de exigir-se a indicação do nome e endereço completo dos advogados, constantes do processo (inciso III do art. 524), naturalmente para viabilizar os atos de comunicação dos patronos judiciais.

Hoje, a formação do instrumento, sem dúvida, passou a ser ônus do agravante. Na velha técnica<sup>16</sup>, cumpria à máquina judiciária realizar o traslado das peças indicadas pelo recorrente. Àquela época, portanto, a falta de alguma peça obrigatória indicada pela parte e não trasladada poderia gerar uma diligência de complementação do instrumento. Doravante, a não juntada de qualquer dos documentos obrigatórios só pode levar o agravante omissivo a uma consequência: um juízo de admissibilidade negativa de seu agravo<sup>17</sup>.

Documentos necessários à interposição do recurso são as procurações das partes (agravante e agravado). A Lei 9.139/95 manteve a conhecida obrigatoriedade da apresentação da cópia da decisão agravada e da certidão da respectiva intimação.

A não juntada daquelas procurações, por se tratar de peça obrigatória, certamente levará à negativa de segmento do recurso. Todavia, poderão ocorrer algumas situações práticas, escusáveis da referida exigência, por exemplo: 1º) no caso de indeferimento de liminar em uma ação possessória de rito especial, onde o réu não compareceu ainda à relação processual com seu advogado, cumprirá ao autor-agravante protestar pela juntada *a posteriori* do documento; 2º) no agravo interposto em procedimento contra a Fazenda Pública, com quadro próprio de procuradores titulares de cargos, cuidará o agravante de esclarecer ao relator, no caso, a desnecessidade de documento procuratório.

O comprovante do preparo do agravo de instrumento também deve acompanhar a petição do recurso. O teor do § 1º do art. 525, CPC afinou-se com a regra do art. 511, do CPC<sup>18</sup>, que já havia, quanto aos demais recursos, fixado a maneira de preparo antecipado, providenciado pela parte recorrente e comprovado no ato de interposição do mesmo. A Lei também admite a juntada de outras peças não essenciais (art. 525, II). A ausência desses documentos facultativos no instrumento, que ajudariam a formação do convencimento do órgão julgador, parece-nos, poderá levar o recurso, no que tange ao seu juízo mérito, ao improvido<sup>19</sup>.

### **Agravo de Instrumento: Procedimento**

Interposto o recurso de agravo de instrumento o mesmo terá uma distribuição *incontinenti*. A medida é perfeitamente justificável, haja vista a existência de providência urgente a ser analisada pelo relator (arts. 527, II e 558). Importante mesmo que os regimentos dos tribunais se amoldem a essa exigência da Lei e passem a prever a possibilidade de, na ausência do relator ou durante o recesso forense, o pedido de efeito suspensivo ser apreciado pela Presidência.

Recebida a petição de agravo pelo relator, poderá este naturalmente em despacho fundamentado (art. 93, IX, da CF), de plano, indeferir o recurso interposto, proferindo decisório de inadmissibilidade ou de mérito<sup>20</sup>. A redação do art 557, do CPC adotou para os recursos em geral<sup>21</sup> procedimento semelhante ao que, no passado, fora abraçado pela Lei 8.038/90 (art. 28, § 5º). Dessa decisão denegatória do relato, caberá recurso de agravo ao órgão competente para o julgamento de recurso (parágrafo único, art. 557, do CPC).

Despachamos de forma positiva a petição do agravo, o relator poderá requisitar informações ao juiz da causa e conceder efeito suspensivo ao recurso (art. 527, I e II). Repare-se que, no que diz respeito às informações do juízo *a quo*, não se torna obrigatória a coleta dessas, como o é no caso de mandado de segurança. O agravado será intimado para, em dez dias, responder o recurso. O art. 527, III é regra específica que afasta a disciplina genérica dos art. 236 e 237, do CPC<sup>22</sup>, todavia, se o advogado do agravado tiver escritório na comarca sede do tribunal, a intimação se fará pelo órgão da imprensa oficial (art. 527, *fine* c/c art. 236, do CPC). Por fim, será ouvido o MP, naturalmente naquelas situações previstas em lei para a sua intervenção necessária (art. 82 c/c art. 527, IV).

O art. 526 fez previsão de que o agravante, no prazo de três dias, fará juntada aos autos de cópia da petição do agravo e comprovante de sua interposição, bem como da relação dos documentos que instruíram o recurso. Existe o posicionamento no sentido de que a sanção pelo descumprimento daquele preceito é o não-conhecimento do agravo<sup>23</sup>.

Para alguns doutrinadores<sup>24</sup>, a falta dessa comunicação não traz qualquer consequência gravosa ao agravante, a não ser o ato do mesmo ter pedido uma oportunidade de propiciar, a seu favor, um juízo de retratação pelo juiz da causa. O prazo ali consignado - 03 dias - seria prazo impróprio, sem caráter preclusivo. Todavia, tem tomado corpo a tese de que, inobservando o preceito inserto no art. 526, do CPC, não é de ser conhecido de agravo interposto<sup>25</sup>.

Tomando conhecimento da interposição do agravo, quer pela iniciativa do agravante (art. 526) quer por providência do relator (art. 527, I), poderá o juiz retratar-se e reformar a decisão recorrida. Pela nova sistemática, comunica ao tribunal a sua vontade de opor-se ao novo decisório. Assim, o agravo não estaria prejudicado e poderia prosseguir no mesmo instrumento com a inversão dos pólos recursais<sup>26</sup>. Apesar da razoabilidade dessa interpretação, não parece ter sido essa, infelizmente, a intenção da comissão da reforma que suprimiu, completamente, qualquer alusão à regra do revogado (§ 6º do art. 527, do CPC). Havendo novo pronunciamento interlocutório, oriundo do juízo de retratação, caberá, daí, sem dúvida, novo recurso de agravo, retido ou de instrumento.

### **Agravo de Instrumento: Efeito Suspensivo**

Segundo a disciplina do art. 558, do CPC, temos no efeito suspensiva medida que não poderá ser concedida pelo relator, *ex officio*. O art. 558 é claro quando diz que a medida virá “a requerimento do agravante”.

A antiga redação do art. 558, do CPC, e seu parágrafo único já trazia rol de hipóteses em que o juiz ou relator poderiam dar efeito suspensivo ao recurso. Na atual redação, o dispositivo apenas abre o elenco de oportunidades sem que o efeito suspensivo poderá ser concedido ao recurso. Além de prever situações conhecidas, diz que o efeito suspensivo poderá vir “...em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação sendo relevante a fundamentação” (art. 558, *fine*, do CPC). Talvez tivesse sido de melhor técnica eliminar o velho exemplificativo e dizer apenas que o efeito suspensivo poderia vir sempre que presentes a relevância da fundamentação e o risco de dano de difícil reparação.

A intenção, sem dúvida, era acabar com o uso, muitas vezes abusivo, do Mandado de Segurança contra ato judicial, que visava a emprestar efeito suspensivo ao recuso originariamente desse desprovido. Vale ressaltar mesmo a semelhança da parte final desse dispositivo (art. 558) com o teor do inciso II art. 7º, Lei 1.533/51.

Mas, a nosso ver, não desapareceu, por completo, a possibilidade de a parte recorrente fazer uso do *writ* para atribuir efeito suspensivo a recurso. Embora o parágrafo único do mesmo art.558, do CPC, tenha estendido às hipóteses do art. 520, do CPC, a possibilidade de concessão do efeito suspensivo, temos no sistema outras situações de recursos recebidos somente no efeito devolutivo as quais farão jus ao uso da providência (*v.g.*, ações de inquilinato – art. 58, V, Lei 8.245/91)<sup>27</sup>.

O juízo de concessão ou não do efeito suspensivo deverá sempre vir de forma motivada, de molde a respeitar o princípio-mor do art. 93, IX, da CF. Não pode, pois, o relator simplesmente dizer: “concedo o efeito conforme me autoriza o art. 558, do CPC”<sup>28</sup>. É importante destacar que, embora o dispositivo diga que o relator “poderá” dar o efeito suspensivo, parece-nos que a expressão deve ser entendida nos devidos termos. Se, no caso concreto, estiverem presentes os requisitos do art. 558, do CPC, em verdade, a medida “deverá” ser concedida, cabendo, naturalmente, um controle *a posteriori* da decisão do relator que indeferiu a providência suspensiva, através de agravo regimental.

Situação interessante é a da utilização do agravo de instrumento (e de seu efeito suspensivo) contra a decisão do juiz que, por exemplo, indefere medida liminar-cautelar. Poder-se-ia, nessa hipótese, requerer a concessão do “efeito suspensivo” do art. 558, do CPC? Inobstante a falta de previsão expressa na Lei – o art. 527, II, fala apenas em concessão do efeito suspensivo ao recurso – o objeto do agravo de instrumento é sempre uma decisão contrária àquela recorrida, não havendo sentido em simplesmente conceder-se efeito suspensivo ao recurso na hipótese de ato que somente indefere pedido da parte. Em relação às decisões interlocutórias negativas, atribuir-se apenas “efeito suspensivo” ao recurso interposto contra tal decisão seria providência totalmente inócua<sup>29</sup>. Poderá, pois, no visio de evitar lesão de difícil reparação o relator concedera providência ou o efeito prático que deveria advir do juízo *a quo* e este, indevidamente, negou. Afinal, desde a época em que se passou a admitir o mandato de segurança como meio de emprestar efeito suspensivo a recurso, a idéia sempre foi a de afastar os efeitos maléficos da decisão combatida até final julgamento do recurso e, para tanto, muitas vezes, na via do *writ*, era necessário um provimento positivo da lavra do relator para evitar os efeitos lesivos da decisão interlocutória de conteúdo negativo, oriundo do órgão de 1º grau. O que o art. 558, do CPC traz, portanto, é um mecanismo que, interpretando teleologicamente, sem apegos a literalidade do texto legal, será eficiente para evitar danos de difícil reparação ao interesse da parte até o advento do julgamento do recurso<sup>30</sup>.

## Notas e Referências Bibliográficas

1. Segundo a fonte jurisprudencial, *a teor do que reza o artigo 522, caput, do Código de Processo Civil, descabe a interposição do recurso de agravo de instrumento contra despacho ordinatório ou de mero expediente, TRF – 3ª R. – Ac. un. 5ª T., publ. Em 5-12-95 – AI 94.03.057026-1-SP – Rel. Juiz Souza Pires.*
2. Acrescentado pela Lei 8.952, de 13.12.94.
3. *in O novo regime do agravo*, 2ª ed., RT, p. 129.
4. Nesse sentido: Flávio Luiz Yarshell, in “A fungibilidade recursal e a nova disciplina do agravo”, *Revista do Advogado* nº 48, julho/96. Contra: Vicente Greco Filho, in *Comentários ao Procedimento Sumário, ao Agravo e à Ação Monitória*, Saraiva, p. 24.
5. *In. A reforma do Código de Processo Civil*, 3ª ed., Malheiros, p. 53.
6. *In Atualidades sobre o Processo Civil*, 2ª ed., RT, p. 144.
7. Colocaríamos também neste rol as decisões referentes à concessão ou ao indeferimento de antecipações de tutela (art. 273, do CPC).
8. Que é um requisito necessário ao juízo de admissibilidade positivo do recurso.
9. O STF e o STJ cuidaram de expedir Resoluções – nº140, publ. em 05.02.96, e nº 140, publi. Em 05.02.96, e nº 1, publ. em 02.02.96, respectivamente – disciplinando a matéria, prevendo que a petição do agravo de instrumento seja dirigida ao Presidente do Tribunal de origem.
10. *In Ação Monitória e temas polêmicos da reforma processual, Del Rey*, p. 67.
11. V. art. 125, I, do CPC.
12. Expressão de Vicente Greco Filho, in *Comentários...*, p.27.
13. *In “Novos contornos do recurso de agravo”, Repra 80/111.*

14. *O agravo retido deve ser conhecido independentemente de reiteração no caso de reexame necessário* (TJSP – Ac, un, 1ª Câm., publ, na RJTJSP 175/57 – Ap. 265.108-2 – Rel. Des. Aldo Magalhães).
15. in *A reforma do Código de Processo Civil*, *op. cit.*, p. 186.
16. Antigo parágrafo único do art. 523 do CPC.
17. Cfr. Nelson Nery Junior, in *op. cit.*, p. 157.
18. Com a redação trazida pela Lei 8.950, de 13.12.94.
19. Nesse sentido, cfr. Cândido Dinamarco, in *op.cit.*, p. 189. Contra, entendendo que a ausência de peças facultativas leva ao não conhecimento do agravo, Vicente Greco Filho, *op. cit.*, p. 32 e Nelson Nery Junior, *op. cit.*, p. 158.
20. O art. 557, do CPC fala em recurso “inadmissível” ou “improcedente”.
21. Cfr. Theotônio Negrão, in *Código de Processo Civil e legislação em vigor*, 27ª ed., art 557, nota 2, p. 430.
22. Observação de Nelson Nery Junior, in *op. cit.*, p. 166.
23. Nesse sentido: Vicente Greco Filho, *op. cit.*, p. 34; e Carreira Alvim, *op. cit.*, p. 77.
24. Entendendo que a omissão no cumprimento do preceito não é fatal: Nelson Nery Junior, *op. cit.*, p. 161; e Cândido Dinamarco, *op. cit.*, p. 194. Teresa Arruda A. Wambier entende tratar-se de mera recomendação, isenta de sanção para o recorrente, in *O novo regime do agravo*, 2ª ed., p. 375.
25. Nesse sentido, várias decisões do 2º TACivSp, Ementário 18/96, publ. no *Bol. AASP* 1979/96, pp. 04 e 05.
26. In *Atualidades sobre o processo civil*, *op. cit.* p. 162.
27. Em sentido contrário, entendendo que o art. 558 se aplica também à legislação especial que institui casos de apelação sem efeito suspensivo, cfr. Vicente Greco Filho, in *op. cit.*, p. 43.
28. Segundo Teresa Arruda A. Wambier, nada há de discricionário na concessão desse efeito. *O novo regime do agravo*, p. 381.
29. Nesse sentido, v. despacho do Juiz Osmar Tognolo, do TRF da 1ª Região, no Agravo.
30. V. ainda Boris Padron Kauffmann, in *Os novos agravos*, publ. na *Revista do Advogado* 48, julho/96.

### Direito Civil e Processual Civil

O Dano Moral Causado  
por Ato Jurisdicional

Wanderley José Federighi  
**Juiz da 6ª Vara da Fazenda Pública da  
Capital do Estado de São Paulo**

Durante muito tempo, o Estado, considerado em seu sentido lato, como pessoa jurídica de direito público encarregada do regular funcionamento da máquina administrativa, foi tido como intocável, pelos atos de seus agentes que viessem a causar prejuízo a seus administrados.

A partir da responsabilização do Estado, após a passagem da época em que o Estado não era considerado responsável pelos seus atos (quando prevalecia a máxima *the King can do no wrong*),

e o término da fase considerada “civilística”, em que era necessária a comprovação da culpa do agente, surgiram várias teorias para estudar a matéria, prevalecendo, atualmente, a “teoria do risco administrativo”.

Parte do princípio de que é dispensada a prova da culpa da Administração, por parte da vítima, para que possa a mesma pleitear uma indenização do Poder Público; entretanto, permite a este que “demonstre a culpa da vítima, para excluir ou atenuar a indenização” (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, Ed. RT SP, 16ª ed., 1991, p. 548).

### **A Questão do Dano Moral**

R. Limongi França define o dano como sendo “a diminuição ou subtração causada por outrem, de um bem jurídico” (*Instituições de Direito Civil*; Ed. Saraiva, SP, 2ª ed., 1991, p. 881). Por outro lado, o dano, ainda segundo o remado mestre, “pode ser patrimonial ou moral, conforme seja ou não, por natureza, redutível a uma soma pecuniária” (*ob. cit.*).

O dano moral pode ser considerado, pura e simplesmente, como o “dano não patrimonial; é aquele que não se pode considerar como puramente econômico”. A maioria dos juristas que estudam o delicado tema o associa a sentimentos como dor, tristeza, angústias, e outros semelhantes. Veio a ganhar foros de maior notabilidade devido ao texto da CF/88, que, em seu art. 5º, V, assegura o “direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, “moral” (grifo meu) ou á imagem.”

Segundo Teresa Ancona Lopes, “a definição de dano moral tem que ser dada sempre em contraposição a dano material, sendo este o que lesa bens apreciáveis pecuniariamente e aquele, ao contrário, o prejuízo a bens ou valores que não têm conteúdo econômico” (*Dano Estético – Responsabilidade Civil*; Ed. RT, SP, 1980, p. 7).

Não apenas no direito brasileiro admite-se a indenização do dano puramente moral. O art. 2.059 do Codice Civile italiano, por exemplo, estabelece que “il danno non patrimoniale deve essere rissarcito solo nei casi determinati dalla legge”, admitindo, portanto, o seu ressarcimento.

Sobre essa questão, diz Alberto Trabucchi: “Próprio a questo propósito, e cioè riguardo allá valutazione dei beni che formano oggetto di risarcimento tra le conseguenze sanzionate di un illecito, stiamo assistendo a uma profunda evolução, che se esprime già nell’interpretazione piú larga di uma norma, l’art. 2.059, la quale pone dei limiti allá considerazione. Dei “danni non patrimoniali”. Come súbito vedremo, si sottrae a detto limite il thema piú ampio del danno allá persona nella sua entità biologica e di fronte ai piú generali turbamenti nell’ambiente in cui si vive” (*Istituzioni di Diritto Civile*; trentesima terza edizione, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1992, p. 203).

Assim, pelo que até aqui foi visto, é possível concluir-se que “o dano moral é o dano não-patrimonial, não-econômico, que também é considerado como indenizável, lançando-se mão, no mais das vezes, de indenização em pecúnia, como forma de compor-se tal patrimônio danificado”. Em face do que foi dito, é de se perguntar: é possível o magistrado causar dano moral a particular, por ato ou omissão? É o que ora se passa mais longamente a examinar.

### **Legislação a respeito do Tema.**

A legislação brasileira traz vários dispositivos que abarcam a responsabilidade civil; ora do Estado, pelo ato do magistrado, ora do próprio magistrado. Assim, a Lei Complementar 35/79, atual Lei Orgânica da Magistratura, que, em seu art. 49, dispõe sobre as hipóteses em que o magistrado responderá pessoalmente por perdas e danos, e que se dão quando: “I. No exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II. Recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento das partes”. Idêntico, aliás, é o texto do art. 133 do CPC. O Código Civil Brasileiro traz, por seu turno, em diversos dispositivos, hipóteses em que o juiz

é responsável por danos causados a particulares, em virtude de suas atividades (v. arts. 294; 420; 421; 1.551., III, e 1.552).

No que tange à questão do “erro judiciário”, a atual Constituição Federal igualmente procurou dirimir as tormentosas questões derivadas de tal matéria, ao dispor que: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença” (art. 5º, LXXV).

Tal texto reitera o art. 630 do CPP, que estabelece que: “O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos”. E o § 1º diz: “Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça”. Aliás, a reparação do erro judiciário, no direito brasileiro, não é coisa nova.

Augusto do Amaral Dergint, em recente trabalho sobre a matéria, observa que, “no Direito brasileiro, a reparação do erro judiciário (penal) já era estabelecida pelo Código Penal de 1890 (em seu art. 86) e pela Lei 221 de 1894 (em seu art. 84). Na França, os escândalos provocados pelos erros judiciários (penais) culminaram com a lei de 8.6.1895, reconhecendo a responsabilidade estatal na matéria” (“Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais”; artigo publicado na RT, v. 710, pp. 225 e ss.).

### **Responsabilidade do Estado e do Próprio Juiz**

A legislação consagra não apenas a possibilidade da ocorrência de dano causado pelo juiz de direito a particular, como também a de ser o mesmo indenizado, ora pelo Estado, ora pelo próprio magistrado, o que é de questionável constitucionalidade, como adiante se verá.

Existem justificativas para a responsabilidade estadual, que, segundo Celso Ribeiro Bastos, seriam, basicamente, a de que “o Estado indeniza porque praticou um ato ilícito, e que a prática de ato injusto, embora fruto de um comportamento legal, faz incidir sobre uma ou algumas pessoas os ônus cuja contrapartida é um benefício para toda a sociedade” (*Comentários à Constituição do Brasil*; Ed. Saraiva, SP, 1989, 2º v., pp. 383 e 384).

Para que se possa falar em responsabilidade civil do Estado, em virtude de ato do juiz, é necessário que este pratique o referido ato danoso como juiz. Ou seja, se um magistrado, agindo em nome próprio, efetua transação comercial, e, na referida transação, vem a lesar alguém, *deve responder pessoalmente, com seu próprio patrimônio*. Inexiste a possibilidade, em caso como esse, de ser o Estado chamado a responder pelo ato do juiz.

Outrossim, a norma do art. 133 do CPC, como já dito, determina a responsabilidade pessoal do juiz de direito, “quando, no exercício de suas funções (observe-se essa expressão), proceder com dolo ou fraude; ou, então, quando omitir, retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte”.

Observe-se que a alusão feita a dolo ou fraude aponta no sentido da responsabilização pessoal do juiz de direito, quando cometer ato ilícito. Isto, entretanto, não exclui o dever do Estado de indenizar o particular lesado pelo ato em questão; tal distinção, entre atos lícitos e ilícitos, no atacado entendimento de Celso Bastos, é “para o efeito de determinar a natureza do comportamento que causou o dano. Estes, sim, podem ser tidos por conformes ou desconformes com o direito, mas a causação em si mesma do dano é sempre ilícita. Vê-se, pois, que o Estado está adstrito a uma teoria extremamente rígida no que diz respeito ao dever indenizatório” (*ob.cit.*, p. 385).

Outrossim, predomina, atualmente, a corrente jurisprudencial que entende que existe responsabilidade exclusiva do Estado, pelos atos administrativos e jurisdicionais de seus magistrados.

Edmir Netto de Araújo, dissertando sobre a questão, afirma que se aplica, sem restrições, tudo que se contém no art. 107 da CF/88 (desnecessário observar que o jurista refere-se à Constituição Federal anterior). “O Estado, conseqüentemente, responde por todos os atos praticados pelo juiz no exercício de suas funções, cabendo-lhe indenizar os prejuízos que resultem do desempenho das suas atribuições, mesmo que o juiz tenha agido sem culpa ou dolo. As leis ordinárias que editam a responsabilidade pessoal do juiz, como o CC, arts. 294, 420 e 1.552, foram revogados pelo art. 192 da CF/46 e o art. 133 do CPC é inconstitucional, por conflitar com o art. 107 da vigente CF/88. O art. 15 do CC, por sua vez, estaria em contradição com os arts. do mesmo Código que teriam sido revogados pela Constituição de 1946” (*Responsabilidade do Estado por ato Jurisdicional*; Ed. RT, SP, 1981; *apud* Irineu Antonio Pedrotti, *Responsabilidade Civil*; Ed. Universitária de Direito, SP, 1990, 1º v., p. 157).

Críticas também são feitas pelo acatado José Cretella Jr., ao sistema do art. 121 do antigo CPC, hoje correspondente ao art. 133 do atual Código, que diz: “Pessoalmente, o juiz, num primeiro momento, não é responsável. Nem pode ser. Responsável é o Estado. Estado juiz formam um todo indissociável. Se o magistrado causa dano ao particular, o Estado indeniza, exercendo depois o direito de regresso contra o causador do dano, sem prejuízo das sanções penais cabíveis em caso de dolo e culpa”. E, prosseguindo, observa que: Sobrepõe-se o art. 194 da CF/ 46 ao art. 121 do CPC, revogando-o. Mesmo, porém, que não houvesse feito, o próprio art. 121 não subsistiria, bastando considerar-se que a relação processual não se verifica entre as partes e a pessoa física do juiz, mas entre as partes e o Estado, do qual o juiz é representante. Assim também os arts. 294, 420 e 421 do CC, que falam da responsabilidade pessoal do juiz, não tem cabimento dentro da própria sistemática do CC, porque se chocam com o disposto no art. 15, que fala em representante. Como, então, a não ser nos casos de dolo e culpa, ser responsabilizado pessoalmente?” (*Do Ato Administrativo*, pp. 332-333; *apud* Irineu Antonio Pedrotti, *ob . cit.*, pp. 157-158).

A conclusão que mais parece ser acertada, a que se pode chegar, a respeito dessa questão, é que, efetivamente, “a responsabilidade civil há de ser apenas do Estado, sendo descabida a responsabilização pessoal do juiz” – mesmo no caso do art. 133 do CPC, que está em flagrante desacordo com a ordem constitucional vigente.

Maria Emília Mendes Alcântara, examinando essa questão, afirma ser “errônea” a conclusão de que o estabelecimento de responsabilidade pessoal do juiz, pelo CPC, levaria à irresponsabilidade do Estado, por tais atos; “o art. 133 do CPC é mera repetição do art. 121 do Código de 1939. Parece-nos que no período que decorreu entre a vigência do Código de 1939 e a promulgação da CF/46 poder-se-ia, de alguma forma, aceitar o entendimento supra, mas a partir do art. 194 da C/46, somos de opinião que o art. 121 do CPC/39 teve a sua eficácia paralisada. O que não se compreende é que o atual Código contenha idêntico dispositivo, fazendo total e absoluta abstração do texto constitucional” (*Responsabilidade do Estado por Atos Legislativos e Jurisdicionais*; Ed. RT, 1988, p. 29).

E é a mesma autora quem faz remissão ao trabalho de Juary C. Silva, que afirma que, “com a vigência da Constituição de 1946 e a democratização do país, entendemos revogado, sob duplo aspecto o art. 121 do CPC: a) face ao preceito de que todos são iguais perante a lei (Const., art. 141, § 1º), impossível será a diversidade de tratamento, por ser o erro judiciário verificado em matéria cível ou em matéria criminal; b) na conformidade do disposto no art. 194 da CF/ 88, basta que o particular sofra um dano causado por funcionário estatal, nessa qualidade, para que emergja a responsabilidade do Estado” (*Responsabilidade Civil do Estado por Atos Jurisdicionais*; RDP, v. 20, p. 179; *apud* Maria Emília Mendes Alcântara, *ob . cit.*).

Aliás, a guisa de comentário, vê-se que em diversos outros países, como na França (com as leis 72-620, de 5.7.72, e 79-43, de 18.1.79); a Alemanha, a Polônia e a Itália (Lei 117, de 13.4.88), adotam um sistema de responsabilidade estatal exclusiva – ou seja, apenas o Estado responde perante o jurisdicionado, ressaltando-se ao Estado o direito de regresso contra o magistrado faltoso.

Destarte, a conclusão mais autorizada a que se pode chegar é a de que, efetivamente, existe responsabilidade civil do Estado, por atos jurisdicionais, mesmo nos casos citados no art. 133 do CPC, que, pela sistemática vigente, deve ser considerado inconstitucional – assim como o art. 49 da Lei Complementar 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura).

### **Irresponsabilidade por Ato Jurisdicional?**

A pergunta que se faz, então, é: o ato judicial lícito, praticado por magistrado no regular exercício de suas funções, traz a responsabilidade patrimonial do Estado? Existe forte corrente, tanto doutrinária como jurisprudencial, no sentido de que o ato jurisdicional não é possível de responsabilização patrimonial. Ressaltando a aparente contradição, em face da proteção dada pela Constituição Federal aos particulares contra os danos causados por agentes públicos, é novamente Celso Ribeiro Bastos quem ressalta que existem “razões a recomendarem a não-extensão do dever de indenizar a todas as decisões judiciais. É que a inclusão de tais atos entre aqueles que acarretam responsabilização acabaria por tolher a distribuição da justiça e a formação da convicção do magistrado”. E prossegue o referido jurista: “Sobre este passaria a impender um possível dever de reparar, o que sem dúvida acabaria por retardar ainda mais a administração da justiça” (*ob.cit.*).

São encontradas inúmeras decisões, em nossa jurisprudência, que seguem essa orientação, tal como a citada pelo próprio Celso Ribeiro Bastos, no sentido de que, “praticada a demissão de funcionário por força de decisão judicial, afinal reformada, não cabe ao Estado pagar indenização” (RE 66.626, do colendo STF). Ou então, a decisão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que se reconheceu a “impossibilidade da responsabilidade civil do Estado pela falibilidade de seus julgamentos” (Apelação Cível 92.522, relator: Desembargador Mattos).

Maria Emília Mendes Alcântara, a propósito, chega a enumerar alguns dos argumentos utilizados pelos opositores da tese de responsabilidade civil do Estado, por atos jurisdicionais, contra-argumentado-os. Seriam eles: I. A soberania do Poder Judiciário; II. A independência da magistratura; III. Fato do juiz de direito não ser funcionário público, em sentido técnico; IV. A responsabilidade pessoal do juiz; V. A imutabilidade da coisa julgada.

A invocação da “soberania do Judiciário”, como excludente da responsabilidade pelos atos dos juízes, não pode prevalecer, pois tal entendimento não faria outra coisa senão levar-nos de volta ao tempo da prevalência da máxima “the king can do wrong”. E não é esta posição que predomina atualmente, no sistema jurídico de todo o mundo civilizado.

A “independência da magistratura” também não serve de escusa. Sendo a responsabilidade do Estado, e não do juiz, sua independência é preservada. Nesse sentido o autorizado escólio de Maria Emília Mendes Alcântara: “Parece-nos que esse argumento pode servir para demonstrar exatamente o contrário: precisamente porque a responsabilidade seria do Estado e não do juiz é que a independência deste estaria assegurada” (*ob.cit.*, p. 28).

No que toca à alegação de “não serem os juízes funcionários públicos”, no sentido técnico da expressão, calha a lembrança de decisão proferida pelo eminente Ministro Aliomar Baleeiro, a respeito da matéria: “... o art. 105 da CF/67 abarca em sua aplicação os órgãos e agentes do Estado, como os chefes do Poder Executivo, os Ministros e Secretários de Estado, os Prefeitos, ainda que não sejam funcionários no sentido do Direito Administrativo. E, com maior razão, também os juízes, como agentes do Estado para a função jurisdicional deste, que os coloca sob regime especial e a natureza específica de sua atividade não lhes tiram o caráter de funcionários, *lato sensu*” (RE 70.121, do Supremo Tribunal Federal, *in* RDA 114/298).

A alegação de que o Estado não seria responsável em face da responsabilidade pessoal do juiz já foi abordada, no item anterior. Quanto à coisa julgada, a discussão é bastante acirrada; contudo, parte da doutrina vem entendendo que o que realmente importa é que tenha ocorrido efetivo prejuízo à parte, em decorrência de ato judicial, para que se possa falar em responsabilização do Estado (v., novamente, Maria Emília Mendes Alcântara, *ob. cit.*, p. 31).

Sobre essa questão diz Augusto do Amaral Dergint que tal argumento, se fosse fundado, somente poderia respeitar aos atos jurisdicionais propriamente ditos (as sentenças), “pois tal qualidade não adere aos efeitos dos demais atos judiciais. Ademais, se se considera a coisa julgada como obstáculo, à responsabilidade do Estado por sentença danosa, de lembrar que ele pode ser transposto, conforme o caso, mediante ação rescisória ou revisão criminal. Em verdade, porém, a coisa julgada não se opõe à demanda indenizatória do jurisdicionado injustamente lesado pelo ato sentencial: esta não vincula as mesmas partes (mas uma destas e o Estado) e, ademais, não visa a desconstituição da sentença, mas sim estabelecer o irregular funcionamento do serviço judiciário e nexos causal deste com o dano, para, então, condenar-se o estado a indenizá-lo. Portanto, mesmo se prescrita a ação rescisória, há que se admitir a possibilidade de responsabilização estatal” (*ob.cit.*, p. 277).

Desta forma, os argumentos de maior peso a favor da irresponsabilidade pelo ato judicial parecem estar superados. Grande parte da jurisprudência de nossos Tribunais, aliás, vem entendendo ser cabível a responsabilidade civil do Estado por ato judicial. Merecem citação, a propósito, os VV. Acórdãos proferidos pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos das Apelações Cíveis 123.686/1,j. 11.9.90, relator: Desembargador Luiz de Azevedo; 55.511/1,j. 15.5.85, relator: Desembargador Jorge Almeida, e 62.256/1,j. 23.10.85, relator: Desembargador Oliveira Lima, entre outros. Isto tudo, é claro, sem que se faça alusão à legislação, citada anteriormente, neste trabalho. Assim, existe base suficiente para concluir-se, quer com respaldo na doutrina, quer com respaldo na jurisprudência, que “o Estado é responsável pelos atos dos magistrados que causem prejuízo às partes”.

### **Hipóteses sobre o Dano Moral por Ato Jurisdicional.**

A pergunta que se faz, a seguir, tendo-se em vista o que até aqui foi dito, é a seguinte: é possível a responsabilidade civil do Estado, por dano moral causado pelo magistrado, no exercício de suas funções? A resposta há de ser positiva. Recorde-se aquilo que foi dito, anteriormente, sobre o dano moral e o seu conceito, como sendo o dano não patrimonial, não puramente econômico, ligado, como foi dito, a sentimentos como dor, tristeza, angústia, e outros que tais. Pois bem; ainda no que toca a essa questão, parece haver divisão no que diz respeito ao entendimento da doutrina e da jurisprudência.

Maria Emília Mendes Alcântara, que faz acendrada defesa da responsabilidade civil do Estado pelos atos de seus juízes, curiosamente afirma descaber qualquer pretensão de indenização por dano moral, em virtude de ato jurisdicional. Apega-se a referida autora à antiga tese de que “somente poderá ser objeto de indenização o dano de conteúdo patrimonial ainda que a lesão não o seja”. É a mesma autora quem objetiva quanto à reparação do dano moral, em tais casos, por entender que a dificuldade encontra-se na verificação do próprio dano, o que a coloca, a meu ver, não entre os opositores da tese da indenização por danos moral causado por ato jurisdicional. Mas sim entre os próprios opositores da indenização do dano moral, *lato sensu*.

Decisão prolatada pelo colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, contudo, veio a reconhecer a existência de dano moral, em virtude de prisão indevida (Apelação Cível 62.256/1;j. 23.10.85; v.u.; relator: Desembargador Oliveira Lima). Reconhecendo ter sido o autor atingido moralmente pela descabida ordem de prisão, a Corte determinou que seria paga à vítima quantia correspondente a doze vencimentos globais que o autor da ação percebia, com juros e correção monetária, como forma de compensá-lo pela dor moral sofrida.

A questão, contudo, não é pacífica, ainda, merecendo lembrança jurisprudência em sentido contrário, onde se nega a indenização por suposto dano moral, causado por ato jurisdicional (RJTJRS, 129/205, e TJRJ, *in* RF 290/239). Parece-me, outrossim, que, a teor do que consta no art. 5º, V, da atual CF; das diversas normas legais aqui anteriormente citadas, a respeito da responsabilidade do Estado por atos de seus agentes; da responsabilidade deste, inclusive, pelos atos de seus juízes, “é inegável a responsabilidade civil do Estado por dano moral causado por juiz de direito, no exercício da função”.

É evidente, contudo, que isto não se dará em todos os casos. No que toca ao erro judiciário, na área criminal, já se disse o bastante, aqui, para fixar-se o entendimento de que é cabível a reparação. Efetivamente, não se pode cogitar em dor moral maior, no campo aqui abordado, do que aquela causada por prisão ou condenação injusta, na área penal. Adquirem triste fama as histórias de tais casos.

Entretanto, entendo que não se pode dar indenização por danos morais, por exemplo, àquele que, enfrentando processo criminal, é absolvido por “falta de provas”, nos termos do art.386, VI, do CPP. Admissível a discussão de indenização quando se verificarem as hipóteses dos incisos I (“inexistência do fato”) ou III (“não constituir o fato infração penal”); mas certamente não quando houver absolvição por mera falta de provas – o que muitas vezes se dá, pendendo, ainda, a dúvida quanto à culpa ou não do réu pelos fatos. Não se pode falar, em caso semelhante, à ocorrência de dano moral.

Outrossim, é de se inquirir se é cabível a indenização por dano moral, apenas por “erro judiciário penal”. E o “erro judiciário civil”? Não se há de negar que este também pode perfeitamente ocorrer. Em especial, em tempos como os atuais, com a Justiça sobrecarregada e mal aparelhada, como se constata que vem sendo a regra do funcionamento do Judiciário, em tempos recentes.

A opinião de Augusto do Amaral Dergint é no mesmo sentido; distinção quanto aos valores envolvidos no processo penal e no processo civil, ou mesmo quanto à natureza de cada qual, são questões irrelevantes “à consideração da responsabilidade estatal, pois em ambos exerce o juiz (agente público) a mesma função estatal. Destarte, os casos de erro judiciário civil também engendram a responsabilidade estatal, ainda que esta não esteja expressamente prevista em nenhuma regra do sistema jurídico pátrio” (*ob.cit.*, p. 228).

Apenas parece-me necessário colocar-se alguns parâmetros nessa questão, para evitar-se a prática de abusos, ou a utilização da doutrina e jurisprudência favoráveis à tese como meros instrumentos de *vendetta* do advogado melindrado contra o juiz. Não se pode entender que existe responsabilidade civil do Estado por todo ato judicial que cause prejuízo a alguém. Na atividade jurisdicional pressupõe-se a composição de lides, havendo, em conseqüência, sempre dois lados em uma discussão. Destarte, ao solucionar-se a lide, haverá sempre prejuízo a uma das partes.

O ato do juiz, ensejar da reparação, não haverá de ser por exemplo, a mera adoção da tese de uma das partes, que lhe é apresentada. A divergência nas teses jurídicas é própria da atividade daqueles que lidam com o direito, e não se pode entender que a mera adoção de uma ou outra tese, mesmo que haja reforma do julgado pelo Tribunal, dê ensejo a que a parte prejudicada venha a Juízo, exigindo uma reparação. O ato do juiz há de ser margem ao pedido de indenização há de ser o próprio erro judiciário; ou, como dizem algumas decisões de nossos colendos Tribunais, um ato teratológico do magistrado, que denote descaso, negligência ou desconhecimento crasso no mister de julgar.

Os estudiosos do assunto apontam, ainda, a denegação de justiça e a demora do Judiciário como causas de propositura de ação de indenização, por dano moral. A primeira, segundo, ainda, Augusto do Amaral Dergint, em sentido estrito, “não se confunde com a má aplicação do direito ou com a decisão injusta”; a segunda “pode provir de mau aparelhamento do serviço judiciário ou de desídia do juiz, senão de ambos. A responsabilidade estatal (nas hipóteses de denegação de justiça e de demora na prestação da tutela jurisdicional) funda-se na teoria da falta de serviço” (*ob.cit.*, p. 229).

O professor José Rogério Cruz e Tucci, em estudo a respeito da matéria, cita decisão da Corte Européia dos Direitos do Homem, em julgamento ocorrido em 25.6.87, que condenou o Governo Italiano a indenizar uma litigante nos tribunais daquele país por dano moral, “derivante do estado de prolongada ansiedade pelo êxito da demanda”; a decisão, citada pelo ilustre professor, afirma que “a requerente provou, por outro lado, um prejuízo moral indenizável: ela viveu numa incerteza e numa ansiedade prolongadas quanto ao resultado e às repercussões do processo”, aludindo, ainda, à existência de “tensão física e psicológica em virtude da demora – quase onze anos – do

processo”. Fixou-se-lhe, assim, indenização no valor de oito milhões e liras, “a título de satisfação equânime”, deixando à Corte, ainda, a fixação pelo prejuízo material (decisão publicada em *Il Foro Italiano*, parte IV-28, 1987, pp. 385/90) (“Dano moral decorrente da excessiva duração do processo”; in *Temas Polêmicos de Processo Civil*; Ed. Saraiva, 1990, pp. 93 e ss.). A existência de dano moral, decorrente, assim, de ato jurisdicional, é inegável, sendo reconhecida tanto pela doutrina como pela jurisprudência, nacional e estrangeira.

Em face do que até aqui foi dito, é autorizado concluir-se que o juiz de direito, sendo agente público, *lato sensu*, pode ter seus atos, que causem prejuízos a seus jurisdicionados, enquadrados no art. 37, § 6º. da CF; o responsável pelos atos do juiz de direito que causem prejuízo aos seus jurisdicionados à apenas o Estado, sendo inconstitucionais as normas do art. 133 do CPC e do art. 49 da Lei Complementar 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura); os atos do juiz podem causar dano moral aos seus jurisdicionados, seja por erro judiciário penal, seja por erro judiciário civil, sendo o Estado responsável pela reparação dos mesmos; descabida a pretensão de indenização, no caso de ter o réu, em processo penal, sido absolvido por mera falta de provas; descabida, ainda, a pretensão de indenização, no caso do magistrado, no processo civil, ter adotado tese de uma das partes, sendo cabível a indenização apenas no caso de configurar-se a existência de erro judiciário, de ato verdadeiramente teratológico do juiz.

### Direito Constitucional

Sobre a Produção Legislativa e a  
Normativa do Direito Oficial:  
O Chamado “Efeito Vinculante”

Eros Roberto Grau  
**Professor Titular da Faculdade de Direito  
da Universidade de São Paulo**

Embora voltando minha atenção não diretamente ao tema dos limites do direito oficial – a respeito do qual devem versar muitos dos trabalhos produzidos para o 13º Colóquio Internacional da *International Association for the Semiotics of Law (IASL/AISL)* – suponho possa ter alguma relevância a breve exposição que segue, a propósito da produção legislativa e da produção normativa do direito oficial e do chamado “efeito vinculante”.

A circunstância de a Constituição do Brasil assegurar a todos os acesso ao Poder Judiciário tem importado em que seja extremamente grande o número de ações judiciais em curso perante os nossos tribunais.

É bem verdade que esse volume de questões encontra sua origem fundamentalmente no fato de o Executivo federal não se conter nos quadrantes da constitucionalidade e da legalidade. Bastaria, para que se desafogassem os tribunais, que a União passasse a proceder naqueles quadrantes. Esse, no entanto, é aspecto sistematicamente desconsiderado nas análises produzidas a respeito da crise do Judiciário.

O fato é que o acúmulo de ações judiciais a serem apreciadas pelos tribunais brasileiros faz com que as instituições jurídicas sejam olhadas com desconfiança e o Estado de Direito seja tido como um entrave às excelências da desregulação neoliberal.

O chamado “efeito vinculante” das decisões do Supremo Tribunal Federal, que se pretende instituir mediante emenda à Constituição do Brasil, prestar-se-ia a corrigir aquele mal.

O que se entende como “direito oficial” pode ser também designado pela expressão direito moderno/direito formal<sup>1</sup>.

Formal, no sentido sob o qual o vocábulo integra a expressão “direito formal”, é um modo de aplicação do direito. “Formal” refere, aqui, uma teoria da interpretação jurídica.

Logo adiante veremos que a interpretação é atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas; as normas resultam da interpretação, dizendo o que os intérpretes dizem que elas dizem. O intérprete dotado de poder suficiente para criar as normas jurídicas é o juiz.

Nenhum direito positivo é, em si, definitivamente “direito formal”. Como, no entanto, as normas são “criadas” pelos juízes, estes tomam o direito positivo (sistema de disposições, de enunciados; de textos) e, a partir dele, produzem “direito formal”. E assim o fazem, os juízes, porque esta é a sua função, enquanto agentes estatais.

Direito formal, portanto, é o direito produzido pelos juízes oficiais, isto é, pelos juízes agentes estatais, vale dizer funcionários públicos. Dizendo-o de outro modo; o direito formal é o direito oficial<sup>2</sup>.

Direito moderno, por outro lado, é expressão que conota o direito (positivo) produzido pelo chamado Estado moderno datado da Revolução Francesa.

Objeto a partir e em torno do qual os juristas desenvolvem uma atividade técnica – e não política – (Tarello 1991/15-18), esse modelo de direito é o modelo de direito do modo de produção capitalista. Seu requisito único de validade repousa na representação popular (expressão da *volanté générale*) associada à maioria legislativa. Os pressupostos que fundamentam a sua legitimidade encontram-se na separação dos poderes e na vinculação do juiz à Lei (Wieacker 1980/646-647).

Esse, contudo, é precisamente o direito oficial, que pode ser, portanto, referido tanto como direito formal, quanto como direito moderno.

Dos processos de produção legislativa e de produção normativa do direito oficial ou direito moderno/direito formal é que passo a cogitar. Refiro-me a processos de produção legislativa e de produção normativa porque a positivação do direito não se completa na atuação do Poder Legislativo, demandando – como passarei a demonstrar – além dos produtores legislativos, a produção de normas, tarefas que incumbe ao Poder Judiciário.

A demonstração que pretendo produzir consta de texto que preparei anteriormente e que, porquanto me pareça claro, entendo não deva retocar ou modificar. Assim, permito-me reproduzi-lo sem qualquer preocupação em alterar a sua compostura original. Interpretar é, essencialmente, compreender.

De outra parte, a interpretação é uma relação entre duas expressões; a primeira (que porta uma significação), expressão original, é o objeto da interpretação; a segunda, designada “a interpretação”, cumpre, em relação à outra, função de interpretante (Ortigue 1987/219). A interpretação aporta à primeira expressão (objeto da interpretação) uma nova forma de expressão, que não é necessariamente verbal – como ocorre no caso das artes alográficas (música e teatro). Assim, interpretar é compreender + reformular ou reexpressar sob forma nova.

O que pretendo sustentar é o caráter alográfico da interpretação do direito. Podemos distinguir dois tipos de expressão artística: o das artes alográficas e o das artes autográficas. Nas artes alográficas (música e teatro), a obra apenas e completa com o concurso de dois personagens, o autor e o intérprete; nas artes autográficas (pintura e romance), o autor contribui sozinho para a realização da obra (Ortigue 1987/221).

Em ambas (artes alográficas e artes autográficas) há interpretação, mas são distintas, uma e outra. A interpretação da pintura e do romance importa compreensão (a obra, objeto da interpretação, é completada apenas pelo seu autor; a compreensão visa à contemplação estética, independentemente da mediação de um intérprete).

A interpretação musical e teatral importa compreensão + reprodução (a obra, objeto da interpretação, para que possa ser compreendida, tendo em vista a contemplação estética, reclama um intérprete; o primeiro intérprete compreende e reproduz e o segundo intérprete compreende através da compreensão/ reprodução do primeiro intérprete).

O texto, preceito, enunciado normativo é alográfico. Não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A “completude” do texto somente é realizada quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete.

Mas o “sentido expressado pelo texto” já é algo novo, distinto do texto. É a norma. Isso significa que o texto normativo, visando à solução de conflitos (isto é, uma decisão normativamente fundada para problemas práticos, e não a contemplação estética) reclama um intérprete (primeiro intérprete) que compreenda e reproduza, não para que um segundo intérprete possa compreender, mas a fim de que um determinado conflito seja decidido.

A interpretação do direito opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular: isto é, opera a sua inserção na vida. A interpretação, pois, é um processo intelectual através do qual, partindo de fórmulas lingüísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo. É atividade voltada ao discernimento de enunciados semânticos veiculados por preceitos (enunciados, disposições, textos): o intérprete desvencilha a norma do seu invólucro (o texto). Neste sentido, o intérprete “produz a norma”.

Diremos, então, que a interpretação é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual o intérprete desvenda as normas contidas nas disposições. Aparecem de modo bem distinto, neste ponto de minha exposição, o texto (enunciado, disposição) e a norma. Texto e norma não se identificam: o texto é o sinal lingüístico; a norma é o que se revela, designa (Canotilho 1991/255).

Daí podermos sustentar, seguindo Zagrebelsky (1990/68-69), que o ato normativo, como ponto de expressão final de um poder normativo, concretiza-se em uma disposição (texto ou enunciado).

A interpretação, destarte, é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual pesquisamos as normas contidas nas disposições. Do que diremos ser, a interpretação, uma atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas.

As normas, portanto, resultam da interpretação. E o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, conjunto de normas. O conjunto das disposições (textos, enunciados) é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais. O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete.

Isso contudo – note-se bem – não significa que o intérprete, literalmente, crie a norma; o intérprete a expressa. O produto da interpretação é a norma expressada como tal. Mas ela (a norma) preexiste, potencialmente, no invólucro do texto, invólucro do enunciado.

Vale dizer: a norma encontra-se, em estado de potência, involucrada no enunciado (texto ou disposição); o intérprete a desnuda. Neste sentido – isto é, no sentido de desvencilhamento da norma de seu invólucro: no sentido de fazê-la brotar do texto, do enunciado – é que afirmo que o intérprete “produz a norma”. O intérprete compreende o sentido originário do texto e o mantém (deve manter) como referência de sua interpretação (Gadamer 1991/381).

Suponha-se a entrega, a três escultores, de três blocos de mármore iguais entre si, encomendando-se, a eles, três *Vênus de Milo*. Ao final do trabalho desses três escultores teremos três *Vênus de Milo*, perfeitamente identificáveis como tal, embora distintas entre si: em uma a curva do ombro aparece mais acentuada; noutra, as maçãs do rosto despontam; na terceira, os seios estão túrgidos. Não obstante, são, definidamente, três *Vênus de Milo* - nenhuma Vitória de Samotrácia.

Esses três escultores produziram três *Vênus de Milo*. Não gozaram de liberdade para, cada um ao seu gosto e estilo, esculpir as figuras ou símbolos que a inspiração de cada qual aspirava – o princípio de existência dessas três *Vênus de Milo* não está neles.

Tratando-se de três escultores experimentados – como, na metáfora de que lanço mão, se trata – dirão que, em verdade, não criaram as três *Vênus de Milo*. Porque lhes fora determinada a produção de três *Vênus de Milo* (e não de três *Vitórias de Samotrácia*; ou outra imagem qualquer) e, na verdade, cada uma dessas três *Vênus de Milo* já se encontrava em cada um dos blocos de mármore, eles – dirão – apenas desbastaram o mármore, para que elas brotassem, tal como se encontravam, ocultas, no seu cerne.

O que pretendo, também, além de sustentar o caráter alográfico da interpretação do direito, é afirmar que diferentes intérpretes – quais diferentes escultores produzem distintas *Vênus de Milo* – qual “produzem”, a partir do mesmo texto, enunciado ou preceito, distintas normas jurídicas. Parafraseando Kelsen (1979/467), afirmo que dizer que uma dessas *Vênus de Milo* é fundada na obra grega, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a obra grega representa – não significa que ela é a *Vênus de Milo*, mas apenas que é uma das *Vênus de Milo* que podem ser produzidas dentro da moldura da obra grega.

A esta altura, contudo, convém deixarmos perfeitamente esclarecido que – assim como apenas um autêntico escultor terá condições de trabalhar adequadamente o mármore, discernimento os seus veios e as proporções da obra – o intérprete dotado de poder suficiente para criar as normas é o “intérprete autêntico”, no sentido conferido a essa expressão por Kelsen (1979/469 e ss.).

Aqui se coloca um grave problema, pois a norma é uma manifestação de poder. Quem produz uma norma exerce um ato de poder. E é certo que não apenas o intérprete autêntico interpreta. Também o fazem os advogados, os juristas, o administrador público – e os cidadãos. Ora, se as normas nascem da interpretação, também esses intérpretes, não autênticos, produziram normas.

No exemplo, que atribuo a Carnelutti, o homem faminto que, sem nenhuma moeda, ao passar por uma barraca de frutas mão arrebatada uma maçã interpreta um texto de direito – que coíbe o furto – produzindo norma. Porque a interpretação do direito consiste em concretar a Lei em cada caso, isto é, na sua aplicação (Gadamer 1991/401), o homem faminto, então, ao interpretar a Lei, desde o seu caso concreto, a aplica.

Interpretação e aplicação não se realizam autonomamente. O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado (Gadamer 1991/397); a interpretação do direito consiste em concretar a Lei em cada caso, isto é, na sua aplicação (Gadamer 1991/401). Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação (Marí 1991/236). Interpretação e aplicação se superpõem.

A interpretação (aplicação) do texto de Lei, no caso do homem faminto que passa por uma barraca de frutas, não visa, no momento, à decisão de um conflito – como a que seria procedida pelo intérprete autêntico – porém introduz um conflito (se descumprida a norma) ou impede o conflito (se observada a norma). Vale dizer: esta, como a interpretação operada pelo advogado, pelo jurista, pelo administrador público, não vincula terceiros; compõe-se no discurso jurídico – apenas o intérprete autêntico pronuncia o discurso do direito.

Kelsen (1979/469 e ss.) distingue a “interpretação autêntica”, feita pelo órgão estatal aplicador do direito, de qualquer outra interpretação, especialmente a levada a cabo pela ciência jurídica.

A interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. É este ato de vontade (a escolha) que peculiariza a interpretação autêntica. Ela “cria direito”, tanto quando assuma a forma de Lei ou decreto, dotada de caráter geral, quanto quando, feita por um órgão aplicador do direito, crie direito para um caso concreto ou execute uma sanção.

As demais interpretações não criam direito. Quando os indivíduos querem observar uma norma que regule sua conduta, devem fazer uma escolha; mas essa escolha não é autêntica, isto é, não cria direito - não é vinculante para o órgão que aplica<sup>3</sup> essa norma jurídica. Também a interpretação feita pela ciência jurídica é distinta daquela feita pelos órgãos jurídicos; a interpretação feita pela ciência jurídica não é autêntica; é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas; não é criação jurídica. A interpretação jurídico-científica (dicção de Kelsen) apenas pode estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica – o jurista tem de deixar a decisão pela escolha das interpretações possíveis de uma norma jurídica ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é o competente para aplicar<sup>4</sup> o direito; assim, quando o advogado indica uma determinada interpretação como “acertada”, está tentando influir sobre a criação do direito – não exerce função jurídico-científica, porém função jurídico-política.

Apenas o intérprete autêntico, concludo, é revestido do poder de criar as normas jurídicas. E esse poder, o intérprete autêntico o exerce mediante a prática de uma prudência – não de uma ciência<sup>5</sup>.

O que imediatamente importa ainda considerarmos é, contudo, o fato de a interpretação – que é concomitantemente aplicação do direito – dever ser entendida como produção praticada direito, precisamente como a toma Friedrich Müller (1993/145-146), para quem inexiste tensão entre direito e realidade. Vale dizer: não existe um terreno composto de elementos normativos, de um lado, e de elementos reais ou empíricos, do outro. Por isso, a articulação ser e dever-ser (a relação norma-fato) é mais do que uma questão da filosofia do direito; é uma questão da estrutura da norma jurídica tomada na sua transposição prática e, por conseqüência, ao mesmo tempo uma questão da estrutura deste processo de transposição.

Isso significa que a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que se depreendem do texto (mundo do dever-se). Mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (mundo do ser)<sup>6</sup>.

O que incisivamente deve aqui ser afirmado, a partir da metáfora de Kelsen (1979/467), é o fato de a “moldura da norma” ser, diversamente, moldura do texto, mas não apenas dele; ela é concomitantemente, moldura do texto e moldura do caso. O intérprete também o caso, necessariamente, além dos textos, ao empreender a produção prática do direito.

A exposição até este desenvolvida me permite deixar bem enfatizado o seguinte: (I) o texto normativo é alográfico; texto e norma não se identificam; (II) o processo de produção legislativa – que incumbe ao Poder Judiciário – resulta na geração de textos (enunciados, preceitos, disposições); o processo de produção normativa – que incumbe ao Poder Judiciário – resulta na geração de normas; (III) a interpretação do direito opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular: isto é, opera a sua inserção na vida; (IV) interpretação e aplicação não se realizam autonomamente; a interpretação do direito consiste em concretar a Lei em cada caso, isto é, na sua aplicação; interpretação e aplicação se superpõem: (V) a norma é produzida, pelo intérprete autêntico, não apenas a partir de elementos que se depreendem do texto (mundo do dever-se), mas também a partir de elementos do caso ao qual será aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (mundo do ser); assim, a “moldura da norma” (Kelsen) é, diversamente, moldura do texto, mas não apenas dele – ela é concomitantemente, moldura do texto e moldura do caso; o intérprete interpreta também o caso, necessariamente, além dos textos, ao empreender a produção prática do direito.

A Proposta de Emenda à Constituição 54, de 1995, dá nova redação ao § 2º do art. 102 da CF/88, atribuindo “eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios, às decisões proferidas pelo STF nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de Lei ou ato normativo, e nas definitivas de mérito, se o STF assim o declarar, pelo voto de dois terços de seus membros”.

Deixando à margem de minhas cogitações as decisões proferidas pelo STF nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de Lei ou ato normativo, cumpre considerarmos, à luz do quanto acima enfatizado, essa atribuição de eficácia contra todos e de efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios, às suas decisões definitivas de mérito, se o STF assim o declarar, pelo voto de dois terços de seus membros.

Insisto, portanto, em que as conclusões que passo a enunciar não se amoldam inteiramente às decisões proferidas pelo STF nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de Lei ou ato normativo. Elas respeitam especificamente às decisões definitivas de mérito do STF, se este declarar, pelo voto de dois terços de seus membros, a atribuição, à decisão, daquela eficácia e efeito.

Após ter suficientemente ressaltado o quanto cabia ressaltar, tenho como necessariamente decorrente de minha exposição a seguinte verificação: a Proposta de Emenda à Constituição 54, de 1995, atribui ao STF a capacidade de vincular os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração direta e indireta da união, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios aos textos suas decisões definitivas de mérito.

Note-se bem que essas “decisões” do STF são o resultado de sua produção normativa, atividade que envolve interpretação/aplicação e, pois, é desempenhada não apenas a partir de elementos que se depreendem do texto (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (mundo do ser).

Essas decisões são normas. Mas essas normas são transformadas em textos no momento em que assumem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios.

As normas – não será demasiada a repetição – são produzidas pelo intérprete autêntico, o juiz, no quadro de um determinado caso; ao realizar a função que lhe incumbe, de interpretação/aplicação do direito, o intérprete autêntico opera a transformação do texto em norma.

Assim, a ampliação da eficácia da decisão, ao ponto de alcançar quem não tenha participação no caso ao qual o direito foi aplicado/interpretado, apenas se pode dar na medida em que se expresse como eficácia do texto, não da norma contida na decisão. Da mesma forma, o efeito vinculante que transcende os limites do caso objeto da decisão é efeito do texto, não daquela mesma norma.

A circunstância dessas decisões funcionarem como textos em relação aos órgãos da Administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios é inescusável. Em outros termos: a atribuição de eficácia contra todos e de efeitos vinculantes às decisões de que se trata importa em atribuir-se ao STF função legislativa.

O mesmo se dá em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário: as decisões do STF os vinculam não enquanto normas, mas sim enquanto textos, que se qualificam como legislativos porque próprios à função legislativa (função de inovar o ordenamento jurídico mediante a produção de leis, textos legislativos).

Sendo assim, essas decisões (textos, repita-se) deverão ser interpretadas, o que há de necessariamente envolver a consideração de cada ao qual se pretenda aplicá-las (isto é, aplicar o texto) e, além de tudo, a indispensável ponderação do texto de cada decisão no quadro da totalidade do direito, dado que não se interpretam textos isolados de direito, mas – sempre – o todo que o direito é<sup>7</sup>.

Não se sustenta, destarte, o entendimento segundo o qual o pretendido efeito vinculante das decisões do STF não importa em aplicação (ou não aplicação) da Lei a casos concretos. É evidente que sim, mesmo porque, como vimos acima, a interpretação do direito consiste em concretar a Lei em cada caso, isto é, na sua aplicação.

E também não prospera a afirmação de que a decisão dotado de eficácia contra todos e de efeito vinculante não é ato legislativo. Ela apenas não assume a compostura de ato legislativo enquanto norma (= decisão de um determinado caso, alcançada mediante a prática da interpretação do texto no quadro de um caso determinado). Para além desse caso, no bojo do qual a norma foi produzida, há texto, francamente expressivo de ato legislativo, na medida em que inova o ordenamento jurídico, vinculando a Administração e o próprio Poder Judiciário.

A atribuição de efeito vinculante às decisões de que se trata implica a imposição de uma espécie de censura ou limitação ao exercício, pelos “demais órgãos do Poder Judiciário”, da função de intérprete autêntico do direito. Pois não é outro, senão o seguinte, o conteúdo dessa imposição: fica proibido aos “demais órgãos do Poder Judiciário” o exercício de sua função (função de interpretar / aplicar o direito) com relação que o STF, por maioria de dois terços, indicar.

Nenhuma razão ou pretexto se presta a justificar essa manifestação de totalitarismo, que também nenhuma lógica pode sustentar, e que, afinal, há de agravar ainda mais a crise do direito oficial, em nada contribuindo à restauração da sua eficácia<sup>8</sup>.

## Notas e Referências Bibliográficas

1. Vide meus *La doppia destrutturazione del diritto*, Edizioni Unicopli, Milano, 1996, pp. 12 e ss. e *O direito posto e o direito pressuposto*, Malheiros Editores, São Paulo, 1996, pp. 64 e ss.
2. Há evidente relação, é óbvio, entre *formalismo* – no sentido indicado – e *positivismo jurídico*.
3. Dicção de Kelsen; não obstante, inexistente separação entre *interpretação* e *aplicação*.
4. Vide nota 3.
5. Vide meus *La doppia destrutturazione del diritto*, cit., pp. 65 e ss. e *O direito posto e o direito pressuposto*, cit., pp. 153 e ss.
6. Vide Cristiane Derani, *Direito Ambiental Econômico*, Max Limonad, São Paulo, 1997, pp. 40-44.
7. Vide meus *La doppia destrutturazione del diritto*, cit., p. 80 e *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 3ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1997, pp. 176-177.
8. Aliás, se o Executivo já habitualmente não procede de acordo com a Lei, por que razão haverá de se curvar ao efeito vinculante das decisões do STF?

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 1991.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*, Max Limonad, São Paulo, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y metodo*, cuarta edición, trad. De Ana Agud Aparício y Rafael de Agapito, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1991.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 3ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1997.

\_. *La doppia destrutturazione del diritto*, Edizione Unicopli, Milano, 1996.

\_. *O direito posto e o direito pressuposto*, Malheiros Editores, São Paulo, 1996.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, trad. De João Baptista Machado, 4ª ed., Armênio Amado Editor, Coimbra, 1979.

MARÍ, Enrique E. *La interpretacion de la ley. Análisis histórico de la escuela exegética y su nexó con el processo codificador de la modernidad*, in “Materiales para uma teoria crítica del derecho”, Enrique E, Marí *et alii*, Abekedo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berin, 1993.

ORTIGUES, Edmond. “Interpretação”, in *Enciclopédia Einaudi*, v. 11, trad. De Conceição Pais, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 1987.

TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giurídica moderna*, Il Mulino. Bologna, 1991.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, trad. de A. M. Botelho Hespanha, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1980.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale di Diritto Costituzionale*, UTET, ristampa aggiornata, Torino, 1990.

### Direito Constitucional

#### É Inconstitucional a CPMF?

Yoshiaki Ichihara  
**Juiz Substituto de 2º Grau do Tribunal  
de Justiça do Estado de São Paulo.**

A Lei 9.311, de 24.10.1996, instituiu a “Contribuição Provisória sobre Movimento ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – CPMF”, que incidirá sobre os fatos geradores verificados no período de treze meses, contados após decorridos noventa dias da data de sua publicação, ou seja, 23.01.1997 a 22.2.1998.

A constitucionalidade desta contribuição está sendo questionada por tributaristas de todo o Brasil, apesar de o Supremo Tribunal Federal já ter-se pronunciado, negando liminar em ação coletiva promovida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde.<sup>1</sup> A matéria é controvertida e, portanto, as considerações que iremos fazer serão eminentemente jurídicas, com total imparcialidade, sem pender para o fisco ou para o contribuinte.

O fundamental constitucional para a instituição da CPMF – contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira, deu-se em decorrência da inclusão do art. 74 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que diz; “A União poderá instituir contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira. § 1º - A alíquota da contribuição de que trata este artigo não excederá a vinte e cinco centésimos por cento, facultado ao Poder Executivo reduzi-la ou restabelecê-la, total ou parcialmente, nas condições e limites fixados em lei. § 2º - À contribuição de que trata este artigo não se aplica o disposto nos arts. 153, § 5º, e 154, I, da CF/88. § 3º - O produto da arrecadação da contribuição de que trata este artigo será destinado integralmente ao Fundo Nacional de saúde, para financiamento das ações e serviços de saúde. § 4º - A Constituição de que trata este artigo terá sua exigibilidade subordinada ao disposto no art. 195, § 6º, da CF/88 e não poderá ser cobrada por prazo superior a dois anos.”

A prática da Emenda à Constituição, no título “Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”, foi inaugurada pela Emenda Constitucional de Revisão 1, de 1.3.1994, Emenda Constitucional 10, de 4.3.1996, quando outorgou competência para a União instituir o Fundo Social de Emergência, acrescentando os arts. 71, 72 e 73; agora, com a Emenda Constitucional 12, de 15.8.1996, foi acrescido o art. 74, atribuindo competência à União para instituir a CPMF.

A Emenda à constituição é prevista no art. 60 da vigente Carta magna, sempre possível, preenchidos os pressupostos ensejadores. Uma vez aprovada e promulgada, passa a ser norma constitucional, diferenciando-se apenas pela necessidade de obedecer as formalidades e o preenchimento dos pressupostos exigidos na Constituição vigente, que, evidentemente, outorga, além da competência ao constituinte derivado, o fundamento de validade.

A primeira questão a ser colocada é perquirir a natureza jurídica das normas integrantes do “Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”. Inicialmente, como o próprio rótulo está a indicar, refere-se àquilo que é transitório ou temporário, em oposição ao que é duradouro<sup>2</sup>.

Esta transitoriedade, recomendado, inclusive, a técnica legislativa que se atribua numeração distinta do texto propriamente dito da Constituição,<sup>3</sup> decorre do princípio da continuidade da legislação, para regular o direito intertemporal das Constituições e compatibilizar o princípio da imediata incidência das regras jurídicas constitucionais, conforme escreve Pontes de Miranda.<sup>4</sup>

Não se trata, evidentemente, de criar através de Emenda Constitucional disposições de caráter temporário para resolver problema de direito intertemporal, mas o que pretende a emenda, subvertendo a sua natureza, é alterar ou suspender a eficácia temporariamente dos dispositivos do Texto Constitucional, pois a transitoriedade da Emenda Constitucional 12/96 refere-se apenas à atribuição transitória para a instituição e cobrança da CPMF, ou seja, no máximo por dois anos.

As disposições transitórias de uma Constituição ou da lei sempre possuem eficácia efêmera e transitória e por isso, não é crível e nem possível, que o texto das disposições transitórias da Constituição de 1988 seja emendada, após decorridos mais de oito anos, para atribuir competência excepcional à União, burlando regras e princípios expressos no Texto Maior.<sup>5</sup>

No caso da Emenda Constitucional 12/96 a inconstitucionalidade é manifesta, pois inexistem ou inócurrem os pressupostos deflagradores, especialmente, para criar uma disposição transitória emendando um texto que prevê situações de transitoriedade desde 1988, não para atender uma situação criada pelo novo texto constitucional, mas para retirar a eficácia de algumas garantias e regras sobre a competência da União, visando criar aquilo que o legislador denomina de contribuição provisória.

Fere a Emenda; a) o princípio da rigidez da vigente Constituição; b) o princípio da segurança jurídica; c) a regra da competência tributária exaustiva da vigente Constituição; e d) o princípio dos direitos fundamentais do indivíduo.

Inocorre a excepcionalidade para justificar a criação, através de uma Emenda Constitucional, de uma situação que retire algumas garantias do contribuinte e agrida as regras de competência. Para uma situação como a falta de recursos para atender os programas de saúde, o próprio texto constitucional prevê instrumentos ordinários e excepcionais.

Releva ressaltar que, para a excepcionalidade de atender despesas extraordinárias, impossível de serem atendidas pelos recursos orçamentos, a Constituição, no caso da União Federal, prevê a possibilidade de cobrança de impostos extraordinários, elevação de alíquotas ou a base de cálculo dos impostos previstos expressamente no sistema jurídico brasileiro, além da possibilidade de instituir impostos pelo exercício da competência residual. Ademais, as exceções previstas no art. 74 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias retiram temporariamente a eficácia de algumas e princípios constitucionais, que aparecem como verdadeiros direitos e garantias fundamentais do contribuinte, não havendo como subsistir, pois sendo a Emenda Constitucional 12/96 decorrente do exercício das atribuições do Poder Constituinte derivado, a desobediência das regras e princípios constitucionais, além de retirar a legitimidade, acaba retirando a validade da própria Emenda Constitucional.

Por outro lado, a contribuição, comparada aos pressupostos ensejadores de sua instituição prevista no art. 149 da CF/88, tem apenas o rótulo ou a denominação, pois não há intervenção do domínio econômico no interesse das categorias profissionais ou econômicas, senão o intuito

meramente arrecadatório, além de fugir da regra proibitiva da vinculação da receita de impostos, prevista no art. 167, IV, da CF/88.

O fato gerador da CPMF, sendo a movimentação financeira uma situação que independe de qualquer atividade estatal, interpretando com a combinação dos arts. 3º, 4º e 16 do CTN<sup>6</sup>, sem dúvida alguma, aparece como um imposto instituído pelo exercício da competência residual. Colocadas essas premissas, passaremos a examinar a CPMF.

### **A Competência para Instituir contribuições sociais.**

Írrita, inconstitucional e inválida as regras da Emenda Constitucional 12/96. Hoje, a natureza tributária das contribuições sociais é aceita de forma pacífica.<sup>7</sup> Tomada esta premissa, as considerações a seguir serão desenvolvidas aplicando-se as regras e princípios pertinentes ao regime tributário das contribuições sociais ou dos impostos instituído pelo exercício da competência residual.

Preceitua o art. 149 da CF/88; “Compete exclusivamente á União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observando o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo. Parágrafo único. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social”.

A contribuição social prevista no parágrafo único do art. 149 da CF/88 não se confunde com a contribuição aqui discutida, ou seja, a CPMF, pois trata-se da contribuição para a previdência e assistência, como é o caso do IPESP (Instituto de Previdência do estado de São Paulo) e IPREM (Instituto de Previdência Municipal de São Paulo). Por outro lado, não se confunde a CPMF com as contribuições sociais previstas nos itens I, II e III do art. 195 da CF/88, cobradas dos empregados, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro; dos trabalhadores e sobre a recita de concursos e prognósticos.

Assim, o único fundamento que resta é a instituição das contribuições sociais previstas no *caput* do art. 149 da CF/88. Karl Engisch referindo-se à máxima aplicável ao direito privado, diz categoricamente; “o que não é proibido é permitido”, que pode ser invertida: “o que é permitido não é proibido”.<sup>8</sup>. Todavia, esta máxima não é aplicável ao direito público, pois neste vigora o princípio de que o agente público, o órgão do Estado ou a competência, só são exercitáveis se há previsão na norma superior.

A Constituição, em matéria tributária, apenas outorga competências e, sendo a atual Constituição rígida e exaustiva, descreve quais os tributos de competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deixando em aberto ao que a doutrina denomina de competência residual, no que pertine aos impostos, à União (art. 154, I, da CF/88); no que se refere às taxas e contribuição de melhoria, aos Estados (art.25, §1º, da CF/88) e no que se relaciona às contribuições sociais, como regra, à União (art. 149 da CF/88).

Exemplificando, em matéria de impostos, a União só pode instituir “impostos sobre a renda e proventos de qualquer natureza”; o Estado o “ICMS – imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação” e assim por diante. Qualquer ampliação, da materialidade ou da abrangência não prevista constitucionalidade, acaba por incorrer na inconstitucionalidade de exação.

As contribuições sociais previstas no *caput* do art. 149 da CF/88 só poderiam ter como pressupostos justificadores da instituição “... A intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de atuação nas respectivas áreas...” A CPMF, analisada sob o crivo de tais pressupostos, tipifica a hipóteses retrodescrita e prevista expressamente no art. 149 da CF/88? A resposta é não!

Não está presente na instituição da CPMF nenhuma intervenção no domínio econômico e nem no interesse de categorias profissionais ou econômicas. Assim, não é denominação dada que caracteriza a contribuição, mas a natureza jurídica e os pressupostos de instituição e previstos expressamente no texto constitucional.

O que se visa é arrecadar recursos para atender o *déficit* orçamentário e a falta de recursos para atender os serviços na área da saúde. Portanto, considerando-se a CPMF como uma contribuição social, a inconstitucionalidade é manifesta por não preencher o requisito da competência material para a instituição deste tributo. Entretanto, caso entenda-se que a instituição da CPMF tem fundamento no art. 195, § 4º, da CF/88<sup>9</sup>, afigura-se uma inconstitucionalidade formal, pois o veículo normativo deveria ser Lei Complementar e não Lei Ordinária. Além do mais, aplicam-se as restrições previstas no art. 154, I, da CF/88, que voltaremos a tratar mais adiante.

Existem outras inconstitucionalidades na Lei 9.311/96 tais como: a) quando diz que incide a CPMF mesmo no caso em que "... resulte ou não transferência de titularidade dos mesmos valores, créditos e direitos".<sup>10</sup> A incidência em tais hipóteses, por inexistir movimentação ou transmissão jurídica, fere o princípio da capacidade contributiva. Será possível uma tributação que incida sobre uma movimentação juridicamente irrelevante? A resposta só pode ser negativa. Parece aquela tributação sobre o Imposto sobre Serviço de Transporte de carga própria, que existia no regime da Constituição anterior. Os Tribunais sufragaram a tese de que não é possível alguém prestar um serviço quando se confundem o prestador e o beneficiário numa única pessoa. b) No art. 8º da Lei 9.311/96, quando delega ao Executivo a possibilidade de alterar as alíquotas: Em matéria tributária, é assente na doutrina e na jurisprudência, a sujeição ao princípio da estrita legalidade, ou seja, não se permite a delegação para aumentar ou diminuir a carga tributária a normas infralegais, pois a lei tributária deve trazer no seu bojo todos os elementos para o nascimento da obrigação tributária.<sup>11</sup>

Aliás, o art. 97 do CTN é expresso no sentido de prescrever categoricamente que as alíquotas devem ser fixadas em lei, salvo exceções. Sobre as exceções, a única prevista sobre a alteração de alíquotas pelo Poder Executivo é a prevista no § 1º, do art. 153 da CF/88. Em outras palavras, não há nenhuma previsão de que o Poder Executivo possa alterar as alíquotas das contribuições sociais, ou seja, a permissão incide numa inconstitucionalidade.

As exceções criadas pela Emenda Constitucional 112/96, criando uma situação excepcional, inexistindo a ocorrência dos pressupostos tomados, é inválida, inconstitucional e írrita; validando tais abusos, além de agredir a constituição e a segurança dos indivíduos, trará como consequência um festival de fundos, contribuições e outros. Inexistem inconstitucionalidades quando: Não há quebra do princípio da anterioridade de lei, mesmo enquadrando a CPMF como contribuição social prevista no art. 149/ da CF/88, uma vez que o interregno de noventa dias da CPMF é imposto decorrente do exercício da competência residual (art. 154, I, da CF/88), o princípio da anterioridade de lei está sendo respeitado, já que a lei foi publicada em 1996 para a contribuição ser exigida apenas no exercício de 1997.

Entendemos, também, que incorre a inconstitucionalidade por quebra do sigilo bancário ou fiscal, que alguns tributaristas têm levantado com insistência. O banco ou as instituições financeiras têm o dever legal de prestar informações sobre as operações realizadas, além de a obrigatoriedade encontrar respaldo no sistema jurídico brasileiro. O entendimento em contrário seria o mesmo que retirar do fisco o poder de fiscalizar.

O art. 195 do CTN diz expressamente que "... não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais..."

O art. 197 do CTN, expressamente, prevê a obrigatoriedade de todas as pessoas enumeradas nos itens I a VII, especialmente "...os bancos, as casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras" de prestarem informações, o que não poderia ser de outra forma. Por outro

lado, o art. 198 do CTN prevê as sanções administrativas, civis e criminais no caso de funcionários, agentes e pessoas que divulgarem informações dos sujeitos passivos da obrigação tributária.

A pretexto de defesa do sigilo as informações não se poderá atravancar a atuação do Estado que age na defesa do interesse público pois, se assim entender, estar-se-ia invertendo a presunção de inocência consagrada aos indivíduos no art. 5º, LVII, da CF/88, ao agente público ou ao funcionário das instituições financeiras, com a presunção de que iriam divulgar as informações fiscais obtidas. Aos agentes públicos e aos funcionários das instituições financeiras devem ser aplicados os princípios que consagram a presunção de inocência, que preservar o sigilo das informações e que não as divulgarão; mas se tal ocorrer, deverá haver a certeza de que serão punidos exemplarmente aos que violarem as vedações legais.

### **Seria a CPMF imposto Residual?**

A CPMF poderia ter sido instituída nos termos do art. 195, § 4º, da CF/88 e neste caso para instituir outras fontes de custeio para garantir a manutenção ou expansão da seguridade social. Todavia, neste caso, teria que se obedecer o disposto no art. 154, I, da CF, que diz o seguinte: “A União poderá instituir; I . Mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculos próprios dos discriminados nesta Constituição”. Neste caso, a inconstitucionalidade seria formal, pois o veículo exigido é a Lei Complementar e não a Lei Ordinária. Não há como a Lei Ordinária substituir a Lei Complementar, uma vez que esta formalmente é de hierarquia superior, considerando que na aprovação exige quórum de maioria absoluta e não maioria simples, como no caso da Lei Ordinária.

Não pode, outrossim, possuir base de cálculo ou fato gerador idêntico aos impostos discriminados na Constituição. Ainda, o imposto instituído pelo exercício da competência residual (art. 154, I, da CF/88) ou contribuições sociais nos termos do § 4º, do art. 195 da CF/88, obrigatoriamente devem ser “não-cumulativos”. A não-cumulatividade exige a compensação do que for devido em cada operação, o montante cobrado nas movimentações ou transmissões anteriores. Nada disso ocorre com a CPMF, contrariando preceito constitucional e portanto incorre na inconstitucionalidade por falta de cumprimento do princípio da não-cumulatividade.

Materialmente, a transmissão ou movimentação de créditos e direitos tomam a mesma base de cálculo e fato gerador do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos e valores mobiliários, aparecendo, aqui, mais uma inconstitucionalidade incontornável.

Sobre a inconstitucionalidade das leis escreve Marcelo Caetano: “Inconstitucionalidade das leis... Na verdade, desde que a lei constitucional é superior às leis ordinárias, tira-se daí o corolário de que as leis ordinárias não podem contrariar a Lei Constitucional. Mais: a Constituição é o assento fundamental da ordem jurídica do Estado, a norma de todas as outras normas, o fundamento da autoridade de todos os poderes constituídos; logo, uma lei que não respeite a Constituição a Constituição carece de força obrigatória, não válida”.<sup>12</sup>

Haveria aqui, se considerarmos CPMF como imposto instituído pelo exercício da competência residual (art. 154, I, da CF/88), a existência da vinculação proibida pelo art. 167, IV, da CF/88, que diz: “São vedados; IV. A vinculação de recita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino, como preceitua o art. 212, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de recita, previstas no art. 165, § 8º”.

A Emenda Constitucional 3, de 17.3.1993, que acrescentou o § 4º ao art. 167, diz o seguinte: “é permitida a vinculação de receitas próprias geradas pelos impostos a que se referem os arts. 155 e 156, e dos recursos de que tratam os arts. 157, 158 e 159, I “a” e “b”, e II, para a prestação de garantia ou contra-garantia à União e para pagamento de débitos para com esta”.

Comentando o art. 167, item IV – escreve Pinto Ferreira: “O preceito hospeda o princípio da não afetação ou princípio da não-vinculação, tal como está no art. 167, IV, que veda vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, excetuada a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que aludem os art. 158 e 159, a destinação de recursos para desenvolvimento e manutenção do ensino, como preceitua o art 212, e apresentação de garantias às operações de crédito por antecipação da recita, tal como determina o art. 165, § 8º . “A finalidade de tal vedação é o atendimento às despesas gerais do orçamento, evitando a edição de leis que vinculem impostos a órgãos, fundos ou despesas específicas” (in, *Comentários à Constituição Brasileira*, Saraiva, 1994, v. 6,p. 115).

No mesmo sentido, a lição do Prof. Ives Gandra da Silva Martins: “No sentido das vedações constitucionais ao aumento de despesas, o inciso IV do art. 167 oferta proibições sensíveis à “capacidade dispenditiva” do poder público” (in, *Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva, v. 6, p. 343). Mais incisivo Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Vinculação Proibida. Prevalece aqui o princípio da unidade de caixa, um dos aspectos do princípio da unidade orçamentária. Todas as receitas, em virtude desse princípio, convergem para um fundo geral” (in, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Saraiva, v. 3, p. 154). Néelson de Souza Sampaio, escrevendo sobre os princípios orçamentários diz: “A não afetação de tributos veda que se atribua destinação especial aos tributos ou percentagem deles, pois de parcela em parcela se atingiria o todo, burlando o preceito” (in, *O Processo Legislativo*, 2ª ed., Del Rey, p. 169). A inconstitucionalidade, também, neste particular, parece ser manifesta.

## Conclusões

a) A rigor, juridicamente a CPMF não pode ser caracterizada como contribuição social, pois na sua instituição incorrem os pressupostos previstos no *caput* do art. 149 da CF, ou seja, não foi instituída para intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicos. Portanto, como contribuição social a CPMF é inconstitucional;

b) Caso seja considerada contribuição social instituída nos termos do art. 195, § 4º, da CF/88, o veículo normativo não poderia ser a lei ordinária, mas obrigatoriamente a lei complementar. Aparece aqui uma inconstitucionalidade formal.

c) Considerando a CPMF como imposto residual previsto no art. 154, I, da CF/88, ou até como contribuição social instituída nos termos do art. 195, § 4º, da CF/88, além da necessidade de lei complementar, não poderia ter fato gerador e base de cálculos idênticos aos dos impostos discriminados na Constituição, encerrando, em alguns casos, uma inconstitucionalidade, como por exemplo na movimentação de créditos a direitos (art. 153, V, da CF/88);

d) Ainda, no caso do item “c” deveria os impostos residual ou contribuição social ser não-cumulativo e, sendo a CPMF cumulativa, encerra mais uma inconstitucionalidade;

e) Quando diz que incide a CPMF mesmo no caso em que “...resulte ou não transferência de titulariedade dos mesmos valores, créditos e direitos”, por ferir o princípio da capacidade contributiva, encerra aqui mais uma inconstitucionalidade;

f) Ao delegar ao Poder Executivo a possibilidade de alterar alíquotas da CPMF, estando a tributação sujeita ao princípio da estrita legalidade (art. 97 do CTN), não se enquadrando na exceção, mais uma inconstitucionalidade aparece neste particular;

g) A eventual previsão legal de as instituições financeiras serem obrigadas a fornecer informações ao fisco, além de não ferir o direito individual do sigilo das informações, não caracteriza uma inconstitucionalidade, uma vez que o CTN possui regras permissivas expressas (Cf. arts. 195, 197 e 198 do CTN).

h) Fere, outrossim, a regra proibitiva da vinculação da receita a que se refere o art. 167, IV, da CF/88, uma vez que a CPMF, de contribuição, só possui o rótulo, pois trata-se de um imposto

instituído pelo exercício da competência residual. Encerra, também, outra inconstitucionalidade neste particular.

i) A Emenda Constitucional 12/96, a pretexto de acrescentar o art. 74 ao “Ato das Disposições Transitórias da Constituição de 1988”, ao suspender e abrir exceções para a não aplicação das regras e princípios constitucionais, relacionados com a proteção dos contribuintes, agride regras de competência da União previstas expressamente, acabando por aniquilar a própria Emenda Constitucional 12/96 pelo vício insanável de inconstitucionalidade.

### **Notas e Referências Bibliográficas**

1. Proc. 1.497-8 – Ação direta de inconstitucionalidade, medida liminar, Rel. Min. Marco Aurélio, 09.10.96)
2. Cf. Orlando Soares, *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 8ª ed., p. 776.
3. Cf. Hésio Fernandes Pineiro, *Técnica legislativa – Constituição e Atos Constitucionais do Brasil*, Rio de Janeiro; Freitas Bastos, 1962, p. 116 e ss.
4. Cf. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. São Paulo: RT, tomo VI, p. 379, 381 e 385.
5. Sobre a natureza e alcance das disposições transitórias: Cf. *Comentários à Constituição do Estados Unidos do Brasil*. Eduardo Espínola. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, v. 2, p. 665 e ss e *Comentários à Constituição Brasileira de 1946*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948, v. 3, p. 314 e ss.
6. Art. 16 – Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte. Art. 4º - A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la: I- a denominação e demais características formais adotada pela lei; II – a destinação legal do produto da sua arrecadação”.  
Pinto Ferreira sobre o assunto, citando Frazão de Couto, escreve: “As disposições transitórias contém as estipulações quanto às providências a serem adotadas no período de transição entre a ordem constitucional anterior a promulgada em 5 de outubro.”(*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva,v. 7,p. 505-506)
7. Cf. Ives Gandra da Silva Martins, Geraldo Ataliba, Paulo de Barros Carvalho, Roque Antonio Carrazza, Aires Fernandino Barreto, Wagner Balerra Hugo de Brito Machado, Kyoshi Harada, José Eduardo Soares de Mello, dentre muitos outros.
8. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. João Baptista Machado. Lisboa: 3ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, p. 28-29.
9. Preceitua o art. 195, § 4º da CF/88: “A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I”.
10. Parágrafo único, do art. 1º, da Lei 9.311/96.
11. Os doutrinadores do direito europeu, sobre a mesma realidade daquilo que os juristas brasileiros denominam de sujeição à estrita legalidade, denominam de “reserva absoluta de lei formal”. Cf Alberto Xavier, J.J. Gomes Canotilho, dentre outros.
12. *Direito Constitucional - Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Forense, p. 401.

### Direito Penal e Processual Penal

Algumas Considerações sobre  
a Imputabilidade no  
Direito Brasileiro

Waldemar Nogueira Filho

## Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo

O homem, embora dotado de interesses próprios, é um ser gregário por natureza. Assim, ao lado das suas necessidades individuais surgem as necessidades do agrupamento a que pertence, impondo-se, para que se harmonize o convívio social, que não pode ser perturbado pelo conflito de interesses daí resultante, a formação de regras que regulem “a organização do Estado e, dentro dele, a conduta externa dos indivíduos, impostas coativamente pelo poder social”<sup>1</sup>

Entre os bens juridicamente protegidos existem alguns reputados fundamentais, como a vida humana, a integridade corporal do homem, a honra, o patrimônio, a segurança da família, a paz pública, cuja violação pela conduta humana, por ação ou omissão, implica na imposição da pena, a mais grave das sanções cominada para a transgressão da norma legal. E que por seu conteúdo marcadamente retributivo e intimidativo, de contra-estímulo ao estímulo criminoso, representa satisfação meramente jurídica, destinada a recompor a ordem jurídica violada, ao revés do que ocorre com a sanção civil, de finalidade reparatória, satisfativa, cujo escopo é desfazer os efeitos da inobservância do imperativo legal, buscando, na medida do possível, repor as coisas no estado anterior<sup>2</sup>.

É preciso, porém, que se delimite o campo de atuação do Estado, preservando-se os direitos e garantias individuais, inclusive do próprio delinqüente, donde o princípio da legalidade ou da reserva legal, de que não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – *nullum crimen, nulla poena sine lege* -, vedada a sua retroatividade, salvo para beneficiar o réu, inserido no art. 5º, XXXIX e XL, da CF/88. Princípio esse de origem remota na Magna Carta de 1.215, de João Sem Terra e nas *Petitions of rights*, norte-americanas, mas que foi excluído do sistema jurídico-penal da ex-União Soviética e da Alemanha Nazista, “aquela designando o crime pelo conceito elástico de ação socialmente perigosa” e esta recorrendo ao “são sentimento do povo”<sup>3</sup>.

Contudo, não basta que a ação ou a omissão se adequem ao tipo legal, ao modelo que contém a descrição da conduta proibida e cuja fórmula se “compõe do verbo que exprime a ação, freqüentemente verbo transitivo com o seu objetivo: “matar alguém”, “ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem”<sup>4</sup>.

E que se mostrem, ação ou omissão, contrárias ao direito revestindo-se da antijuridicamente somente excluída nas hipóteses previstas em lei, mais especificamente no art. 23 do CP, e entre as quais se destaca a legítima defesa.

Não fosse assim e ainda imperaria a responsabilidade objetiva, onde só o fato danoso assume relevância, quando de há muito se consagrou o princípio *nullum crimen sine culpa*. A culpa encerra um juízo de reprovação ao autor do fato típico, que tendo a capacidade de entender e de querer, bem como o potencial conhecimento da ilicitude da sua conduta, podia, nas circunstâncias, ter agido de acordo com o direito.

Um dos seus elementos ou pressupostos, como prefere parte da doutrina, é a imputabilidade, a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar segundo esse entendimento<sup>5</sup>. Bastando, para a capacidade de entendimento do caráter criminoso do fato, a possibilidade de compreensão, nos limites de um leigo, da reprovabilidade do comportamento pela ordem jurídica. Requisito da imputabilidade, como soa da Exposição de Motivos, é também a vontade livre que o homem, contando com dezoito anos, deve ter quando da ação ou omissão, e sem a qual o CP seria uma congêrie de ilogismos.

Dela diferindo a responsabilidade penal, que é o dever jurídico que tem o agente imputável de responder pela ação delituosa, de arcar com as conseqüências jurídicas do crime. Três são os critérios ou sistemas que procuram definir o inimputável ou semi-imputável. Ao biológico ou etiológico, basta a enfermidade ou grave deficiência mental, irrelevante ulterior indagação sobre a

exclusão ou diminuição da capacidade de compreensão ou de autodeterminação. É critério falho, por deixar impune o portador de anomalia mental que tenha entendimento e capacidade de determinação.

O psicológico, como soa da Exposição de Motivos do CP, “não indaga se há uma perturbação mental mórbida; declara a irresponsabilidade se, ao tempo do crime, estava abolida no agente, seja qual for a causa, a faculdade de apreciar a criminalidade do fato (momento intelectual) e de determinar-se de acordo com essa apreciação (momento volitivo)”.

Por não se preocupar com a causa, é fórmula imprecisa e capaz de ser estendida abusivamente as condições que o legislador não entendeu incluir na hipótese, como a do indivíduo moralmente pervertido e que no momento do crime não pode controlar seus impulsos, autorizando até mesmo um maior rigor de punição<sup>6</sup>.

O terceiro critério é o biopsicológico, ou misto, ou ainda biopsicológico-normativo, adotado, a exemplo das legislações modernas, pelos arts. 26 e 28. § 1º, do Código, que reunindo os dois anteriores, exige, ao lado da anomalia psíquica, a incapacidade do agente de entendimento ou de autodeterminação.

A imputabilidade, de regra, se presume, de sorte que a imputabilidade há de ser real e comprovada. Exceção é o menor de dezoito anos, que o Código, no art. 27, declara penalmente inimputável, estabelecendo a presunção absoluta – *juris et de jure* -, assentada em mero critério biológico, de que tem desenvolvimento mental incompleto.

Pouco importa se se trate de um sábio, dotado de indiscutível capacidade intelectual e volitiva<sup>7</sup> ou que tenha, pelo casamento, alcançado a maioridade e volitiva<sup>7</sup> ou que tenha, pelo casamento, alcançado a maioridade civil<sup>8</sup>. Nem mesmo o exercício do direito de cidadania, que foi deferido aos menores com dezesseis anos pela Constituição Federal, legitimando-os a influir politicamente nos destinos da nação, autoriza a redução da maioridade penal relativa, *máxime* na medida em que se manteve, no seu art. 228, a presunção absoluta de inimputabilidade pra os menores de dezoito anos.

A maioridade penal é alcançada nos primeiros momentos do dia em que o agente completa os dezoito anos, desimportando a hora exata do seu nascimento, o que encontra sustento no art. 1º da Lei 820, de 6.9.49, que define o ano civil como o período de doze meses contados do dia do início ao dia e mês correspondente do ano seguinte, e no art. 10 do CP, que determina, no cômputo do prazo, a inclusão do dia do começo<sup>9</sup>.

Não atingido resultado decorrente de atividade produzida quando da inimputabilidade (Damásio E. de Jesus fornece o exemplo do menor de dezoito anos que desfere facadas na vítima, vindo esta a falecer quando o autor da conduta ilícita já havia completando a maioridade penal).

Além da menoridade, são causas de inimputabilidade a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto ou retardado e a embriaguez completa resultante de caso fortuito ou força maior (arts. 26 e 28, II, § 1º, do CP), servindo igualmente, à exceção da primeira, à diminuição da responsabilidade pela redução da capacidade de compreensão ou de autodeterminação (arts. 26, parágrafo único e 28, § 2º).

Não se encartam como tal a emoção, perturbação afetiva intensa, de breve duração, ou a paixão, que é a sua forma contínua e duradoura, somente influenciando “sobre a condição de imputável o estado emocional de fundo patológico, porque, então, cabe incluí-lo na expressão doença mental do Código”<sup>10</sup>.

Poderão, porém, atenuar a pena, tanto que o Código incluiu, como atenuante genérica, a prática do crime sob a influência de violenta emoção provocada por ato injusto da vítima (art. 65, III, c, última parte), e como atenuantes específicas do homicídio doloso (art. 121, § 1º) e das lesões corporais dolosas (art. 129, § 4º), o fato de terem sido cometidos sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima.

Já a embriaguez voluntária, manifestação episódica, difere do alcoolismo crônico, “este uma marca residual, uma deformação persistente do psiquismo, assimilável a verdadeira psicose, e como psicose, ou doença mental, deve ser juridicamente tratado”, integrando a regra do art. 26, ou de seu parágrafo, onde também se insere a “chamada embriaguez patológica, que se manifesta em certos predipostos, principalmente, principalmente personalidades psicópáticas”<sup>11</sup>.

Servindo a preordenada, quer pelo álcool, quer pelo uso de entorpecentes, uma constante nos crimes e criminosos violentos, que através dela procuram armar-se de coragem, desativando ou afrouxando os freios inibitórios, como causa de agravação da pena (art. 61, II, I, do CP), e não de exclusão ou atenuação da responsabilidade<sup>12</sup>. O mesmo se podendo dizer daquele que se hipnotiza, ou se faz hipnotizar, figurando como mandante, na fase da imputabilidade, para tornar-se a si mesmo como instrumento, em estado de inconsciência, para a prática delitiva.

As expressões doença mental e desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ensinam Francisco de Assis Toledo, devem ser tomadas em sua maior amplitude, carecendo de relevância a natureza da doença – crônica ou transitória, constitucional ou adquirida -, posto ser impossível, na fase atual da ciência psiquiátrica, encontrar-se uma fórmula que, em resumo, compreenda todas as manifestações nosológicas, de ordem psíquicas, que dão lugar à exclusão ou diminuição da imputabilidade. E prossegue: “a exata extensão e compreensão das expressões “doença mental” e “desenvolvimento mental incompleto ou retardado” fica deferida ao prudente arbítrio do juiz que, em cada caso, se valerá do indispensável auxílio de perícias especializadas” para aferir se o agente teve privada a capacidade de compreensão do injusto ou de autodeterminação<sup>13</sup>. Não se olvidando “o psicopatologista forense que o seu laudo vai ter às mãos não só de técnicos, como, outrossim, de leigos”, daí a importância dos informes médico-legais se revestirem de clareza e se fazerem acompanhar da demonstração mais documentada possível dos transtornos psíquicos<sup>14</sup>.

Anote-se, por oportuno, que o juiz, como soa do disposto no art. 182 do CPP, não está adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte. Cumpre, porém, que o faça fundamentadamente, “demonstrando o erro, a imprecisão e a incoerência do laudo. Isto porque livre convencimento não significa arbítrio que se leve a prolatar uma sentença em inteiro desacordo com a prova técnica, não invalidada por qualquer outro elemento probatório” (RT 474/292).

De qualquer sorte, “sob o título de doença mental estão abrangidos “todos os casos de enfermidades mentais propriamente ditadas, as doenças que afetam as funções intelectuais ou volitivas, tanto aquelas que se traduzem em manifestações orgânicas, com as de caráter funcional ou psíquico”<sup>15</sup>. A expressão “abrange as psicoses (orgânicas, tóxicas e funcionais, como paralisia geral progressiva, demência senil, sífilis cerebral, psicose traumática, causada por alcoolismo, psicose maníaco depressivo etc.), esquizofrenia, loucura circular, histeria, paranóia etc.” (Damásio Evangelista de Jesus, *Direito Penal Parte Geral*, 13ª ed., vol. I, 1998, 1441)”<sup>16</sup>.

Já os menores de dezoito anos e os silvícolas inadaptados se encartam, utilmente, na segunda causa de inimputabilidade, que é a do desenvolvimento mental incompleto, ou que ainda não se concluiu. Impondo-se, quanto aos segundos, que podem ser havidos como semi-imputáveis, a realização de perícia, com o Estatuto do Índio (Lei 6.001, de 19.12.73) estabelecendo que a pena, em havendo condenação, deverá ser atenuada, atendendo o juiz, na sua aplicação, ao grau de integração do silvícola, que mesmo cometendo o delito em área de reserva indígena, e ainda que a vítima seja índio, não possui o privilégio do foro federal<sup>17</sup>.

O mesmo se dá quanto ao surdo-mudo não educado, cuja imputabilidade é sempre condicional, dependendo, portanto, de aferição no caso concreto, porque o isolamento e de autodeterminação. Ficando reservada aos oligofrênicos – idiotas, imbecis e débeis mentais propriamente ditos – a causa do desenvolvimento mental retardado.

Há entre a plena higidez mental e a anormalidade psíquica transtornos psíquicos de menor gravidade, que não afetam fundamentalmente a consciência e a vontade do indivíduo<sup>18</sup>.

Desses graus intermediários ou fronteirços, em que há reflexos na culpabilidade, e por conseguinte na responsabilidade do agente, cuidou o Código, no parágrafo único do art. 26, ao dispor que “apenas pode ser reduzida de um a dois terços se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. Ocupado “essa faixa cinzenta os estados atenuados, incipientes e residuais de psicoses, certos graus de oligofrenias e, em grande parte, as chamadas personalidades psicopáticas, e os transtornos mentais transitórias quando afetam, sem excluir, a capacidade de entender e querer”<sup>19</sup>.

Pode o portador de doença mental, de perturbação mental, ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, embora dotado de entendimento ético, portanto com plena consciência do que faz, ter ausente ou reduzida a autodeterminação, não logrando evitar os seus atos.

Assim, embora presente o requisito (ou momento) intelectual, ausente se acha o requisito (ou momento) volitivo, bastando a falta de um deles para que surja a inimputabilidade<sup>20</sup>. Disso, são exemplos a cleptomania (furto compulsivo), que não se confunde com a mera reiteração indicativa de profissionalidade delinqüencial<sup>21</sup>, a piromania (incendiamento compulsivo), o exibicionismo (desvio psicosssexual), que podem excluir ou diminuir a culpabilidade<sup>22</sup>.

A verificação do estado mental não interessa somente ao réu ou a sua defesa, sendo, ao revés, da maior importância para a justiça pública, repugnando ao bom senso possa alguém responder criminalmente por um ato quando não possuía juízo ético, quando não tinha capacidade de entendê-lo e querê-lo, não podendo nenhum julgamento prescindir desse elemento básico que é a capacidade penal<sup>23</sup>.

Por isso, compete exclusivamente ao juiz – a lei não comete a providência à autoridade policial (RT 685/324) -, quer *ex officio*, quer a requerimento das partes, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge, determinar a instauração do incidente de insanidade mental, nos termos dos arts. 149 e ss., do CPP, tão logo surja dúvida relevante sobre a higidez mental do réu.

Sendo-lhe vedado homologar pedido de desistência do incidente (RT 625/308; RJDTACRIM 5/173) ou decidir a causa sem a sua conclusão, sob pena de nulidade (RT 658/325, 718/373; RTJ 113/579; Apelações 834.949-6/SP e 903.785-8-Marília, 7ª Câmara, v.u.).

A não instauração do incidente não leva necessariamente, *data venia* de r. pronunciamentos em contrário, à anulação da sentença por parte do Tribunal, que pode e deve converter o julgamento em diligência para tal fim pois até então há mera suspeita da incapacidade do réu (RT 656/348-350).

Descabendo confundir a falta de instauração do incidente com a não apreciação de argüição nesse sentido, quando há nulidade do julgado, por ofensa do art. 381, III, do CPP<sup>24</sup>, falecendo ao Tribunal competência funcional para apreciar originariamente a questão<sup>25</sup>. Positiva que seja a perícia, então haverá lugar para a proclamação da eiva (Apelação 834.949-6/SP, 7ª Câmara, v.u.).

A uma por ter havido decisão de mérito, ainda que em Primeiro Grau, quando comprometida a capacidade mental do agente, cuja integridade é pressuposto básico para a realização do julgamento. E a duas por falecer competência originária à Câmara para conhecer da matéria em apreço, o que é causa de nulidade absoluta do acórdão (art. 564. I, 1ª figura, do CPP), por afronta ao princípio do duplo grau de jurisdição. Implicando até mesmo em violação do princípio do juiz natural, consubstanciado no art. 5º, LIII, da CF/88, segundo o qual, “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Reforçada a convicção na medida em que cabe ao juiz, nas hipóteses de semi-imputabilidade, “a delicada missão de optar entre a pena diminuída e a medida de segurança”, devendo “decidir com muita cautela, só procedendo à substituição pela medida de segurança quando esta for realmente, a melhor solução. O cuidado é necessário, pois, realizada a substituição, o agente passa

a ser submetendo ao mesmo tratamento dispensado aos inimputáveis<sup>26</sup>. Restando claro que decisão com tamanha repercussão não pode ser tomada em um só grau de jurisdição.

Ocultando-se o réu, para não se submeter ao exame em apreço, cujo processamento não implica em suspensão do curso prescricional, salvo a hipótese do revel citado por edital (art. 366 do CPP, na redação da Lei 9.271, de 17.04.96), não há óbice a que o juiz lhe decrete a custódia cautelar, por conveniência da instrução criminal, ou lhe determine, como têm decidido o Supremo Tribunal Federal (RT 625/369) e o Superior Tribunal de Justiça (RT 656/348), a internação em manicômio judicial, independentemente de requerimento dos peritos (art. 150 do CPP).

A incapacidade, como se disse, deve ser aferida à época do fato delituoso. Sendo total, implicará na absolvição do réu, que ficará sujeito à medida de segurança de natureza detentiva, consistente em internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou, à falta, em outro estabelecimento adequado, pelo prazo mínimo de um ano, podendo ser submetido a tratamento ambulatorial – medida de natureza restritiva – se o fato previsto como crime for punível com detenção.

Diferenciam-se as medidas de segurança das penas, porque estas são fixas, proporcionais à gravidade da infração, ligando-se ao sujeito pelo juízo de culpabilidade (reprovação social) e de natureza retributivo-punitiva, aplicando-se aos imputáveis e semi-responsáveis, enquanto aquelas são preventivas, sem termo final determinado e têm fundamento na perigosidade do agente, a elas não estando os absolutamente imputáveis<sup>27</sup>. E uma vez desaparecido o direito de punir do Estado, não mais podem ser aplicadas, tampouco substituindo as que tenham sido impostas (art. 96, parágrafo único do CP).

Se o réu, embora inimputável à data do fato, tiver restabelecida a sua higidez mental quando da sentença, não há razão para a aplicação da medida de segurança, que pressupõe juízo de perigosidade, no caso não mais existente, impondo-se, tão só, a prolação de decisão absolutória<sup>28</sup>.

As medidas de segurança, a teor do art. 97, § 1º, do CP, não têm prazo máximo fixado, que pode ser de curtíssima duração, mesmo aquele do estabelecido na sentença, podendo se prolongarem indefinidamente, se persistir a perigosidade (Julgados do TACRIM 94/201; RJTJSP 100/432, 125/494; RT679/345, 717/399). O juiz, porém, está obrigado a fixar-lhes o prazo mínimo, entre um e três anos, em que se computará o tempo de prisão provisória ou administrativa (art. 42), quando se realizará a perícia médica, levando em consideração, para tanto, a gravidade da anomalia mental. “O inimputável é internado não para ser punido, mas sim para ser tratado. A perícia médica se realizará ao termo do prazo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o Juiz da execução” (art. 97, § 2º do CP)<sup>29</sup>.

Entretanto, se após instaurado o incidente se verificar que a doença mental sobreveio à infração, o processo ficará suspenso até que o réu se restabeleça, realizada as diligências que possam ser prejudicadas pelo adiantamento (art. 152 do CPP).

Não há, aqui, hipótese de incidência do art. 26 d CP, descabendo, com tal fundamento, a absolvição<sup>30</sup>, não havendo, de outra banda, como apenar a quem não tem autodomínio, a quem necessita de cura. A suspensão do processo, de qualquer sorte, não interfere com o curso da prescrição, podendo suceder a extinção da punibilidade antes do restabelecimento do réu<sup>31</sup>.

Diversa é a situação daquele a que sobrevém doença mental, durante a execução da pena. A medida de segurança, então imposta, tem natureza substitutiva, não guardando relação com a prática do crime e tampouco com a perigosidade que se presume no inimputável, razão pela qual não pode ir além dos limites da pena (RT 717/ 399, 640/294; RJDTACRIM 26/232). É bom que se frise que a detração não alcança o tempo de tratamento ambulatorial, não servindo a liberdade para quitar a prisão<sup>32</sup>.

O Código, a partir da Lei 7.209, de 1984, abandonou o sistema do duplo binário (pena “e” medida de segurança), passando a adotar o sistema vicariante (pena “ou” medida de segurança),

para a semi-imputabilidade. O juiz, para impor a pena ou a medida de segurança, deverá aferir da necessidade de uma ou de outra, valendo-se, para tanto, das provas constantes dos autos, em especial da perícia médica, atentando tanto para o nível residual de imputabilidade, quanto para a perigosidade do agente<sup>33</sup>.

Já ao determinar a diminuição da pena entre um e dois terços, “o juiz não pode perder de vista que, embora de forma não integral, a inteligência e o mecanismo volitivo do agente funcionam”, razão da redução dever “variar em função da gravidade do fato criminoso praticado e da capacidade de delinquir demonstrada pelo agente”<sup>34</sup>.

Registro, por fim, que a imposição da medida de segurança pressupõe, além da perigosidade, tenha o agente praticado um ato típico punível, não se aplicando quando não há provas que confirmem a imputação, se o fato não constitui ilícito penal, e se foi praticado ao abrigo de uma excludente de antijuridicidade<sup>35</sup>. Em decorrência, não basta ao juiz estribar-se na prova da doença mental ou da perturbação da saúde mental para absolver o réu, em razão da inimputabilidade, impondo-lhe, a seguir, a correspondente medida de segurança, pois sentença dessa ordem será nula por ausência de fundamentação (art. 381, III, c/c o art. 564, IV, do CPP<sup>36</sup>).

### Notas e Referências Bibliográficas

1. Francesco Ferrara, *Tratado di Diritto Civile Italiano*, 1921, vol. I p. 5; Hermes Lima, *Introdução à Ciência do Direito*, 4ª ed., p. 97 – *apud* José Frederico Marques, *Tratado de Direito Penal*, v. 1, p.1 nota de rodapé 3, Saraiva, 2ª ed., 1964.
2. Moacir Amaral Santos, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, Saraiva, 1ª v., 15ªed.,1992 p. 7.
3. Aníbal Bruno, *Direito Penal*, Parte Geral, Tomo I, notas de rodapé 15 e 16, Forense, 3ª ed., 1967, pp. 192/195.
4. Aníbal Bruno, *ob. cit.*, Tomo I, p. 328.
5. Aníbal Bruno, *ob.cit.*, Tomo II, p. 44; Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal, A Nova Parte Geral*, Forense, 11ª ed., 1987, pp. 202/203; Júlio Fabbrini Mirabet, *Manual de Direito Penal*, vol. 1, Ed. Atlas, 6ª ed., p. 189; Paulo José da Costa Jr., *Comentários ao Código Penal*, vol. 1, Parte Geral, Saraiva, 2ª ed., 1987, p. 170.
6. Júlio Fabbrini Mirabete, *ob. cit.*, v. 1, Atlas, 6ª ed., pp.201 e 203; José Frederico Marques, *ob. cit.*, v.2, pp. 167/168, onde se invoca o inciso magistério de Néelson Hungria: “O fundo patológico ou deficitário da anormalidade mental é uma preliminar indeclinável. A mais pronunciada decadência do senso moral ou o mais acentuado relaxamento da auto-inibição na esfera dos instintos, se não se ligam a qualquer das causas biológicas que a lei entendeu de mencionar expressa e taxativamente, serão irrelevantes quanto à responsabilidade, e se não se apresentam como “constitucionais” ou inerentes a uma “personalidade psicopática”, longe de autorizarem a especial atenuação de pena a que se refere o parágrafo único do art. 22 (atual 26), devem mesmo ser fundamento a um maior rigor de punição”.
7. Paulo José da Costa Jr., *ob. e v. cit.*, p. 215; Damásio E. de Jesus, *Comentários ao Código Penal*, v. 1, Saraiva, 1985, p. 493; Frederico Marques, *ob. cit.*, v. 2, p. 164; Júlio Fabbrini Mirabete, *ob. e v. cits.*, p. 206.
8. Damásio E. de Jesus, *ob. e v. cits.*, p. 493.
9. Julio Fabbrini Mirabete, *ob. e v. cits.*, pp. 207/208; Damásio E. de Jesus, *ob. e v. cits.*, pp. 493/493; Paulo José da Costa Jr., *ob. e v. cits.*, p. 218.
10. Aníbal Bruno, *ob. cit.*, Tomo II, p. 162.

11. Aníbal Bruno, ob. cit., Tomo II, p. 158; Frederico Marques, ob. cit., v. 2, pp. 187/188; Heleno Cláudio Fragoso, ob. cit., Forense, 11ªed., 1987, p. 210.
12. Aníbal Bruno, ob. cit., Tomo II, p. 151.
13. *Princípios Básicos de Direito Penal*, Saraiva, 5ª ed., 1994, pp. 315/316; Aníbal Bruno, ob. cit., Tomo II, pp. 133//134, nota de rodapé n. 4.
14. Hilário Veiga de Carvalho e outros, *Lições de Medicina Legal*, Saraiva, 3ª ed., 1965, p. 24.
15. José Frederico Marques, *Tratado de Direito Penal*, vol. II/176, 1965.
16. *apud* Alberto Silva Franco e outros, *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, Ed. RT, nº 2.01, 5ª ed., 1995, p. 303.
17. *idem*, p. 308, n. 2.02, b6, com indicação de precedentes do Superior Tribunal de Justiça.
18. Hilário Veiga de Carvalho e outros, ob. cit., Saraiva, 3ª ed., 1965, p. 22; Damásio E. de Jesus, ob. cit., v. 1, pp. 485/486.
19. Aníbal Bruno, ob. cit., Tomo II.
20. Damásio E. de Jesus, ob. cit., v. II, p. 489.
21. *apud* Alberto Silva Franco e outros, ob. cit., n. 5.05, pp. 311/312.
22. Júlio Fabbrini Mirabete, ob. e vol. cit., p. 203; Francisco de Assis Toledo, ob. cit., pp. 318/319.
23. Julgados do TACRIM 43/376; Espínola Filho, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, v. 2, pp. 423, n. 336, e 425, n. 338, Borsoi, 1965; Magalhães Noronha, *Curso de Direito Processual Penal*, ns. 49 e 50, Saraiva, 2ª ed., 1966, pp. 112/113; Hélio Tornaghi, *Curso de Processo Penal*, v. 1 Saraiva, 4ª ed., 1987, p. 252.
24. Cf., além dos precedentes colacionados por Damásio E. de Jesus, *in Código de Processo Penal Anotado*, nota ao art. 381, Saraiva, 5ª ed., 1986, p.211; RJDTACRIM 20/157, 19/165, 19/166, 16/159, 15/162, 15/167, 5/223; Julgados do TACRIM 96/263, 78/353, 69/349; RT 594/365; RJTJSP 109/402-404, 141/434; Apelações 769/819-7-Garça, 859.809-5-SP, 870.741-8 e 898.805-5-Pres.Prudente/Pirapozinho, 962.873-3-Itap. da Serra/Tab. da Serra, 979.103-6-Sta. Bárbara D'Oeste, 7ª Câmara, v.u.
25. José Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, v. 1, p. 186 e v. 2, p. 404, Forense, 2ª ed., 1965; Hélio Tornaghi, ob. e v. cits., p. 99.
26. Celso Delmanto, *Código Penal Comentado*, Freitas Bastos, 1986, p. 147.
27. Damásio E. de Jesus ob. cit., 2º v., p. 767.
28. RT 637/294; Aníbal Bruno, ob. cit., Tomo II, pp. 140/142, nota de rodapé n. 10.
29. Heleno Cláudio Fragoso, ob. e v. cits., p. 410.
30. Damásio E. de Jesus, *Código de Processo Penal Anotado*, nota ao artigo 152, Saraiva, 5ª ed., 1986, p. 117.
31. Espínola Filho, ob. cit., v. 2, pp. 431/432.

32. Miguel Reale Jr. e outros, *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*, Forense, 2ª ed., 1987, p. 119.
33. *idem*, p. 291.
34. Alberto Silva Franco e outros, *ob. cit.*, n. 6.00, p. 3134.
35. Miguel Reale Jr. e outros, *ob. cit.*, pp. 287/288; Júlio Fabbrini Mirabete, *ob. e v. cit.*, pp. 340/341.
36. Alberto Silva Franco e outros, *ob. cit.*, n. 11.04, p. 322.

### Direito Comercial

#### A Petição Inicial do Requerimento de Falência ante a Súmula 29

Manoel Justino Bezerra Filho  
**Juiz da 2ª Vara de Barueri**

“No pagamento em juízo para elidir falência, são devidos correção monetária, juros e honorários de advogado”, diz a Súmula 29 do Superior Tribunal de Justiça, publicada no *Diário Oficial da Justiça* de 18.10.91, p. 14.591, Segunda Seção, em 9.10.91. Como referência da Súmula, as indicações trazidas mencionam o art. 20 do CPC, a Lei 6.899, de 8.4.81, e os REsp. 630-RJ (3ª T. 31. 10.89 – DJ 4.12.89); REsp 1689-RJ (4ª T 12.12.89 – DJ 5.3.90; REsp 2091 – MG (4ª T 10.40.90 – DJ 14.5.90); REsp 6402-SP (2 S 24.4.91 – DJ 24.06.91) e Resp 6989 –SP (3ª T 12.3.91 – DJ 8.4.91).”

O art. 20 do CPC, na parte que interessa, diz que “a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios”. A Lei 6.899, de 8.4.81, em seu art. 1º diz que “a correção monetária incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive sobre custas e honorários advocatícios”. A transcrição é feita de forma talvez até desnecessária, no intuito porém de facilitar o acompanhamento da explanação, sem necessidade e consultas paralelas. Estas são as leis que serviram de referência para a edição da Súmula 29; os julgados que também serviram de referência serão examinados e transcritos em tópico próprio.

Na prática do dia-a-dia como juiz, examinando constantemente petições iniciais de falência, é possível verificar que parece não existir interpretação pacífica relativamente a tal Súmula. Entendem alguns – e com espreque em cuidadosos e fundamentados acórdãos, prolatados após a edição da Súmula que o depósito elisivo tem que necessariamente incluir o valor relativo à correção, juros e honorários de advogado; outros entendem (entre os quais me alinho) que o depósito do valor simples do título que embasa o pedido de falência é suficiente para elidir a falência, prosseguindo-se, então, em execução nos próprios autos, para a cobrança dos acréscimos referidos na Súmula. O mais curioso é que ambas as correntes, trazem em socorro de seu ponto de vista, exatamente a Súmula 29 referida, cada corrente interpretando-a de forma absolutamente confrontamente.

O que me proponho no presente trabalho é tentar defender o ponto de vista de que o depósito inicial simples, sem juros e sem correção, elide a falência; tal depósito deve ser igual ao valor indicado no título líquido e certo que instrui o pedido de falência. Desta forma, o pedido de falência deve ater-se (na inicial), ao valor nominal do título, acrescido apenas de despesas de protesto,

custas da distribuição e diligências recolhidas ao Oficial de Justiça, uma vez que tais valores são de dispêndio necessário para o próprio ajuizamento do pedido. Os demais valores (correção monetária, juros, honorários e outras despesas) somente podem ser cobrados após a elisão, em normal execução nos próprios autos.

### **A Correção Monetária na Falência**

A Lei 6.899/81, determinando em seu art. 1º “que a correção monetária incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial”, veio a introduzir acesa discussão sobre sua incidência nos processos de falência e concordata em geral. Antes da promulgação de tal lei, a discussão era mitigada, embora grande número de decisões já começasse a determinar correção monetária em sentenças condenatórias relativas a pagamento em dinheiro. De qualquer maneira, havia um entendimento pacificado de que, em falência e concordata, não haveria qualquer possibilidade de correção. Com relação especificadamente à concordata, o assunto pacificou-se, de forma tranqüilizadora e correta, com a edição da Súmula 8 do STJ, segundo a qual “aplica-se a correção monetária aos créditos habilitados em concordata preventiva salvo durante o período compreendido entre as datas de vigência da Lei 7.274, de 10.12.84 e o Dec.- lei 2.283, de 27.2.86 (ou seja, desde há 11 anos) as divergências estão pacificadas.

No entanto, sem embargo de tal pacificação, outro aspecto agora se apresenta conflituoso, no momento do ajuizamento do pedido de falência e na fixação do valor necessário à edição do pedido. Tal conflito novamente mereceu a atenção do STJ que, de forma tranqüilizadora, tem se mantido atento e atualizado, editando súmulas sempre que assuntos de interesse passem a demonstrar a existência de determinado grau de divergência.

Tais súmulas (sem embargo de – felizmente – não vinculantes), têm sido seguidas pela grande maioria, pela quase unanimidade dos juízes, que reconhecem nelas a cristalização, no momento, do melhor entendimento.

No caso da divergência ora sob exame, temos editada a Súmula 29, de 18.10.91.

### **Julgados Recentes**

Para que se verifique a atualidade da divergência, transcrevo a íntegra do julgamento do Agravo 381854/0, da Primeira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, v.u., Relator e Des. Alexandre Germano, com votos vencedores dos Des. Laerte Nordi e Álvaro Lazzarini, julgamento efetuado no dia 4.3.97.

“Agravo contra decisão de fls. 10 que, nos autos de falência ajuizada pela agravante contra ARS Válvulas Industriais Serviços e Comércio Ltda., determinou que a inicial fosse aditada, deixando de incluir no cálculo o valor da correção monetária, podendo incluir, querendo, o valor das custas processuais e das despesas de protesto. Alega a agravante que a decisão está equivocada, devendo ser reformada face a Súmula 29 do STJ, que determina a inclusão da correção monetária, juros legais e honorários advocatícios no valor a ser depositado a título de depósito elisivo. O parecer da Procuradoria Geral da Justiça é pelo provimento, pois o entendimento deste Tribunal (que também é dominante nesta Câmara), é no sentido de que, depositado o principal, fica inviabilizado o decreto de quebra; verbas a que o credor eventualmente faça jus, tais como honorários, juros e correção monetária, não ensejam novo pedido de falência, mas sim execução no antigo pedido, que se transforma em autêntica demanda de cobrança, qualquer que seja o fundamento legal invocado para a quebra (RJTJESP 80/109, 91/339, 96/94 e 118/172). Assim, também, já decidiu esta Câmara: “O depósito, ainda que singelo, do valor do débito, elide o pedido de falência certo que as verbas suplementares, com correção monetária, juros, custas e honorários de advogado, embora devida, haverão de ser cobradas em execução comum, contra devedor solvente, nos mesmos autos de falência. Não se ignore, com isso, o disposto na Súmula 29 do STJ, que apenas diz serem devidas essas verbas, não dispondo ser obrigatório o depósito dos respectivos valores no exíguo prazo da Lei especial, para que se considere elidido o pedido” (Apel.

205839-a, rel. Des. Luís de Macedo; nesse sentido, meus votos 7119, 7224, 7934, 8291 e 9499). Adotado esse entendimento, nega-se provimento ao agravo.”

Anote-se que, neste caso, o procurador de Justiça, Dr. Elio de Souza Ferreira, opinou no sentido de ser o recurso julgado procedente.

Em outro julgado, de 10.10.96, da Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, pelos votos do Relator, Desembargador Cunha Cintra e do Desembargador Olavo Silveira, o entendimento foi:

“Não há como reconhecer elisivo da falência e depósito parcial, apenas do valor nominal do crédito reclamado, sem correção monetária, juros, despesas processuais e honorários advocatícios. A exigência de que seja integral o depósito decorre da própria essência e finalidade de depósito elisivo, que tem escopo, em última análise, descaracterizar o estado de insolvência que enseja a decretação da quebra”. ... “Pelo exposto, dou provimento ao recurso para determinara complementação do depósito elisivo, no prazo de 24 horas, com a correção monetária e juros, mais custas processuais e honorários advocatícios devidos ao patrono da requerente fixados em 10% do total do débito atualizado, sob pena de ser decretada a falência”.

Este julgado, por maioria de votos, teve o voto divergente do Desembargador Fonseca Tavares, que entendeu que:

“Atualmente, com as dificuldades econômicas permanentes, o certo é que inúmeros credores optam pelo caminho mais fácil, menos tortuoso e mais célere dos pedidos de falência, ao invés de virem a propor uma simples execução. Em vista disso, não se pode silenciar quanto à sabedoria da orientação jurisprudencial que, aceitando tais pedidos como regulares, impõe o pagamento a *posteriori* dos juros, da correção monetária e de honorários, já tido, portanto, como elidida a falência”.

Outros inúmeros exemplos poderiam ser trazidos para demonstrar que a Súmula 29, curiosamente, ao invés de pacificar a questão, ao que parece tornou mais acirrada a discussão.

### **A Análise da Súmula 29 e de suas Referências.**

O mais recomendável, no sentido de se buscar o exato sentido da Súmula 29, parece ser o exame dos recursos especiais indicados como referência. O primeiro deles, o REsp 630/RJ, de 4.12.89, tem a seguinte ementa:

Ementa; Recurso Especial. Depósito elisivo da falência. Correção monetária. Incidência da Lei 6.899/81.

O depósito elisivo da falência torna o devedor de insolvente em inadimplemento e, assim, compelido a responder pela sua mora, que vai além dos juros e abrange a correção monetária, que é a própria dívida em sua expressão atualizada. Incidência e aplicação da Lei 6899/81.

Da leitura de tal acórdão, o que se verifica é que o juiz da causa indeferiu a ida dos autos ao contador para cálculo da correção monetária após o requerente pedir o levantamento do valor do depósito elisivo, entendendo que teria havido concordância do requerente com o valor depositado. Em agravo apresentado contra tal indeferimento, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio, prolatou acórdão desprovido-o, por entender que “o depósito elisivo sendo um remédio específico que a Lei proporciona ao comerciante para neutralizar o requerimento de sua falência a ele não se aplica a Lei 6.899/81”. Apresentado recurso especial, o Relator, Ministro Gueiros Leite, entendeu (v.u) que a Lei 6.899/81 tinha plena aplicação em casos de requerimento de falência.

Ou seja, o julgado fixou explicitamente que há correção monetária no requerimento de falência, dando “provimento para reformar a respeitável decisão recorrida e determinar que se façam os cálculos na forma requerida”. Entendeu portanto o V. Acórdão – e menciona isto especificamente no

corpo do acórdão que "...o depósito elisivo impede a instauração da falência e imprime ao procedimento a índole de verdadeira ação de cobrança, não havendo, pois, como dispensar a incidência da correção monetária".

A segunda referência da Súmula 29 é ao REsp 1689-MG, de 5.3.90. Já em sua ementa, há menção ao precedente do Recurso Especial 630. O Ministro Fontes de Alencar, negando provimento ao recurso do devedor, que se insurgia contra a determinação de pagamento de correção monetária, em requerimento de falência, transcreveu em abono a seu entendimento a ementa do RE 108642, nos seguintes termos: "Depósito elisivo da falência. Correção monetária. Obstantivo da própria falência e respondendo a uma verdadeira ação de cobrança, o depósito e respondendo a uma verdadeira ação de cobrança, o depósito elisivo deve ser atualizado nos termos da Lei 8.899/81".

Portanto, a segunda referência da súmula é julgado que deixa explicitado que o depósito simples elide a falência e que, já elidida a falência, ainda assim o feito deve prosseguir para cobrança da correção devida.

Examinemos agora a terceira referência. REsp 2091 – MG que teve origem em requerimento de falência julgado elidido com o depósito do principal reclamado, com extinção do processo. Contra a sentença de extinção foi apresentada apelação, à qual a Terceira Câmara do Tribunal de Justiça de Minas Gerais negou provimento, entendendo que "já foi uniformizada a jurisprudência do TJMG no sentido de que não é devida a correção monetária". Interposto recurso especial, foi a ele dado provimento para reconhecer devida a correção monetária, dizendo que "descaracterizado o processo que não é mais falimentar, é aplicável o Direito comum (art. 1º, § 1º da Lei 6.899/81), pelo que devida a atualização do débito". Portanto, novamente, o STJ afirma que o depósito do valor principal, sem correção monetária, elide o pedido, que deste momento em diante "não é mais falimentar".

A penúltima referência da súmula é o REsp 6402-SP, que já em sua ementa deixa explícito que "o depósito elisivo impede a instauração da falência, por isso que imprime ao procedimento natureza de ação de cobrança e, neste caso, não há como pensar o pagamento de juros, custos e honorários, e bem assim a correção monetária". A clareza da ementa dispensa maiores aprofundamentos.

Finalmente, a quinta referência da súmula é o Resp 6989 – SP, sendo esta a única que poderia deixar alguma dúvida no espírito do estudioso. Diz a ementa: "Pretendendo o comerciante efetuar depósito, tendente a impedir a decretação da falência, este deve compreender a correção monetária do débito". Embora a leitura desavisada da ementa possa levar à conclusão diferente, é necessário lembrar que esta é a quinta referência da súmula e que, todas as referências anteriores, sem exceção, dizem ser elisivo o depósito simples. A leitura do V. Acórdão, dentro do contexto das demais referências, revela que a ementa não veio com a clareza das demais mas que, ainda assim, novamente o entendimento é o anteriormente fixado. Neste caso, em primeiro grau, o juiz julgou elidida a falência com o depósito simples, determinando a requerida complementasse o depósito com a correção. Veja-se que o juiz já julgou elidida a falência. Contra tal decisão houve recurso do devedor, ao qual a Sétima Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento "entendendo cabível a correção monetária desde o vencimento do título", inconformado, o requerido (devedor apelante) apresentou recurso especial, ao qual foi negado provimento, dizendo: "Questiona-se quanto à incidência da correção monetária quando se efetue depósito tendente a elidir pedido de falência. A jurisprudência do STJ firmou-se no mesmo sentido do acórdão recorrido, ou seja, de que é devida a correção".

Portanto (sem embargo de certa dubiedade da ementa desta última referência), parece incontestável que a Súmula 29, examinada à luz das cinco súmulas tomadas como referência, determina que o depósito simples do valor cobrado elide a falência e que, elidida a falência, o requerido deve pagar correção monetária, juros e honorários de advogado.

Aliás, antes da criação do STJ, o STF já havia firmado posição no sentido de o pedido de falência, depois de feito o depósito elisivo, transformar-se em ação de cobrança. No REsp 3764-RJ, o

Ministro Barros Monteiro lembra que o depósito elisivo, conforme já teve oportunidade de assentar a Suprema Corte, impede a declaração da falência e imprime ao procedimento a índole de verdadeira ação de cobrança (Recurso Extraordinário 108493, Relator o Ministro Octávio Gallotti). No mesmo sentido, houve vários pronunciamentos da Excelsa Corte: RTJ 105/863; 118/374; 119/830; 124/321.

Embora, felizmente, não haja vinculação à súmula, o que se extrai é que não se pode tomar como fundamento a súmula para defender entendimento que contrarie a afirmação de que o depósito simples do valor do débito elide a falência. Ou seja: a Súmula 29 afirma que o depósito simples do valor do débito elide a falência, sendo devidos após e só após a correção, juros e honorários.

### **Pedido de Falência não é Medo de Cobrança**

A correção monetária é a reposição do valor da moeda, ante sua desvalorização pelo decurso do tempo. Os juros são a remuneração pelo tempo durante o qual o capital permaneceu indisponível. Não se discute sobre a aplicabilidade da correção monetária e dos juros em qualquer ação de cobrança posta em juízo, em qualquer pagamento que deva ser feito por uma parte à outra.

No entanto, e esta é a especificidade que torna o requerimento de falência diferente da ação para recebimento de qualquer valor, pedido de falência não se presta a substituir ação de cobrança, não é ação de cobrança.

O requerimento de falência é uma forma de processo colocado à disposição do credor – ou do próprio devedor comerciante insolvente, para que seja possível afastar do meio comercial aquele que não tem mais condições de solvabilidade e cuja permanência no meio mercantil será causa certa de prejuízos aos demais. No dizer de Amador Paes de Almeida (*Curso de Falência e Concordata*, Saraiva, 14ª ed., p. 109), “a falência não é, como acentua a melhor doutrina e remansosa jurisprudência, meio regular de cobrança, mas um processo de execução coletiva contra devedor comerciante insolvente. A propositura da ação falimentar provoca, nos meios comerciais e bancários, verdadeiro rebuliço, com graves conseqüências para o devedor, ressaltando-se pela sua importância, a imediata restrição ao crédito, com o corte pelos estabelecimentos bancários, de financiamentos, descontos duplicatas etc.”

J.X. Carvalho de Mendonça leciona que “não é a falência o meio normal de obter o cumprimento exato da obrigação... mas o remédio extraordinário que institui o concurso dos credores...” (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. VII, 12). Na 16ª ed. de seu *Curso de Direito Falimentar*, Rubens Requião anota (fls. 30), que “a falência, embora uma execução extraordinária e coletiva, constitui um meio de obter a cobrança de seu crédito”, dizendo, porém, que anota a divergência apenas por uma preocupação de natureza informativa (fls. 28).

Com efeito, para que o requerimento de falência seja justificado, deve o credor dispor-se a provar tal estado, não bastando ter um título líquido, certo, exigível e protestado. Verberando a mau hábito de utilizar-se o credor da falência como meio de cobrança, o Ministro Bueno de Souza, Relator do REsp 365-RJ, julgado em 17.10.89, já deixava fixado que “...para que o credor se utilize do pedido de falência pelo sistema da Lei brasileira, parece não ser suficiente o fato de possuir um crédito, não basta nem mesmo o fato de ter título protestado. É preciso que se disponha a demonstrar a insolvência do devedor estabelecido como comerciante. O emprego indiferente de uma ou outra via, se encorajado pela jurisprudência, cria, para o trato comercial, uma situação de fraqueza para o devedor. O devedor não é nenhum autor de ilícito, pois o débito é experiência normal da vida mercantil. Logo, como pode ser citado com prazo curtíssimo para elidir o crédito alegado pelo credor, sob pena de não o fazendo ou deixando de apresentar defesa compatível, ter a falência decretada? Isto é, o credor, ao seu talante, utiliza de um método mais favorável e expedito que, no entanto, dificultava e agrava a situação do devedor”.

Tanto não se trata de ação de cobrança, que é meio processual colocado à disposição do próprio comerciante insolvente, sendo absurdo pretender-se admitir que alguém pudesse mover ação de cobrança contra si próprio. Diz o art. 8º da Lei de Falências que “o comerciante que, sem

relevante razão de direito, não pagar no vencimento obrigação líquida, deve, dentro de (30) trinta dias, requerer ao juiz a declaração da falência”.

Relativamente a este ponto, acentuando as diferenças entre ação de cobrança e requerimento de falência, J.C. Sampaio de Lacerda (*Manual de Direito Falimentar*, 13ª ed., p.30), diz que “além disso, na falência, o próprio devedor poderá ou deverá provocar a declaração judicial de sua falência (auto-falência), o que não se verifica na execução individual ou ordinária, que só resulta da ação de um credor”.

E, não sendo ação de cobrança, as regras atinentes à correção monetária, juros e demais consectários, devem ser aplicadas no requerimento de falência, diferentemente de como são aplicadas em ação de cobrança.

No REp. 1712-RJ, o Relator Ministro Sálvio de Figueiredo, firmou o entendimento de que “a opção pela via falimentar como meio de cobrança, em detrimento da via executiva, constituir, inúmeras vezes, abuso de direito, a merecer redobrada atenção do julgador, que não a deve prestigiar ou estimular”.

Por outro lado, por certo seria iníquo permitir que um comerciante que não fosse falido tivesse o privilégio de quitar qualquer dívida sua, sem qualquer acréscimo de juros e correção. Trata-se de discussão já superada a falência, se houver fundos suficientes, deverão ser pagos juros e correção. O art 125 da Lei de Falências determina que “os credores receberão imediatamente a importância dos seus créditos, até onde chegar o produto dos bens que asseguram o seu pagamento”; o § 2º, do mesmo art. 125, faz menção ao pagamento do “capital e juros”; o art. 129 diz que “se a massa comportar o pagamento do principal e dos juros, será restituída ao falido a sobra que houver”. Portanto, havendo bens suficientes, os juros e o capital (capital deve ser entendido como débito original atualizado monetariamente) devem ser pagos integralmente. Evidentemente, se o falido deve pagar a integralidade do débito (principal corrigido mais juros), com muito maior razão aquele que deposita e impede a falência deve pagar também a integralidade, até por um princípio de isonomia.

Ademais se assim não fosse, configurar-se-ia situação em que surgiria um verdadeiro estímulo ao mau pagador, para só quitar seus débitos após ajuizado o requerimento de falência, safando-se assim de qualquer acréscimo, o que seria absurdo, certamente não desejado pelo legislador.

Exatamente para atender tal situação, sabidamente, surgiu a Súmula 29 do E. STJ, Tribunal aliás que vem tendo o reconhecimento de todos que militam na área do Direito, pela praticidade e objetividade de suas decisões, com passos céleres no sentido de desinformalização do processo, em benefício do bem da vida subjacente ao processo.

## **Conclusão**

Concluindo, o correto entendimento da Súmula 29 é no sentido de que, em requerimento de falência, deve o juiz condenar o requerido em correção monetária, juros e honorários advocatícios.

Tal condenação deverá ser fixada na sentença que julga elidida a falência, ante o depósito do valor simples do título que instrui a inicial, acrescentando-se a este depósito inicial apenas despesas de protesto, despesas de distribuição e despesas de diligências do Oficial de Justiça, por se tratar de dispêndio necessário ao próprio ajuizamento do pedido.

Reconhecida a elisão do pedido, o valor depositado será levantado em favor do requerente, prosseguindo-se, nos próprios autos, para execução dos acréscimos fixados na sentença.

## **Notas e Referências Bibliográficas**

1. **CARVALHO DE MENDONÇA, J.X.** *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. VII.

2. **PAES DE ALMEIDA**, Amador. *Curso de Falência e Concordata*, Saraiva 14<sup>a</sup> ed.
3. **REQUIÃO**, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*, Saraiva, 16<sup>a</sup> ed.
4. **SAMPAIO DE LACERDA**, J.C. *Manual de Direito Falimentar*, Freitas Bastos, 13<sup>a</sup> ed. Súmulas e Acórdãos mencionados no texto.

## Direito Ambiental

### Sanções Administrativas Ambientais

Álvaro Lazzarini  
**Desembargador do Tribunal de Justiça  
do Estado de São Paulo**

Há aspectos de Direito Administrativo que causam polêmicas sérias quanto à competência para o exercício do Poder de Polícia Ambiental, nos quatro modos de atuação a que se refere Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>1</sup>, ou seja, a quem cabe a ordem de polícia, a quem cabe o consentimento de polícia, aliás, conforme tive oportunidade de examinar em monografias que cuidam de “A proteção do Meio Ambiente pela Polícia Militar”<sup>2</sup>, que diz respeito ao Direito Ecológico, e do Direito Administrativo e Prevenção de Incêndio<sup>3</sup>, bem como em “O Corpo de Bombeiros e o Poder de Polícia”<sup>4</sup>, esses dois últimos direcionados ao Direito Urbanístico, embora o incêndio em uma floresta ou, então, em uma mata seja uma catástrofe ecológica e sua prevenção seja Poder de Polícia Ambiental.

Ao certo, o implemento de medidas legais pelo Poder Público para a proteção ambiental do homem só se torna possível administrativa, civil e penalmente, pelo regular exercício do Poder de Polícia, quer na preservação, quer na conservação do meio ambiente, aquela não admitindo o uso, com ausência de ação antrópica, esta, a conservação, admitindo o uso, com o manejo auto-sustentado<sup>5</sup>.

### **Polícia Administrativa Ambiental e Polícia Judiciária Ambiental**

Há, no “Poder de Polícia”, uma dicotomia que interessa à preservação e à conservação do meio ambiente. Esse poder administrativo, com efeito, se concretiza em duas atividades, ou seja, a de polícia administrativa e a de polícia judiciária, ambas presentes na temática do Direito Ambiental. A dicotomia, no entanto, tem gerado confusão não só no espírito dos leigos, como também no do legislador, bem como disputas entre entes estatais, autárquicos fundacionais e paraestatais e, ainda, entre órgãos policiais, que não se acomodam nos limites de suas competências institucionais e, assim, nos limites do Poder de Polícia, tudo em prejuízo do administrado que, quase sempre, acaba por sucumbir aos abusos de autoridade, por excesso de poder ou desvio de poder, como é comum na Administração Pública em geral, inclusive, no manejo do Direito Ambiental.

O “Poder de Polícia” é um “poder administrativo”, porque conceitualmente, ele, que legitima o poder da polícia e a própria razão dela existir, é um conjunto de atribuições da Administração Pública, como poder público e indelegáveis aos entes particulares, embora possa estar ligados àquela, tendentes ao controle dos direitos e liberdades das pessoas, naturais ou jurídicas, a ser inspirado nos ideais do bem comum, e incidentes não só sobre elas, como também em seus bens e atividades.

Daí por que a polícia administrativa e a polícia judiciária são exteriorizações de atividade tipicamente administrativa, malgrado a última polícia ser qualificada de judiciária.

A polícia administrativa propriamente dita é preventiva, regida pelas normas e princípios de Direito Administrativo, enquanto que a polícia judiciária é repressiva, exercendo atividades administrativas de auxiliar da repressão criminal. A polícia judiciária, necessário é insistir não integra o Poder Judiciário, nem como órgão administrativo. Este Poder da Soberania Nacional, num “Estado Democrático de Direito”, detém o monopólio da jurisdição e, bem por isso, ele é que procede a repressão criminal, sendo auxiliado pelo órgão do Poder Executivo que, administrativamente, exerce a atividade de polícia judiciária e que, assim, deve observar as normas e princípios do Direito Processual Penal.

Em tema de meio ambiente, por exemplo, os órgãos licenciadores como possam ser o Instituto Brasileiro do meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis e, ainda, os da Secretária de Estado e Meio Ambiente, exercem típica atividade de polícia administrativa, dando o consentimento de polícia ou negando-o, fazendo, inclusive a fiscalização de polícia, dando suas ordens de polícia e, falhando todo o mecanismo, verificada a infração às normas da legislação ambiental de regência, quando aplicam as sanções administrativas de polícia ambiental, nos limites de suas competências.

A repressão administrativa não se confunde com atividade de polícia judiciária, esta voltada a só apuração de ilícitos penais, inclusive, diante do Direito Ambiental e que não se confundem com polícia de segurança, setor da administração voltado à prevenção criminal.

O mesmo órgão, porém, pode ser eclético no exercício do “Poder de Polícia”, e dentro dos limites de sua competência constitucional ou infraconstitucional, porque age preventiva e repressivamente, ou seja, passa, necessária e automaticamente, da atividade policial preventiva para o exercício da atividade policial repressiva, dado que ocorreu o ilícito que não conseguiu evitar. Quando o ilícito for penal, ter-se-ia, então atividade de polícia judiciária consubstanciada na denominada repressão imediata por parte do órgão policial exercente da atividade de polícia preventiva.

Não é, aliás, o rótulo do órgão público que qualifica a atividade de polícia. O que a qualifica em polícia administrativa (preventiva) e polícia judiciária (repressiva) é e sempre, a atividade de polícia em si mesmo desenvolvida.

Isto está a demonstrar que a linha de diferenciação, entre o que seja polícia administrativa (preventiva) e polícia judiciária (repressiva), é bem precisa, porque será sempre a ocorrência ou não de um ilícito penal<sup>6</sup> posição nossa colhida por Maria Zanella Di Pietro<sup>7</sup>.

Esta distinção é importante em termos de “competência administrativa” para os atos previstos na legislação ambiental em vigor, lembrando-se, a propósito, algo que os órgãos envolvidos no Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama esquecem e originam conflitos de atribuições, ou seja, “A primeira condição de legalidade é a competência do agente. Não há em direito administrativo, competência geral e universal: a lei preceitua, em relação a cada função pública, a forma e o momento do exercício das atribuições do cargo. Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito. A competência é, sempre, um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador”<sup>8</sup>.

A importância dessa distinção de polícia administrativa e de polícia judiciária acentua-se, igualmente, em termos de competência jurisdicional, pois, o controle jurisdicional do ato de polícia administrativa é da competência do órgão jurisdicional a que caiba o processo e julgamento de causas da Fazenda Pública, enquanto que ato de polícia judiciária é a do órgão que detenha a competência criminal, tudo como dispuserem as leis de organização judiciária do Estado Federado ou do Distrito Federal, quando caso.

No Estado de São Paulo, por exemplo, sem adentrar na competência da Justiça Federal, atos de polícia administrativa praticados por policiais militares na proteção do meio ambiente são julgados pelos juízes de direito que detenham a competência do cível, nas Comarcas do Interior,

enquanto que na de São Paulo e na que tenha a da Fazenda Pública a competência é das Varas da Fazenda Pública, com recurso para o Tribunal de Justiça do Estado, Primeira Seção Civil.

Aliás, em relação à Polícia Militar do Estado de São Paulo é necessário esclarecer que ela integra o Sistema de Proteção e Desenvolvimento do Meio Ambiente, mediante as suas unidades de policiamento florestal e de mananciais, incumbidas da prevenção e repressão das infrações cometidas contra o meio ambiente, sem prejuízo dos corpos de fiscalização dos demais órgãos especializados, tudo conforme a Constituição do Estado de São Paulo, no seu art. 195, parágrafo único, que interpretei, sistematicamente, no indicado trabalho sobre “A Proteção do Meio Ambiente pela Polícia Militar” (infra nota 2), concluindo, então, que “a Polícia Militar, principalmente pelas suas unidades especializadas, pode fazer a prevenção a repressão das infrações florestais, inclusive o respectivo inquérito, salvo quando o fato ocorrer em terras da União ou tiver repercussão interestadual ou internacional, cabendo então o inquérito, e só ele, à Polícia Federal, que detém exclusividade na função”, enquanto que “a Polícia Civil poderá, concorrentemente com a Polícia Militar e ressalvada a competência da Polícia Florestal, efetuar o inquérito sobre as infrações penais florestais, não lhe cabendo missões preventivas, administrativas, por falta de previsão legal, em nível constitucional e infraconstitucional”.

Todos esses aspectos do Direito Administrativo e que envolvem o Poder de Polícia devem ser considerados por quem o detenha no âmbito do Direito Ambiental, pois, para considerar-se regular o seu exercício, ele há de ser “desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando –se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder”, conforme cuida o art. 78, parágrafo único, da Lei Federal 5.172, de 25.10.1966, conhecida como “Código Tributário Nacional”, pois, dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e instituiu normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios, lembrando a propósito, que o poder administrativo que examino, o Poder de Polícia, ainda hoje é referido uma única vez na Constituição da República, ou seja, em seu art. 145, II, ao tratar dos princípios gerais “Do Sistema Tributário Nacional” e prever “taxas, em razão do exercício do poder de polícia”.

Regular, assim, o ato de polícia administrativa, ele goza de atributos, que são o discricionarismo, a auto-executoriedade e a coercibilidade, próprios do Poder de Polícia.

A discricionariedade é o uso da liberdade legal de valoração da atividade policiada, sendo que esse atributo diz respeito, também, à gradação das sanções administrativas aplicáveis aos infratores. Lembro, porém, que o discricionarismo de que falo, diz respeito a conveniência e oportunidade da prática do ato de polícia diante da atividade policiada, não se confundindo com arbítrio, com arbitrariedade.

O Poder de Polícia há de ser exercido dentro dos limites impostos pela lei, pela realidade e pela razoabilidade, sob pena de resvalar para a arbitrariedade a autoridade que não observe tais limites, com a conseqüência jurídica decorrente do seu abuso de autoridade, por excesso ou desvio de poder.

A auto-executoriedade do ato de polícia administrativa importa em ele produzir todos os seus efeitos de imediato, isto é, ser colocado em execução desde logo, independente de prévia autorização do Poder Judiciário, que só poderá ser chamado a intervir *a posteriori*. Lembro, novamente, que o Poder de Polícia objetiva conter excessos, a atividade anti-social e, em tema do meio ambiente, preservar ou conservar a denominada massa verde (florestas, matas etc.) e a chamada massa cinza (meio urbano), dando proteção o homem contra a degradação ambiental, razão pela qual não ser possível condicionar atos de polícia, inclusive quanto às sanções administrativas, á prévia aprovação de qualquer outro órgão de Poder estranho à Administração Pública.

No que se refere à coercibilidade, lembro que todo ato de polícia é imperativo, isto é, obrigatório ao seu destinatário, que, se resistir, ensejará, até mesmo, o emprego de força física para a remoção do obstáculo oposto ao seu cumprimento.

O ato de polícia, bem por isso, não é facultativo ao administrado, de vez que tem coercibilidade estatal para torná-lo efetivado. Essa coerção, como focalizado, dado o atributo da auto-executoriedade, independe de autorização judicial, porque é a própria Administração Pública que decide e toma as providências cabíveis para a realização do que se decidiu, impessoalmente, inclusive aplicando, dentro da discricionariedade que lhe é inerente às penalidades administrativas que a lei de regência, expressamente indique para infrações administrativas ao Direito Ambiental.

### **Sanções Administrativas Ambientais**

A propósito da sanção de polícia ambiental, tema deste estudo, devo esclarecer que me alinho com o publicista alemão Otto Mayer, separando a pena de polícia do constrangimento de polícia, que se caracteriza no obrigar outrem a fazer ou deixar de fazer o que era de seu desejo, subordinando-o compulsoriamente, de maneira pessoal, imediata e direta, ao interesse público. Por sua vez, a pena de polícia, limitada à esfera administrativa e prevista taxativamente na legislação de regência da atividade policiada, tem sentido de castigo, ainda que por imposição pecuniária, revelando-se como intervenção punitiva do Estado sobre as atividades e as propriedades particulares dos administrados, sendo aplicadas, unilateral e imperativamente aos infratores<sup>9</sup>, por quem tenha competência legal para tanto.

Não se pode esquecer nesta oportunidade que, para o tema em exame, “sanção significa o meio coercitivo disposto pela própria lei, para que se imponha o seu mando, ou a sua ordenança. Assim, sanção e coercibilidade têm significados idênticos, tendentes ambos a assinalar as vantagens ou as penalidades decorrentes do cumprimento ou da falta de cumprimento do mando legal. Em princípio, toda norma legal traz a própria sanção, em virtude do que há sempre uma vantagem, ou uma pena ligada ao seu fiel cumprimento ou à sua transgressão. Por ela é que se torna efetiva a coação, asseguradora do direito, pela qual se convoca a proteção do poder público”<sup>10</sup>.

Sanção administrativa ambiental, portanto, é uma pena administrativa prevista expressamente em lei para ser imposta pela autoridade competente quando violada a norma de regência da situação ambiental policiada.

A sanção administrativa ambiental, assim, há de estar expressamente prevista na lei de regência, aplicando-se, analogicamente, o princípio da reserva legal do Direito Penal, consubstanciado na previsão de que não há pena sem prévia cominação legal, hoje com dignidade constitucional (art. 5º, XXXIX, da CF/88). Não se pode aplicar, em conseqüências, sanção administrativa ambiental que não esteja catalogada na lei anterior à ocorrência do ilícito administrativo de natureza ambiental.

A sanção administrativa ambiental tem duplo objetivo, ou seja, ela tem por fim a correção do infrator, no que representa um verdadeiro castigo para que melhore a sua conduta de respeito às normas legais ambientais, como também um fim de prevenção, no sentido de servir de verdadeiro alerta a todos os outros, e ao próprio infrator, das conseqüências da infração ambiental.

Podemos classificar as sanções administrativas, que concretizam a tutela administrativa ambiental em a) “sanções pecuniárias”, como as multas aplicadas em razão da não observância das normas de proteção ambiental; b) “sanções objetivas”, como as que envolvem bens e/ ou serviços como apreensões, cancelamento do registro, cancelamento de matrícula de pescador profissional, interdição do barco, embargos de iniciativas particulares etc.

A sanção administrativa ambiental, sendo punição, deve ser imposta através do devido procedimento legal. Tal procedimento, de natureza administrativa obrigará a autoridade administrativa ambiental, em linhas gerais, a assegurar ao acusado o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, da CF e, no Estado de São Paulo e seus Municípios, art. 4º, combinado com o art. 144 a sua Constituição).

A acusação será formulada formalmente através de “Auto de Infração Ambiental”, que será motivado com a narração circunstanciada da infração verificada e seu enquadramento na legislação ambiental, de tudo notificado o acusado para que possa produzir, no prazo legal, sua ampla defesa, contraditando a acusação - esta sendo ato administrativo tem o atributo da presunção de veracidade e de legitimidade (princípio da veracidade e da legitimidade dos atos administrativos), só podendo ser infirmada por prova cabal em sentido contrário a ser produzida pelo acusado -, seguindo-se a fase probatória se pertinentemente requerida, sob pena de cerceamento de defesa, e, finalmente, a decisão final que a autoridade ambiental competente entenda de dar à hipótese examinada no procedimento administrativo ambiental, sempre com o recurso previsto em lei e que o caso comporte.

Se aplicada sanção administrativa ambiental, ela, necessariamente, deve vir motivada, lembrando-se que, no Estado de São Paulo, a sua Constituição obriga à motivação de todos os atos da Administração Pública não só da estadual (arts. 4º e 111), como também da de seus municípios, estes por força de seu art. 144.

Deve, também ser salientado que, dado a autonomia das instâncias administrativa, civil e penal, não ocorrerá o *bis in idem* na hipótese de, apesar da ocorrência de apenação civil e criminal, sempre mais demoradas a efetivar-se, ocorrer, também a sanção administrativa ambiental, sempre mais célere. O *bis in idem*, como sabido, é a repetição (*bis*) da punição sobre a mesma conduta faltosa (*in idem*) o que é vedado e torna nulo o ato sancionador repetitivo.

Em razão da aludida autonomia das instâncias, a autoridade ambiental competente não deverá aguardar a solução criminal ou civil, devendo, desde logo, aplicar a sanção administrativa adequada a todo infrator nas normas ambientais, observando-se que, também, dado o atributo da auto-executoriedade do Poder de Polícia, que está exercendo, a sanção independe de autorização do Poder Judiciário para efetivar-se. O Poder Judiciário só deve fazer controle posterior ao ato administrativo punitivo e, mesmo assim, se provocado pelo destinatário do ato.

Podemos, assim, catalogar as sanções administrativas ambientais previstas no nosso ordenamento jurídico ambiental.

Sanções administrativas ambientais são encontradas no Código Florestal (Lei Federal 4.771, de 15.09.1965), com as alterações decorrentes das Leis Federais 7.803, de 18.07.1989, e 7.875, de 13.11.1989. O seu art. 20, parágrafo único, por exemplo, prevê que as empresas industriais serão apenadas com multa equivalente a 10% (dez por cento) do valor comercial da matéria-prima florestal nativa consumida além da produção da qual participe, na hipótese da empresa não cumprir o comando do seu *caput*, ou seja, a manter dentro de um raio em que a exploração e o transporte da matéria-prima florestal sejam julgados econômicos, um serviços organizado, que assegure o plantio de novas áreas, em terras próprias ou pertencentes a terceiros, cuja produção, sob a exploração racional, seja equivalente ao consumido para o seu estabelecimento.

A apreensão dos produtos e dos instrumentos utilizados na prática de infrações penais, determinadas no art. 35 do Código Florestal, por ser da responsabilidade das autoridades administrativas a que alude o seu art. 33, embora destinadas à prova criminal, não deixa de ter, também, conotação de sanção administrativa.

A Lei de Proteção à Fauna, Lei Federal 5.197, de 3.01.1967, em linhas gerais não apresenta sanções administrativas, salvo a do cancelamento do registro de que trata o seu art. 16, instituído para as pessoas físicas ou jurídicas que negociem com animais silvestres e seus produtos, incidindo a sanção, de ordem administrativa, na hipótese da pessoa registrada não apresentar a declaração de estoques e valores, sempre que exigida pela autoridade competente (art. 17, *caput* e parágrafo único). A apreensão dos produtos de caça e /ou pesca, bem como dos instrumentos utilizados em infrações penais, inclusive a sua destinação, em se tratando de produtos perecíveis, com doação a instituições científicas, penais, hospitais e /ou casas de caridade mais próximas, sendo da responsabilidade de autoridades administrativas competentes, novamente comparece na legislação de regência como nítida sanção administrativa de polícia ambiental.

O Código de Pesca, Dec.- Lei Federal 221, de 28.02.1967, é o que melhor cuida das sanções administrativas. Ao tratar das embarcações pesqueiras, no seu art. 6º, *caput* e parágrafo único, dispõe que toda embarcação, nacional ou estrangeira, que se dedique à pesca comercial, além do cumprimento das exigências das autoridades marítimas, deverá estar inscrita e autorizada pelo órgão público federal competente, sob pena administrativa de interdição do barco até a satisfação das exigências impostas pelas autoridades competentes.

O seu art. 9º, *caput* e parágrafo único, exige que as embarcações estrangeiras, para realizar atividades pesqueiras nas águas brasileiras de que trata o art. 4º, deverão estar autorizadas por ato administrativo do Ministro de Estado dos Negócios da Agricultura, podendo o Poder Público, além de responsabilizar criminalmente o comandante, determinar administrativamente a interdição da embarcação, seu equipamento e carga.

Interdição do funcionamento do estabelecimento respectivo sem prejuízo da multa respectiva, igualmente, são sanções administrativas previstas no art. 19, parágrafo único, do Código de Pesca. A hipótese é de infração ao determinado no *caput* do referido artigo, que exige que se obtenha prévia autorização do órgão público federal competente para exercer suas atividades no território nacional ou nas águas abrangidas pelo referido Código de Pesca, devendo estar devidamente inscrita e cumprir as obrigações de informações e demais exigências que forem estabelecidas.

O seu art. 25 autoriza aplicar sanções administrativas ao armador que deixar de oferecer seguro contra acidentes de trabalho aos tripulantes das embarcações pesqueiras, bem com deixar de filiá-los a instituições de Previdência Social.

Cancelamento de matrícula de pescador profissional, como sanção administrativa, é encontrada no art. 26, parágrafo único, quando for comprovado que o pescador não faça da pesca sua profissão habitual ou quando infringir as disposições do referido Código de Pesca e seus regulamentos, no exercício da pesca.

O Código de Pesca, ao contrário dos anteriores examinados, tem a peculiaridade de dedicar todo um Capítulo, o VII, às multas, como sanção administrativa, prevendo, no seu art. 65, que todas as informações previstas no Código, sem prejuízo da ação penal correspondente, sujeita os infratores ao pagamento de multa na mesma base das estabelecidas no Capítulo anterior, o VI, arts. 55 a 64.

Essas multas serão impostas por despacho da autoridade competente em processo administrativo (art. 66), cujo rito está previsto nos arts. 67 a 69, havendo, também, a previsão da inscrição da multa não paga nos prazos para cobrança em execução fiscal (art. 70), bem como a destinação do arrecadado como “Recurso da Pesca” (art. 72).

A Lei Federal 7.679, de 23.11.1988, que dispõe sobre proibição da pesca de espécies em período de reprodução e dá outras providências, nos arts. 4º e 5º, igualmente, prevê sanção administrativa de multa aos pescadores profissionais e aos pescadores amadores, bem como às empresas que exploram a pesca quando violarem suas normas proibitivas.

A criação das Estações Ecológicas e de Áreas de Proteção Ambiental está disciplinada pela Lei 6.902, de 27.04.1981. As Estações Ecológicas serão criadas pela União, Estados e Municípios em terra de seus domínios (art. 2º). O seu art. 7º elenca as proibições a serem observadas nas Estações Ecológicas, sujeitando o infrator à apreensão do material proibido e ao pagamento da indenização pelos danos causados (art. 7º, § 3º), penalidades essas a serem aplicadas pela Administração Estação Ecológica (art. 7º, § 4º).

A Lei Federal 6.902, de 1981, no seu art. 9º, também, precisa que, dentro dos princípios constitucionais que regem o exercício do direito de propriedade, o Poder Executivo deve estabelecer normas limitadoras ou proibitivas relativas a esse direito, competindo ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, ou órgão equivalente no âmbito estadual,

em conjunto ou isoladamente, ou mediante convênio com outras entidades, fiscalizar e supervisionar as Áreas de Proteção Ambiental (art. 9º, § 1º).

No caso de violação às normas de que cuida o referido art. 9º, dispõe o seu § 2º que os infratores estão sujeitos às sanções de “embargo das iniciativas irregulares, à medida cautelar de apreensão do material e das máquinas utilizadas nessas atividades, à obrigação de reposição e reconstituição, tanto quanto possível, da situação anterior e à imposição de multas.”

Todas essas penalidades administrativas serão aplicadas por iniciativa do Instituto Brasileiro dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, ou do órgão estadual correspondente e constituirão, respectivamente, receita da União ou do Estado, quando se tratar de multa, certo que, quanto a esta última sanção administrativa, a de multa, aplicam-se as normas da legislação tributária e do processo administrativo fiscal que disciplinam a imposição e a cobrança das penalidades fiscais (art. 9º, §§ 3º e 4º).

Dispondo sobre a Polícia Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação, além de dar outras providências, a Lei Federal 6.938, de 31.08.1981, no seu art. 14, é expressa em dizer que, sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores às sanções administrativas previstas em seus incisos, isto é, à “de multa simples ou diária (I), à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais (II), à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento (III) e à suspensão de sua atividade (IV).”

O Regulamento da Lei Federal 6.902, de 27.04.1981, que cuida da criação de Estações Ecológicas, Áreas de Proteção Ambiental e dá outras providências, e da Lei Federal 6.938, de 31.08.1981, que dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente e dá outras providências, está consubstanciando no Decreto Federal 99.274, de 6.06.1990, em cujo Título III, encontram-se relacionadas as infrações ambientais e os valores das multas respectivas, definindo o seu art. 33 que “Constitui infração, para os efeitos deste Decreto, toda ação ou omissão que importe na inobservância de preceitos nele estabelecidos ou na desobediência às determinações de caráter normativo dos órgãos ou das autoridades administrativas competentes”.

Os seguintes arts. 34 a 39 cuidam especificamente da imposição das penas de multa, merecendo ser salientado que, quando as informações forem causadas por menores ou incapazes, responderá pela multa quem for juridicamente responsável pelos mesmos (art. 40) e, em qualquer caso, a imposição de penalidades pecuniárias, por infração à legislação ambiental pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, excluirá a exigência de multas federais, na mesma hipótese e incidência (art. 41), com o que se proíbe o denominado *bis in idem*.

Em qualquer das hipóteses de aplicação da pena de multa, ele poderá ter a sua exigibilidade suspensa quando o infrator, por termo de compromisso aprovado pela autoridade ambiental que aplicou a penalidade, se obrigar à adoção de medidas específicas para cessar e corrigir a degradação ambiental, certo que, cumpridas as obrigações assumidas pelo infrator, a multa será reduzida em até noventa por cento (art. 42, *caput* e parágrafo único).

## **Conclusão**

Sanção administrativa ambiental é pena administrativa prevista em lei anterior que trate do meio ambiente e a ser imposta por autoridade pública competente ao violador da norma ambiental preexistente.

Na sanção administrativa ambiental se concretiza o Poder de Polícia Ambiental que, sem ela, ficaria inane, devendo ser aplicada em regular procedimento administrativo ambiental, assegurando-se ao acusado o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, tudo independentemente de solução de processo criminal ou civil que a violação da norma ambiental possa ensejar.

## Notas e Referências Bibliográficas

1. **FIGUEIREDO MOREIRA NETO**, Diogo de. Obra de ed. cits., p. 340.
2. **LAZZARINI**, Alvaro. *Proteção do Meio Ambiente pela Polícia Militar*, *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, a. 29, n. 116, out./dez. 1992, p. 153 – 162
3. **LAZZARINI**, Alvaro. *Direito Administrativo e Prevenção de Incêndio*, *Revista de Direito Administrativo*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, v. 186, out./dez. 1991, p. 114/-132.
4. **LAZZARINI**, Alvaro *et alii.* *O Corpo de Bombeiros e o Poder de Polícia*, Imprensa Oficial do Estado, São Paulo, 1992, p. 13-23.
5. **MELE**, João Leonardo. *Quadro Sinóptico do Direito Ambiental no Brasil*, São Paulo, 1994, trabalho inédito.
6. **LAZZARINI**, Álvaro *et alii.* *Direito Administrativo da Ordem Pública*, ed., cit., p. 37.
7. **DI PIETRO**, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, Ed. Atlas, São Paulo, 1990., p. 90.
8. **TÁCITO**, Caio. *O Abuso do Poder Administrativo no Brasil – Conceito e Remédios*, edição do Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas Rio de Janeiro, 1959, p. 27.
9. **LAZZARINI**, Alvaro. *O Esforço no Contexto do Trânsito*, *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, a. 30, n. 117, jan./mar. 1993, p. 67-88; *idem* revista *Unidade*, editada pela Associação para Pesquisas Policiais (Oficiais PM da Brigada Militar do Rio Grande do Sul), Porto Alegre, 16.
10. **DE PLÁCIDO E SILVA**. *Vocabulário Jurídico* Ed. Forense, Rio de Janeiro, v. VI, 1963, 1ª p. 1.402-3, verbete “Sanção”.

### Direito Internacional, Comunitário e Mercosul

O Protocolo de Brasília,  
o Protocolo de Las Leñas e as  
Relações Interjurisdicionais

Antonio Rulli Junior  
**Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**

Até agora, muitos já o disseram e com maior talento do que eu, temos vivido um processo de integração com dois traços fundantes. O empuxo econômico, porque é o comércio internacional que vem fazendo andar o Mercosul, e a gerência intergovernamental do sistema, pois que tudo gira em torno de funcionários dos governos dos Estados membros, e a utilização do instrumental jurídico vem sendo aquele do Direito Internacional tradicional ou clássico.

É fato que o que se defende significa e acarreta enfrentar numerosos e complexos problemas, tanto jurídicos, quanto mais especialmente políticos, tanto internos como externos. Igualmente o é que o Mercosul tem produzido avanços em velocidade histórica infinitamente maior do que qualquer outra experiência conhecida, do que é exemplo a União Européia, cujos primórdios datam do fim da segunda guerra, portanto, de meados da década de 40, e aí vai meio século entre a Comunidade do

Carvão e a do Aço, e, um pouco menos, do “Tratado de Roma” até o de “Maastricht”, enquanto que aqui entre nós, menos de uma década tem sido suficiente para avanços realmente notáveis.

Tanto é assim, e tanto está sendo vitoriosa e estimulante a experiência ibero-americana de “blocagem regional estratégica”, que o Mercado Comum do Sul tem provocado reações vigorosas de outras nações ricas e de economia central, e, seguindo esta reação se vem desenvolvendo processo de composição e convivência razoável, mesmo que seja curvando-se aquilo que Bismark chamou de “realpolitik” (a lei do mais forte).

Fora esta blocagem regional que vivemos, ocupando este espaço de integração que constituímos, um equívoco de interpretação geopolítica, fadado a perder substância ao longo do tempo, que aconteceu com diversas outras tentativas integracionista entre nós (Alalc, entre inúmeras outras), não haveria esta reação forte do primeiro mundo, logo acima do equador e, também do mesmo primeiro mundo, do outro lado do oceano, a busca pela parceria e cooperação mais intensas e substanciosas.

O nosso desafio maior, a tarefa que a história nos impõe de agora, é a construção e consolidação do Mercosul, o que a nosso ver significa a sua institucionalização, a organização de instituições supranacionais, a elaboração de uma outra órbita jurídica, a comunitária, e, de uma outra a cidadania, a regional, a maior do que a nacional e não conflitante com ela.

Eis aí a oportunidade ímpar de protagonizar nossa própria história; incumbe-nos aceitar e enfrentar o desafio de vivenciar este rico momento, e produzir o legado de que somos depositários, transmitindo aos pósteros o ideal acalentado desde as nossas origens, integrante indissociável de “nuestra latinidad”, que nos unifica como sociedade, como comunidade de “nuestra América”.

Devo começar a examinar alguns conceitos que são especialmente úteis, necessários até, para a compreensão das propostas que ousarei fazer adiante. Início pelo conceito de soberania, que se identifica como a caracterização da natureza do Estado, com a “propriedade do poder sobre o poder”.

Os espaços de integração têm sido idealizados através de bases econômicas, mas é imprescindível que não fiquem fora do social, do jurídico e do político<sup>1</sup>, sendo necessária uma regionalização fundada em marco de maior amplitude do que as nossas próprias fronteiras. Soberania é sinônimo de Estado Nacional e dentro do contexto de integração apresenta suas limitações, necessitando de um direito harmonizar da realidade do Mercosul, ou seja de um Direito Comunitário.

A globalização ou mundialização é caracterizada por processo onde o capital e a tecnologia das grandes empresas transnacionais atuam sem considerar as fronteiras dos Estados Nacionais. O objetivo é evidente na obtenção de maiores lucros em investimentos realizados nos mercados financeiros, o que torna difícil a afirmação do próprio capital ou tecnologia nacionais.

## **Soberania**

O conceito de soberania se identifica como caracterização da natureza do Estado e diz respeito “à propriedade do poder ou o poder sobre o poder”<sup>2</sup>, na feliz expressão do Ministro Milton Cairolli.

É o poder absoluto de mando inconstratável e definido por Bodin (“De la République”, 1576) como um poder que não tem sobre si nenhum outro e esse poder supremo, *summa, potestas*, é o *poder soberano*. Onde houver poder soberano haverá Estado. Bodin, entretanto, considerou o poder em relação à sociedade sob o aspecto da esfera pública e da esfera privada.

A sociedade civil tem nas suas relações econômicas a regra permanente de escapar ao controle do poder do Estado. Estabelece a distinção ente sociedade das pessoas privadas, regulada pelo direito privado, ou seja um direito que se aplica a iguais e à sociedade política, regulada pelo direito público, idéia formadora do Estado Moderno.

Portanto, poder absoluto não significa poder ilimitado, daí porque a soberania jurisdicional no direito constitucional brasileiro se apresenta como soberania interna absoluta de universalidade (CF/88, art. 5º, XXXV), porque a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

A relação entre uma ordem jurídica comunitária e o direito nacional se constitui no aspecto funcional da soberania, daí nascendo o direito comunitário com a cessão ou delegação de parte do poder absoluto da soberania de cada Estado-membro aos órgãos comunitários.

O direito de integração é um direito distinto do direito internacional e do direito interno dos Estados Nacionais que formam a comunidade. O direito comunitário não se opõe ao direito nacional, porque não o derroga expressa ou tacitamente, não havendo hierarquia sobre elas, apenas prevalência da norma comunitária.

## **Estado Nacional e Direito Internacional**

Com a formação dos primeiros Estados Nacionais, na Áustria e em Portugal, foram sendo solucionadas as dúvidas sobre a aplicação de regras locais em relação aos estrangeiros nas disputas comerciais e mercantis. A *lex mercatoria*, fundada nos usos e costumes locais e não escritos, adotada por comerciantes das diversas localidades que acorriam aos grandes mercados, deixou de ser aplicada gradativamente, sofrendo as relações comerciais disciplina jurídica e legal do direito interno de cada país<sup>3</sup>.

Na verdade, o Estado Nacional tinha como preocupação a relação entre Estados e pouca preocupação com a atividade mercantil e comercial entre as pessoas, ou seja, a preocupação era basicamente com o Direito Internacional Público. Outra preocupação era com a aplicação do direito natural e do direito das gentes na relação entre os Estados soberanos, seguindo as teorias do século XVI de Suarez (*Jus naturale*) e Vitória (*Jus gentium*) e como não se tratava de direito escrito, o costume foi a primeira fonte das relações entre Estados e entre estes e o partícula, nacional ou estrangeiro, o que levou Grotius, no século XVII, à idéia da igualdade jurídica dos Estados, em sua obra *De Jure ac Pacis*.

Assim, as leis de cada Estado aplicam-se dentro do seu território e aos súditos, incluindo os estrangeiros, formando-se a idéia do princípio da territorialidade. A lei estrangeira só era aplicada quando permitida pela lei nacional, admitida a *comitas gentium* e a necessidade da justiça pela determinasse.

Mas, a partir do Tratado de Westafália os costumes começaram a ser substituídos, assumindo o Tratado a primazia entre as fontes do direito. No século XIX, o norte-americano Story deu um passo na criação do Direito Internacional Privado ao estabelecer normas para a solução dos conflitos de jurisdições e o reconhecimento do direito dos estrangeiros, em substituição ao *comitas gentium*, como fundamento para a aplicação de leis estrangeiras em território nacional, conforme fora propugnado pelos holandeses Huber e Rodenburg, no século XVII, como noção de “boa justiça” a aplicação de lei estrangeira<sup>4</sup>.

Savigny, jurista alemão, no século XIX, contestou os princípios territorialistas, acompanhando Huber e Story, sustentando as bases de “uma comunidade de direitos dos povos”<sup>5</sup>. Conceito ampliado pelo holandês Jita, no final do século passado, como sendo “a comunidade jurídica dos povos”, noção que prevalece até hoje, estabelecendo as fontes e os métodos do Direito Internacional Privado.

A perspectiva de universalidade do Direito Internacional Privado se torna conseqüência do *jus gentium*, tendo como fontes os Tratados e as Convenções Internacionais. Cada Estado Nacional incorpora em seu ordenamento jurídico interno os princípios do Direito Internacional Privado e as fontes serão a lei, o costume, a doutrina e a jurisprudência dos tribunais internos. Os universalistas entendem a possibilidade da uniformização das normas de Direito Internacional Privado, através dos

Tratados e das Convenções, mas, os particularistas não acreditam na uniformização porque os direitos internos são diversos entre si.

E nossos dias, há um movimento de unificação que não pode ser negado, como exemplo, temos a Lei de Genebra. Outro exemplo é o Tratado de Havana (1928), conhecido como Código Bustamante, inclusive ratificado pelo Brasil, que procura a uniformização de critérios dos Estados Americanos na determinação da lei aplicável<sup>6</sup>. Há, ainda, a tendência de legislação comum entre nós, como nos dá conta o Código Penal Tipo para a América Latina, O Código Tributário Tipo ou o aspecto da integração institucional, em matéria processual, como apregoado na publicação do Código de Processo Civil Modelo para a Ibero-América, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual (Montevideu, 1988), cujo objetivo é a integração para melhorar a imagem da Justiça na América Latina, enormemente deteriorada e para que sirva de maneira mais eficiente à nossa comunidade e permita a imperiosa necessidade de integração. No Congresso de Magistrados do Mercosul, em Santa Catarina, realizado em novembro de 1996, se conclui pela necessidade da criação do Código do Trabalho Tipo para o Mercosul. Estes esforços já justificam a criação entre nós de um Instituto de Direito do Mercosul, Instituto de Direito Europeu, entre outros permitindo estudo comparado, para permitir maior aproximação dos sistemas jurídicos.

O conflito de leis no espaço ou a aplicação de normas jurídicas de outros ordenamentos sobre uma situação jurídica se constitui em objeto do Direito Internacional Privado, aí incluídos o reconhecimento de sentenças estrangeiras, o conflito de jurisdições, a nacionalidade, a condição do estrangeiro e os direitos adquiridos<sup>7</sup>.

No Brasil a Lei de Introdução ao Código Civil (1942) dá tratamento específico ao Direito Internacional Privado e o atual projeto de Lei 4.905/95, que substituirá a Lei de Introdução ao Código Civil, de forma específica, trata das questões conexas, como o reconhecimento de sentenças estrangeiras e dos direitos adquiridos no exterior, como a nacionalidade da pessoa física e a condição jurídica do estrangeiro, por não serem de ordem constitucional ou infraconstitucional<sup>8</sup>.

Os contratos internacionais se firmam sobre acordo de vontades de dois ou mais sujeitos de direito, daí decorrendo direitos e obrigações e que potencialmente estejam submetidos às normas provenientes de mais de um ordenamento estatal. Destinam-se às finalidades econômicas do comércio internacional, tais como a produção e circulação de bens, serviços, capitais e tecnologia no âmbito internacional e que têm como características a multiplicidade de Estados e ordenamentos jurídicos diversos, utilizando-se de tecnologia e de comunicação. Neste cenário torna-se difícil a menção ao capital ou tecnologia nacional, ou mesmo a aplicação imperativa de leis nacionais a negócios internacionais<sup>9</sup>.

O Estado Nacional se valerá do princípio da autonomia da vontade como regra válida para a opção da lei aplicável aos contratos internacionais. São várias as Convenções Internacionais sobre a matéria (o art. 3º da Convenção de Roma sobre Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, de 1980, o art. 7º da Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável à Compra e Venda de Mercadorias de 1986, e o art. 7º da Convenção Inter-americana sobre Direito Aplicável às Obrigações Contratuais, de 1994, celebrada no México e assinada pelo Brasil, também prescrevem que o contrato internacional será regido pelo direito escolhido pelas partes). O art. 9º, da Lei e Introdução ao Código Civil não permite a escolha da lei que regerá o contrato pelas partes, apenas permitindo a escolha do local onde celebrarão o contrato e, conseqüentemente a lei a ser aplicada.

Não há dúvida de que o Estado Nacional frente aos contratos internacionais dever rever seus princípios de solução para a aplicação da lei, com base na autonomia das vontades e, ainda, para o conflito de jurisdições. O processo de integração do Mercosul tem a sua estrutura institucional definida pelo Protocolo de Ouro Preto (17.12.1994), etapa atual de Consolidação da União Aduaneira<sup>10</sup>. O sistema de solução controvérsias foi criado pelo Protocolo de Brasília (17.12.1991) e pode ser acionado por governos ou particulares, pessoas físicas ou jurídicas, contemplando etapas distintas. A primeira é aquela da negociação direta, a segunda é a intervenção do órgão executivo do Mercosul e a terceira é a fase arbitral. A garantia jurídica estaria alicerçada no mecanismo e no caráter obrigatório dos laudos arbitrais inapeláveis emitidos pelos Tribunais *ad hoc* do Protocolo de

Brasília e tantos quantos forem necessários para a solução, caso a caso, dentro das controvérsias surgidas no âmbito do Mercosul.

Acentua José Botafogo Gonçalves que o coração do sistema existente tem sede na negociação entre os interessados, privilegiado que está este ponto no Protocolo de Brasília, inspirado, sugere, na factibilidade derivada da desnecessidade de “prévia instalação de estrutura burocráticas dispendiosas”, entendendo ser o existente um sistema democrático e acessível aos interessados, apontando ainda, e negando que a segurança jurídica necessária seja possível somente através de uma Corte Permanente de Justiça, que “no Mercosul está assente no acesso facilitado ao referido mecanismo e no caráter obrigatório inapelável dos laudos arbitrais emitidos pelos diversos Tribunais *ad hoc* do Protocolo de Brasília, tantos quantos forem necessários para a solução, caso a caso, das controvérsias surgidas no Mercosul”.

Cabe, aqui, refletir que, como já se disse antes, toda a estrutura do Mercosul tem sido concebida como intergovernamental, na verdade, tudo tem girado em torno dos governos dos Estados Partes, donde seu ritmo, sua amplitude têm sido enfocados sob o ângulo governamental, com certa sujeição às injunções e circunstâncias eventuais das políticas internas, especialmente econômicas.

Neste particular devo destacar dois pontos relevantes. O primeiro diz respeito à adoção da técnica de tribunais *ad hoc*, organizados e concretizados “caso a caso” rompendo frontal e violentamente com o princípio do juiz natural que é historicamente imperante no sistema brasileiro, cuja Constituição veda, expressamente, a criação de “tribunais de exceção”. O outro, é a inapelabilidade das decisões, que igualmente rompe com o princípio da recorribilidade, do duplo grau de jurisdição. Convém, ainda, destacar, que estes dois pontos, são complicadores do sistema, muito especialmente no que respeita ao ordenamento jurídico brasileiro.

Tratarei do assunto mais especificamente adiante, mas, posso antecipar, ilustrativamente, que as decisões irrecorríveis, tão defendidas, vêm em direção totalmente oposta às colocações feitas no âmbito interno. Veja-se, quanto se defende, internacionalmente, a adoção de decisões irrecorríveis e de instância única, sem dúvida que se agiliza a solução, mas, convenhamos, se trata de medida de natureza processual, e, entre nós, sempre que se cogita de agilizar a justiça, não se envereda pelas providências processuais, antes ao contrário, se imagina em alterações ilógicas na estrutura.

Tenho presente que o prosseguimento da integração internacional que o Mercosul representa imporá, de maneira progressiva, a adaptação das Constituições dos países membros, de forma a acolher a soberania compartilhada necessária a operar no espaço de integração. Todavia, estas adaptações necessárias não podem significar *ipso facto* ruptura brusca e radical com a tradição jurídica de cada qual deles, e nem ensejar problemas significativos no plano interno, como é o caso da não-institucionalização do Mercosul, e a negação de Corte de Justiça Permanente, que, no caso brasileiro, significa retrocesso da Cidadania, pois ter-se-á, então, brasileiro de duas categorias, ou pelo menos relações jurídicas de duas categorias. No primeiro caso, as relações estritamente internas, solucionadas pelo Direito Interno, em que estarão respeitados os princípios do Juiz Natural e do Duplo Grau de Jurisdição, e, no segundo, aqueles em que a decisão emana de Tribunal *Ad Hoc* e é de instância única. Na verdade há subjacente a violação de outro princípio constitucional brasileiro, nas suas relações com o Direito Internacional, porquanto nossa Constituição estabelece como princípio implícito que se incorporarão ao sistema interno as normas de direito internacional que ampliem direitos e valorizem a pessoa, e, neste caso, temos exatamente o oposto.

### **Protocolo de Las Leñas e o Supremo Tribunal Federal**

Em recente julgado do STF, na Carta Rogatória de 7.899-7, da República da Argentina, em que foi relator o Ministro Presidente, Celso de Melo (*Diário da Justiça*, DOU, 1.8.97, 146, Seção 1, pp. 33528/9), entendeu-se que com o “Protocolo de Las Leñas – unicamente aplicável às relações interjurisdicionais entre os Estados subscritores do Tratado de Assunção e integrantes do Mercosul – tornou-se possível, mediante simples carta rogatória, promover a homologação e execução em

nosso País, de sentenças proferidas pelos órgãos judiciários da Argentina, Paraguai e Uruguai” (pp. 33528).

Ensina o Preclaro Ministro, com base na jurisprudência do Pretório Excelso, que “sempre se entendeu que as cartas rogatórias executórias são insuscetíveis de cumprirem no Brasil (RTJ 72/659-667), por ser princípio fundamental do direito brasileiro sobre rogatórias o de nestas não se pode pleitear medida executória de sentença estrangeira que não haja sido homologada pela Justiça do Brasil (RTJ 93/157)”. E continua, “A Carta Rogatória é a solicitação de autoridade judiciária estrangeira para a autoridade judiciária brasileira, ou vice-versa, tendo por objeto a realização de um ato processual relativo a um pleito. A carta pode ter por escopo a citação, intimação, notificação, inquirição, exames etc. Na tradição do direito brasileiro, inspirada no princípio da cooperação judiciária internacional, sempre se acolheu a Carta Rogatória com a finalidade de citação ou inquirição. Isto já vem do Aviso 1, 1.10.1847, contanto que fosse desprovida de caráter executório. Ora, a jurisprudência desta Corte é pacífica em conceder *exequatur* à Carta Rogatória de intimação, porque ela não requer a prática de qualquer ato de execução (RTJ 103/536). Em regra, as cartas rogatórias encaminhada à Justiça brasileira somente devem ter por objeto a prática de simples ato de informação ou comunicação processual, ausente desse procedimento qualquer conotação de índole executória, cabendo relembrar, por necessário, a plena admissibilidade, em tema de rogatórias passivas, da realização, no Brasil, de medidas científicas em geral (intimação, notificação ou citação), consoante expressamente autorizado pelo magistério jurisprudencial prevalente no âmbito desta Suprema Corte...”, acrescentando que “Torna-se importante salientar, no entanto, que o modelo jurídico brasileiro concernente às cartas rogatórias passivas sofreu, em tema de efetivação de atos de caráter executório sensível modificação introduzida pelo Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, que o Brasil subscreveu, no âmbito do Mercosul, em 27.06.96. Essa convenção internacional, denominada Protocolo de Las Leñas, acha-se formalmente incorporada ao sistema de direito positivo interno do Brasil, eis que, aprovada pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo 55/95), veio a ser promulgada pelo Presidente da República mediante edição do Decreto 2.067, de 12.11.96” e, “Com essa orientação, o Supremo Tribunal Federal deixou claramente assentado que, hoje, no Brasil, aplica-se, ao reconhecimento e execução de sentença estrangeira emanada de qualquer dos Estados integrantes do Mercosul, subscritores do Protocolo de Las Leñas, a disciplina ritual pertinente às cartas rogatórias, razão pela qual cumpre ter presente, no tema, a norma inscrita no art. 19 dessa Convenção Internacional, que assim dispõe: ‘O pedido de reconhecimento e execução de sentenças e de laudos arbitrais por parte das autoridades jurisdicionais, será processado por via de cartas rogatórias e por intermédio da Autoridade Central’” (pp. 33528-9). Conclui o Ministro Celso de Melo “...agora, as sentenças estrangeiras, desde que proferidas por autoridades judiciárias dos demais Estados integrantes do Mercosul, poderão para efeito de sua execução em território nacional, submeter-se a reconhecimento e homologação, mediante procedimento ritual simplificado, fundado na tramitação de simples carta rogatória dirigida à Justiça Brasileira” (p. 33528), citando acórdão da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence (Carta Rogatória 7.618, República Argentina, AgRg).

### **Construção de um Direito Comunitário**

Estou convicto que a manutenção progressiva e a consolidação do processo Mercosul, com a real e fundamental integração entre nossos países precisam incorporar as tecnologias jurídicas da contemporaneidade, dando azo, portanto, a uma ruptura com o passado, um verdadeiro salto adiante.

Isto passa necessariamente pela reconstrução das implicações da idéia de soberania entre os países membros e, na elaboração de uma concepção de Soberania da Integração, pertinente ao espaço de integração, da qual são titulares os cidadãos. A cidadania, portanto, deste espaço de integração, e, conseqüentemente, o exercício dela, significa a necessidade da existência de instituições jurídicas interdependentes, vinculadas não aos países membros diretamente, mas ao espaço integrativo correspondente.

A elaboração compartilhada de um ordenamento Jurídico relativo ao Espaço de Integração, com vigência projetada para ele, e tendo como destinatários os sujeitos agentes no processo integracional e a vida jurídica no âmbito respectivo, precisa ir buscar a sua legitimação política na comunidade integrada, sendo insuficiente que esta advenha dos governos, exercida através deles.

Estamos, pois, claramente, diante da necessidade de abrir discussões para a criação de um Parlamento do Mercosul, com a finalidade de participar significativamente na construção desta ordem jurídica, e, principalmente, servir de foro democrático para as discussões necessárias à consolidação do sistema, com o exercício da cidadania não apenas no âmbito do Estado-nacional, mas, no Regional, no espaço integracional respectivo.

José Botafogo Gonçalves alude: “E, qualquer hipótese porém, o apoio do Brasil a um salto qualitativo de natureza institucional no Mercosul não prescindirá de amplo debate sobre o tema com a sociedade civil brasileira, bem como do necessário respaldo por parte do Congresso Nacional”, e tem razão, porém, vou mais além. Penso que já é hora de os governos dos países membros do Mercosul irem às bases das suas sociedades e abrirem a discussão franca, aberta e clara acerca da necessidade da institucionalização do sistema, da construção de estruturas institucionais destinadas a servir de integração, envolvendo não apenas o conceito vago e gelatinoso de “sociedade civil”, mas, a cidadania, a sociedade, o homem em todas as suas dimensões. É preciso trabalhar sério esta questão.

É possível a adoção da democracia representativa neste processo, como aliás demonstra a experiência mais amadurecida de integração que se conhece, que é a União Européia, e, sem dúvida, este exercício de democracia representativa aponta no sentido de um Parlamento, e mais, atribui a este parlamento papel relevante na construção das normas supranacionais, porquanto nele está depositada a cidadania da região, com independência em relação aos governos dos Estados-nacionais.

E esta cidadania é que, sendo a detentora e titular em última instância da soberania, deve decidir acerca da construção do Direito Comunitário e, de sua aplicação por Corte Supranacional, fazendo assim prevalecer o princípio democrático almejado por todos, e, também os princípios jurídicos reveladores do avanço brasileiro, o da universalidade da jurisdição, o do juiz natural e o duplo grau de jurisdição.

É exatamente este Direito Comunitário, construído com a participação e o compromisso da sociedade civil da região, seus governos e estruturas governamentais e políticas, aplicado por uma Corte de Justiça, também regional e independente que possibilitará a construção e conseqüente manutenção de regras jurídicas claras, estáveis, socialmente aceitas, e com efetividade social compatível com as necessidades.

Exatamente este ordenamento que não esteja sujeito a mudanças bruscas e inesperadas e nem a aplicações díspares, do que são pressupostos necessários, portanto, o Direito Comunitário e a Corte de Justiça, é que a nosso ver darão a necessária, indispensável até, segurança jurídica para que aconteçam, se ampliem e se consolidem os investimentos no Mercosul, tanto dos capitais dos países que o integram, como os de outras blocagens econômicas e de outros países, articulando interesses, proporcionando a competição justa e não-predatória, e o exercício de uma Cidadania vigorosa e útil, enfim, de um sistema que sirva ao ser humano e à sociedade, antes contribuindo para a diminuição dos problemas e dificuldades, do que para mantê-los ou agravá-los.

A institucionalização do Mercosul passa necessariamente pela criação de um Parlamento e de um Tribunal de Justiça Supranacional, que representam a segurança de investimentos na região e o desenvolvimento de uma cidadania capaz de formar um espaço de integração democratizado. Não resta dúvida de que esta maior segurança e melhor economia, assim como o fortalecimento da cidadania nos espaços de integração, ainda que na forma de união aduaneira, estágio atual do Mercosul, com vistas à formação de um mercado comum e uma comunidade, requerem uma integração e institucionalização do direito, quer como imperativo histórico quer como uma

necessidade de sobrevivência de um espaço próprio, como bem o demonstra as relações interjurisdicionais.

O Protocolo de Brasília e o Protocolo de Las Leñas representam o primeiro passo na direção de formação de uma comunidade cujos valores vão além do econômico, abrindo espaço para o social, cultural e jurídico, objetivo maior de uma comunidade de integração.

### **Notas e Referências Bibliográficas**

1. Milton Cairolli, “El papel de la justicia em el Mercosur”, *Revista da Faculdade de Direito das F.M.U.*, Série Internacional, SP, 1996, ano 10, 16 pp. 219 e ss., co-edição Apamagis.
2. Idem, *ibidem*, p. 217.
3. Idem, *ibidem*, p. 221.
4. Jete Jane Fiorati, “As inovações no direito internacional privado brasileiro presentes no projeto de lei de aplicação das normas jurídicas”, *Revista de Estudos Jurídicos*, Unesp, Franca, 1996, ano 1, 1, pp. 119/159
5. Idem, *ibidem*.
6. Idem, *ibidem*
7. Idem, *ibidem*
8. Idem, *ibidem*
9. Idem, *ibidem*
10. Paulo Borba Casella, *Mercosul – Exigências e Perspectivas*, LTr, São Paulo, 1996.

**ALBUQUERQUE MELLO**, Celso D., *Direito constitucional internacional*, Ed. Renovar, RJ, 1994.

**AVALOS**, Bonifácio Rios. “El comunitarismo en el Mercosur”, *in op. cit.* (1)

**BASSO**, Maristela. (Organização). *Mercosul – Seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos dos estados-membros*, Livraria dos Advogados editora, POA, 1995.

**BOTAFOGO GONÇALVES**, José. “Os Tribunais do Mercosul”, *Gazeta Mercantil*, SP, 15.08.1996.

**BRUGADA**, Raúl Sapena. “La Reforma Judicial en el Paraguay”, *in op. cit.*, (1)

**CAIROLLI MARTINEZ**, Milton. “El papel de la Justicia em el Mercosur”, *in op.cit.* (1)

**CASELLA**, Paulo Borba, *Mercosul – exigências e perspectivas*, LTr., SP, 1996.

**CARLUCCI**, Aida Kelmelmajer. “Integración y Jurisdicción”, *in op. cit.*, (1)

**DOUTRIAUX**, Yves e **LEQUESNE**, Christian. *Les institutions de l’union européenne*, Colection Reflexe Europe, Ed. La Documentation Française, 1995.

**FARIA**, Werter R. “Harmonização legislativa no mercosul”, *Estudos da Integração*, 8º v., Associação Brasileira de Estudos da Integração, Subsecretaria de Edições Técnicas, Senado Federal, Brasília, 1995.

\_\_\_. “A necessidade de um Tribunal de Justiça do Mercosul”, *in op. cit.*, (1) FIORATTI, Jete Jane. “As inovações no direito internacional privado brasileiro presentes no projeto de lei aplicação das normas jurídicas”, *Revista de Estudos Jurídicos*, Unesp, Franca, 1996, ano 1, 1, pp. 119/159.

**JIMENEZ**, Marta Lúcia Olivar. “La comprensión del concepto de derecho comunitário para una verdadera integración em el cono sur”, *in op. cit.*, (1)

**JUCÁ**, Francisco Pedro. “Possibilidades de um parlamento latino-americano vinculado ao mercosul”. *in op cit.*,(1)

\_ “Mercosul: Integração, Vicissitudes e Possibilidades”, *in Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, ano 1, v.1. 1996, co-edição Apamagis.

**HUTHCHINSON**, Tomás. ‘Organización Judicial en la Republica Argentina’, *in op. cit.*,(1)

**LOMBARDI**, Eduardo. “La organización del Poder Judicial em Uruguay”, *in op. cit.* (1)

**MONTERRAT FILHO**, José. “Globalização, interesse público e direito internacional”, *in Revista de Estudos Avançados da USP*, v. 9, 25, set/dez 1995.

**MOREIRA**, Cristovam Daiello. “Proyecto razón jurídica”, *in op cit.* (1)

**MOURÃO**, Fernando Albuquerque. (Organizador). *O mercosul a organização européia*, Ed. Universidade de Coimbra, 1994.

**ROQUE**, Mauren Leni de. “Tratado de Assunção e Estrutura do Mercosul”, *in op cit.* (1)

**RULLI JUNIOR**, Antonio. “Universidade da jurisdição”. Tese de Doutorado, inédita, PUC, SP, 1992.

\_ “Estrutura e organização judiciária do poder judiciário do Brasil e universalidade da jurisdição”, *in op cit.*, (1)

**SILVA**, Oberto Luiz. *Direito econômico internacional e direito comunitário*, Ed. Del Rey, BH, 1995.

**TAPIA**, Juan Guzman. “El Organo Jurisdiccional em Chile” e “Ideas para la organización del Organo Jurisdiccional del Mercosur y Sugerencias para el procedimiento a implementarse”, *in op cit* (1).

**VENTURA**, Deisy de Freitas Lima. *A ordem jurídica do mercosul*, Livraria do Advogado editora, POA,1996.

**VIANA SANTOS**, Antonio Carlos. “Tribunal de Justiça Supranacional do Mercosul”, *in Revista Anamatra*, ano 9, 30, fev/mar, Brasília, 1997.

\_ . “Mercosul: Soberania nacional e internacional. Jurisdição nacional e supranacional”, *in Revista da Escola Paulista da Magistratura*, SP, ano 2,2, jan/abr 1997, co-edição Apamagis.

\_ . “Tribunal de Justiça do Mercosul”, *in op. cit.*, p.

\_ . “Mercosul: jurisdição, soberania e jurisdição supranacional”, *in Revista da Faculdade de Direito das F.M.U.*, Série Nacional, SP, ano 10, 17, jul/dez. 1996.

**VIGNALI**. Heber Arbuet. “O atributo da soberania”, Estudos da Integração, 9º v., Associação Brasileira de Estudos da Integração, Subsecretaria de Edições Técnicas, Senado Federal, Brasília, 1996.

## Debate

No próximo ano, estará a Declaração Universal de Direitos Humanos completando seu cinquentenário, no limiar do novo século. Ao longo das cinco últimas décadas testemunhamos o processo histórico de gradual formação, consolidação, expansão e aperfeiçoamento da proteção internacional dos direitos humanos, conformando um “direito de proteção” dotado de especificidade própria. Este processo partiu das premissas de que os direitos humanos são inerentes ao ser humano, e como tais antecedendo a todas as formas de organização política, e de que sua proteção não se esgota na ação do Estado.

Ao longo deste meio século, como resposta às necessidades de proteção, têm-se multiplicado os tratados e instrumentos de direitos humanos, a partir da Declaração Universal de 1948, tida como ponto de partida do processo de generalização da proteção internacional dos direitos humanos. A realização deste I Congresso Brasileiro de Educação em Direitos Humanos e Cidadania (São Paulo, 05-07.05.1997) constitui uma ocasião adequada para procedermos a um balanço, baseado na experiência acumulada nesta área, dos dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos no limiar do novo século.

A primeira Conferência Mundial de Direitos Humanos (Teerã, 1968) representou, de certo modo, a gradual passagem da fase legislativa, de elaboração dos primeiros instrumentos internacionais de direitos humanos (a exemplo dos dois Pactos das Nações Unidas de 1966), à fase de implementação de tais instrumentos. A segunda Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993) procedeu a uma reavaliação global da aplicação de tais instrumentos e das perspectivas para o novo século, abrindo campo ao exame do processo de consolidação e aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos. Decorridos quatro anos desta última Conferência, encontram-se os órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos diante de dilemas e desafios, próprios de nossos dias, que relacionaremos a seguir.

Cabe, de início, ter sempre presente que, nas últimas décadas, graças à atuação daqueles órgãos, inúmeras vítimas têm sido socorridas. Até o início dos anos 90, no plano global (Nações Unidas), por exemplo, mais de 350 mil denúncias revelando um “quadro persistente de violações” de direitos humanos foram enviadas às Nações Unidas (sob o chamado sistema extraconvencional da Resolução 1503 do ECOSOC). Sob o Pacto de Direitos Civis e Políticos e seu (primeiro) Protocolo Facultativo, o Comitê de Direitos Humanos tinha recebido, até abril de 1995, mais de 630 comunicações, e em 73% dos casos examinados conclui que havia ocorrido violações de direitos humanos. O Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial tinha examinado (sob a Convenção do mesmo nome), a seu turno, em suas duas primeiras décadas de operação, 810 relatórios (periódicos e complementares) dos Estados Partes. E o Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), decorridas quatro décadas de operação do sistema, cuida hoje de mais de 17 milhões de refugiados em todo mundo<sup>3</sup>, sem falar no total ainda maior de deslocados internos.

No plano regional, por exemplo, até o início desta década, no continente europeu, a Comissão Européia de Direitos Humanos tinha decidido cerca de 15 mil reclamações individuais sob a Convenção Européia de Direitos Humanos, ao passo que a Corte Européia de Direitos Humanos totalizava 191 casos submetidos a seu exame, com 91 casos pendentes. No continente americano, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos ultrapassava o total de 10 mil comunicações examinadas, enquanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos, hoje com 14 pareceres emitidos, passava a exercer regularmente sua competência contenciosa, contando hoje com onze casos contenciosos pendentes. E, no continente africano, a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos examinava quase 40 reclamações ou comunicações sob a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos<sup>4</sup>, algumas das quais já decididas.

Graças aos esforços dos órgãos internacionais de supervisão nos planos global e regional, logrou-se salvar muitas vidas, reparar muitos dos danos denunciados e comprovados, por fim a práticas administrativas violatórias dos direitos garantidos, alterar medidas legislativas impugnadas, adotar programas educativos e outras medidas positivas por parte dos governos. Não obstante todos estes resultados, estes órgãos de supervisão internacionais defrontam-se hoje com grandes problemas, gerados em parte pelas modificações do cenário internacional, pela própria expansão e sofisticação de seu âmbito de atuação, pelos continuados atentados aos direitos humanos em numerosos países, pelas novas e múltiplas formas de violação dos direitos humanos que deles requerem capacidade de readaptação e maior agilidade, e pela manifesta falta de recursos humanos e materiais para desempenhar com eficácia seu labor.

Os tratados de direitos humanos das Nações Unidas têm, com efeito, constituído a espinha dorsal do sistema universal de proteção dos direitos humanos, devendo ser abordados não de forma isolada ou compartimentalizada, mas relacionados uns aos outros. Decorridos quatro anos desde a realização da II Conferência Mundial de Direitos Humanos, estamos longe de lograr a chamada “ratificação universal” das seis “Convenções centrais” (*core Conventions*) das Nações Unidas (os dois Pactos de Direitos Humanos), as Convenções sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação – Racial e contra a Mulher, a Convenção contra a Tortura, e a Convenção sobre os Direitos da Criança), - “ratificação universal” esta propugnada pela Conferência de Viena para o final de século que já vivemos. Ademais, encontram-se estas Convenções crivadas de reservas, muitas das quais, em nosso entender, manifestamente incompatíveis com seu objeto e propósito. Urge, com efeito, proceder a uma ampla revisão do atual sistema de reservas a tratados multilaterais consagrado nas duas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados (de 1969 e 1986), - sistema este, a nosso modo de ver, inteiramente inadequado aos tratados de direitos humanos.

A despeito da aceitação virtualmente universal da tese da indivisibilidade dos direitos humanos, persiste a disparidade entre os métodos de implementação internacional dos direitos civis e políticos, e dos direitos econômicos, sociais e culturais. Apesar da conclamação da Conferência de Viena, o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e a Convenção sobre a eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, continuam até o presente desprovidos de um sistema de petições ou denúncias internacionais. Os respectivos Projetos de Protocolo, nesse sentido, se encontram virtualmente concluídos, mas ainda aguardam aprovação. Muitos dos direitos consagrados nestes dois tratados de direitos humanos são perfeitamente justificáveis por meio do sistema de petições individuais, e urge que se ponha um fim à referida disparidade de procedimentos.

É inadmissível que continuem a ser negligenciados em nossa parte do mundo, como o têm sido nas últimas décadas, os direitos econômicos, sociais e culturais. O descaso com estes últimos é triste reflexo de sociedades marcadas por gritantes injustiças e disparidades sociais. Não pode haver Estado de Direito em meio a políticas públicas que geram a humilhação do desemprego e o empobrecimento de segmentos cada vez vastos da população, acarretando a denegação da totalidade dos direitos humanos em tantos países. Não faz sentido levar às últimas conseqüências o princípio da não-discriminação em relação aos direitos civis e políticos e tolerar, ao mesmo tempo, a discriminação como “inevitável” em relação aos direitos econômicos e sociais. A pobreza crônica não é uma fatalidade, mas materialização atroz da crueldade humana. Os Estados são responsáveis pela observância da totalidade dos direitos humanos, inclusive os econômicos e sociais. Não há como dissociar o econômico do social, do político e do cultural.

Urge despojar este tema de toda retórica, e passar a tratar os direitos econômicos, sociais e culturais como verdadeiros direitos que são. Só se pode conceber a promoção e proteção dos direitos humanos a partir de uma concepção integral dos mesmos, abrangendo todos em conjunto (os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais). A visão atomizada ou fragmentada dos direitos humanos leva inevitavelmente a distorções, tentando postergar a realização dos direitos econômicos e sociais a um amanhã indefinido. A prevalecer o atual quadro de deterioração das condições de vida da população, a afligir hoje tantos países, poderão ver-se ameaçadas inclusive as

conquistas dos últimos anos no campo dos direitos civis e políticos. Impõe-se, pois, uma concepção necessariamente integral de todos os direitos humanos.

Uma das grandes conquistas da proteção internacional dos direitos humanos, em perspectiva histórica, é sem dúvida o acesso dos indivíduos às instâncias internacionais de proteção e o reconhecimento de sua capacidade processual internacional em casos de violações dos direitos humanos. Urge que se reconheça o acesso direto dos indivíduos àquelas instâncias (sobretudo as judiciais), exemplo do estipulado no Protocolo 9 à Convenção Européia de Direitos Humanos (1990). Concede este último um determinado tipo de *locus standi* aos indivíduos ante a Corte Européia de Direitos Humanos (em casos admissíveis que já foram da elaboração de um relatório por parte da Comissão Européia de Direitos Humanos).

O passo seguinte, a ser dado no século XXI, consistiria na garantia da igualdade processual (*equality of arms/égalité des armes*) entre os indivíduos demandantes e os Estados demandados, na vindicação dos direitos humanos protegidos<sup>5</sup>. Ao insistirmos não só na personalidade jurídica, mas igualmente na personalidade jurídica, mas igualmente na plena capacidade jurídica dos seres humanos no plano internacional, estamos sendo fiéis às origens históricas de nossa disciplina, o direito internacional (*droit des gens*), o que não raro passa despercebido dos adeptos de um positivismo jurídico cego e degenerado.

Dada a multiplicidade dos mecanismos internacionais contemporâneos de proteção dos direitos humanos, a necessidade de uma coordenação mais adequada entre os mesmos tem-se erigido como uma das prioridades dos órgãos de proteção internacional neste final de século. O termo “coordenação” parece vir sendo normalmente empregado de modo um tanto indiferenciado, sem uma definição clara do que precisamente significa; não obstante, pode assumir um sentido diferente em relação a cada um dos métodos de proteção dos direitos humanos em particular. Assim, em relação ao sistema de petições, a “coordenação” pode significar as providências para evitar o conflito de jurisdição, a duplicação de procedimentos e a interpretação conflitiva de dispositivos correspondentes de instrumentos internacionais coexistentes pelos órgãos de supervisão. No tocante ao sistema de relatórios, a “coordenação” pode significar a consolidação de diretrizes uniformes (concernentes à forma e ao conteúdo) e à racionalização e padronização dos relatórios dos Estados Partes sob os tratados de direitos humanos.

E com respeito ao sistema de investigações (determinação dos fatos), pode ela significar o intercâmbio regular de informações e as consultas recíprocas entre os órgãos internacionais em questão<sup>6</sup>. A multiplicidade de instrumentos internacionais no presente domínio faz-se acompanhar de sua unidade básica e determinante de propósito, - a proteção do ser humano.

É inegável que, no presente domínio de proteção, muito se tem avançado nos últimos anos, sobretudo na “jurisdicionalização” os direitos humanos, para a qual têm contribuído de modo especial os sistemas regionais europeus e interamericano de proteção, dotados que são de tribunais permanentes de direitos humanos, - as Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos, respectivamente. No entanto, ainda resta um longo caminho a percorrer. Há que promover a chamada “ratificação universal” dos tratados de direitos humanos – propugnada pelas duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos (Teerã 1968, e Viena, 1993), - contribuindo, assim, a que se assegure que a universalidade dos direitos humanos venha a prevalecer nos planos não só conceitual mas também operacional (a não seletividade).

Para isto, é necessário que tal ratificação universal seja também integral, ou seja, sem reservas e com a aceitação das cláusulas facultativas, tais como nos tratados que as contêm, as que consagram o direito de petição individual, e as que dispõem sobre a jurisdição obrigatória dos órgãos de supervisão internacional. Atualmente, todos os 40 Estados Partes na Convenção Européia de Direitos Humanos, além de aceitarem o direito de petição individual, reconhecem a jurisdição obrigatória da Corte Européia de Direitos Humanos, o que é alentador. Em contrapartida, no tocante à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (em que o direito de petição individual é de aceitação automática pelos Estados Partes), lamentavelmente não mais que 17 dos 25 Estados Partes reconhecem hoje a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria contenciosa.

O século XX, que marcha célere para seu ocaso, deixará uma trágica marca: nunca, como neste século, se verificou tanto progresso na ciência e tecnologia, acompanhado paradoxalmente de tanta destruição e crueldade. Apesar de todos os avanços registrados nas últimas décadas na proteção internacional dos direitos humanos, têm persistido violações graves e maciças destes últimos. Às violações “tradicionais”, em particular de alguns direitos civis e políticos (como as liberdades de pensamento, expressão e informação, e o devido processo legal), que continuam a ocorrer, infelizmente têm se somado graves discriminações (contra membros de minorias e outros grupos vulneráveis, de base étnica, nacional, religiosa e lingüística), além de violações de direitos fundamentais e do direito internacional humanitário.

As próprias formas de violações dos direitos humanos têm se diversificado. O que não dizer, por exemplo, das violações perpetradas por organismos financeiros e detentores do poder econômico, que, mediante decisões tomadas na frieza dos escritórios, condenam milhares de seres humanos ao empobrecimento, se não à pobreza externa e à fonte? O que não dizer das violações perpetradas por grupos clandestinos de extermínio, sem indícios aparentes da presença do Estado? O que não dizer das violações perpetradas pelos detentores do poder das comunicações? O que não dizer das violações ocasionadas pelo próprio progresso científico-tecnológico? O que não dizer das violações perpetradas pelo recrudescimento dos fundamentalismos e ideologias religiosas? Que não dizer das violações decorrentes da corrupção e impunidade?

Cumpra conceber novas formas de proteção do ser humano ante a atual diversificação das fontes de violações de seus direitos. O atual paradigma de proteção (do indivíduo *vis-à-vis* o poder público) corre o risco de tornar-se insuficiente e anacrônico, por não se mostrar equipado para fazer frente a tais violações, - entendendo-se que, mesmo nestes casos, permanece o Estado responsável por omissão, por não tomar medidas positivas de proteção. Tem, assim, sua razão de ser, a preocupação corrente dos órgãos internacionais de proteção, no tocante às violações continuadas de direitos humanos, em desenvolver medidas tanto de prevenção como de segmento, tendentes a cristalizar um sistema de monitoramento contínuo dos direitos humanos em todos os países, consoante os mesmos critérios.

A par da visão integral dos direitos humanos no plano conceitual, os esforços correntes em prol do estabelecimento e consolidação do monitoramento contínuo da situação dos direitos humanos em todo o mundo constituem, em última análise, a resposta, no plano processual, ao reconhecimento obtido na Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, em 1993, da legitimidade da preocupação de toda a comunidade internacional com as violações de direitos humanos em toda parte e a qualquer momento, - sendo este um grande desafio a defrontar o movimento internacional dos direitos humanos no limiar do século XXI<sup>7</sup>. Para enfrentá-lo, os órgãos internacionais de proteção necessitarão contar com consideráveis recursos – humanos e materiais – adicionais: os atuais recursos - no plano global, menos de 1% do orçamento regular das Nações Unidas, - refletem um quase descaso em relação ao trabalho no campo da proteção internacional dos direitos humanos.

Os órgãos internacionais de proteção devem buscar bases e métodos adicionais de ação para fazer frente às novas formas de violações dos direitos humanos. A impunidade, por exemplo, verdadeira chaga que corrói a crença nas instituições públicas, é um obstáculo que ainda não conseguiram transpor. É certo que as Comissões da Verdade, instituídas nos últimos anos em diversos países, com mandatos e resultados de investigações os mais variáveis, constituem uma iniciativa positiva no combate a este mal, - mas ainda persiste uma falta de compreensão do alcance das obrigações internacionais de proteção. Estas últimas vinculam não só os governos (como equivocada e comumente se supõe), mas os Estados (todos os seus poderes, órgãos e agentes); é chegado o tempo de precisar o alcance das obrigações legislativas e judiciais dos Estados Partes em tratados dos direitos humanos, de modo a combater com mais eficácia a impunidade.

Há, ademais, que impulsionar os atuais esforços, no seio das Nações Unidas, tendentes ao estabelecimento de uma jurisdição penal internacional de caráter permanente. Da mesma forma, há que desenvolver a jurisprudência internacional – ainda em seus primórdios – sobre as reparações

devidas às vítimas de violações comprovadas de direitos humanos. O termo “reparações” não é juridicamente sinônimo de “indenizações”: o primeiro é o gênero, o segundo a espécie. No presente domínio de proteção, as reparações abarcam, a par das indenizações devidas às vítimas – à luz do princípio geral do *neminem laeder*, - a *restituto in integrum* (restabelecimento da situação anterior da vítima, sempre que possível), a reabilitação, a satisfação e, significativamente, a garantia da não-repetição dos atos ou omissões violatórios (o dever de prevenção).

Para contribuir a assegurar a proteção do ser humano em todas e qualquer circunstâncias, muito se vem impulsionando, em nossos dias, as convergências entre o direito internacional dos direitos humanos, o direito internacional humanitário e o direito internacional dos refugiados. Tais convergências, motivadas em grande parte pelas próprias necessidades de proteção, têm se manifestado nos planos normativo, hermenêutico e operacional, tendendo a fortalecer o grau da proteção devida à pessoa humana. Face à proliferação dos atuais e violentos conflitos internos em tantas partes do mundo, já não se pode invocar a *vacatio legis* levando à total falta de proteção de tantas vítimas inocentes. A visão compartimentalizada das três grandes vertentes da proteção internacional da pessoa humana encontra-se hoje definitivamente superada; a doutrina e a prática contemporâneas admitem a aplicação simultânea ou concomitante das normas de proteção das referidas três vertentes, em benefício do ser humano, destinatário das mesmas. Passamos da compartimentalização às convergências. Cabe seguir avançando decididamente nesta direção<sup>8</sup>.

Os órgãos de supervisão internacional têm, ao longo dos anos, aprendido a atuar também em distúrbios internos, estados de sítio e situações de emergência em geral. Graças à evolução da melhor doutrina contemporânea, hoje se reconhece que as derrogações e limitações permissíveis aos exercícios dos direitos protegidos, isto é, as previstas nos próprios tratados de direitos humanos, devem cumprir certos requisitos básicos. Podem estes resumir-se nos seguintes: tais derrogações e limitações devem ser previstas em lei (aprovada por um congresso democraticamente eleito), ser restritivamente interpretadas, limitar-se a situações em que sejam absolutamente necessárias (princípio da proporcionalidade às exigências das situações), ser aplicadas no interesse geral da coletividade (*ordre public*, fim legítimo), ser compatíveis com o objeto e propósito dos tratados de direitos humanos, ser notificadas aos demais Estados Partes nestes tratados, ser consistentes com outras obrigações internacionais do Estado em questão, ser aplicadas de modo não-discriminatório e não-arbitrário, ser limitadas no tempo.

Em qualquer hipótese, ficam excetuados os direitos inderrogáveis (como o direito à vida, o direito a não ser submetido à tortura ou escravidão, o direito a não ser incriminado mediante aplicação retroativa das penas), que não admitem qualquer restrição. Do mesmo modo, impõe-se a intangibilidade das garantias judiciais em matéria de direitos humanos (exercitadas consoante os princípios do devido processo legal), mesmo em estados de emergência. O ônus da prova do cumprimento de todos estes requisitos recai naturalmente no Estado que invoca a situação de emergência pública e questão. Em casos não previstos ou regularmente pelos tratados de direitos humanos e de direito humanitário, impõem-se os princípios do direito internacional humanitário, os princípios de humanidade e os imperativos da consciência pública. Aos órgãos de supervisão internacional está reservada a tarefa de verificar e assegurar o fiel cumprimento desses requisitos pelos Estados que invocam estados de sítio ou emergência, mediante, *e.g.*, a obtenção de informações mais detalhadas a respeito e sua mais ampla divulgação (inclusive das providências tomadas), e a designação de relatores especiais ou órgãos subsidiários de investigação dos estados ou medidas de emergência pública prolongados<sup>9</sup>.

As iniciativas no plano internacional não podem se dissociar da adoção e do aperfeiçoamento das medidas nacionais de implementação, porquanto destas últimas – estamos convencidos – depende em grande parte a evolução da própria proteção internacional dos direitos humanos. A responsabilidade primária pela observância dos direitos humanos recai nos Estados, e os próprios tratados de direitos humanos atribuem importantes funções de proteção aos órgãos dos Estados. Ao ratificarem tais tratados, os Estados Partes contraem a obrigação geral de adequar seu ordenamento jurídico interno à normativa internacional de proteção<sup>10</sup>, a par das obrigações específicas relativas a cada um dos direitos protegidos.

No presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno se mostram, assim, em constante interação. É a própria proteção internacional que requer medidas nacionais de implementação dos tratados de direitos humanos, assim como o fortalecimento das instituições nacionais vinculadas à vigência plena dos direitos humanos e do Estado de Direito. De tudo isto se pode depreender a premência da consolidação de obrigações *erga omnes* proteção, consoante uma concepção necessariamente integral dos direitos humanos.

Enfim, ao valor os olhos tanto para trás como para frente, apercebemo-nos de que efetivamente houve, nestas cinco décadas de experiência acumulada na área, um claro progresso, sobretudo na jurisdicionalização da proteção internacional dos direitos humanos, - mas, ainda assim, também nos damos conta de que este progresso não tem sido linear. Tem havido momentos históricos de avanços, mas lamentavelmente também de retrocessos, quando não deveria haver aqui espaço para retrocessos.

Neste final de século, resta, certamente, um longo caminho a percorrer, tarefa para toda a vida. Uma fiel ilustração dos obstáculos que enfrenta a luta em prol da proteção internacional dos direitos humanos reside, a nosso ver, no mito do Sísifo, nas imorredouras reflexões de um dos maiores escritores deste século, Albert Camus. É um trabalho que simplesmente não tem fim. Trata-se, em última análise, de perseverar no ideal da construção de uma cultura universal de observância dos direitos humanos, do qual esperamos nos aproximar ainda mais, no decorrer do século XXI, graças ao labor das gerações vindouras que não hesitarão em abraçar a nossa causa.

#### **Notas e Referências Bibliográficas**

1. Texto de exposição do Autor no I Congresso Brasileiro de Educação em Direitos Humanos e Cidadania, patrocinado pela Rede Brasileira de Educação em Direitos Humanos, e realizado no Salão Nobre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), em 05.05.1997.
2. Ph.D. (Cambridge); Professor Titular da Universidade de Brasília e do Instituto Rio-Branco; Membro dos Conselhos Diretores do Instituto Interamericano de Direitos Humanos (Costa Rica) e do Instituto Internacional de Direitos Humanos (Estrasburgo).
3. Para uma exame destes e outros dados, cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v.I, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1997, capítulo II, pp. 61 e ss.
4. Cf. *ibid.*, pp. 62-63.
5. A.A. Cançado Trindade. *Tratado de Direito Internacional...*, *op. cit. supra* n. (3), pp. 84-85.
6. Para um amplo estudo, cf. A.A. Cançado Trindade, *Co-existence and Coordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)*, 202 "Recueil des Cours de l'Académie de Droit International" – Haia (1987) pp. 13-435.
7. A.A. Cançado Trindade. "A Proteção Internacional dos Direitos Humanos ao Final do Século XX", in *A Proteção Nacional e Internacional dos Direitos Humanos* (Seminário de Brasília de 1994, orgs. Benedito Domingos Mariano e Fermio Fechio Filho), São Paulo, FIDEH/Centro Santos Dias de Direitos Humanos, 1995, pp. 112-115.
8. A.A. Cançado Trindade, Gérard Peytrigner e Jaime Ruiz de Santiago. *As Três Vertentes da Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana*, San José/ Brasília, IIDH/CICV/ACNUR, 1996, pp. 117-121.
9. A.A. Cançado Trindade. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos – Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1991, pp. 16-17.
10. No tocante ao direito brasileiro, cf. A.A. Cançado Trindade (Editor). *A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro* (Seminários de Brasília e Fortaleza de 1993), 2ª. edição, Brasília/San José, IIDH/CICV/ACNUR/CUE/ASDI, 1996, pp. 7-845;

A.A Cançado Trindade (Editor), *A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: Perspectivas Brasileiras*, San José/ Brasília, IDH/Fund. F. Naumann, 1991, pp. 1-357; Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo, Max Limonad, 1996, pp. 11-332; Celso D. de Albuquerque Mello, *Direito Constitucional Internacional*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1994, pp. 165-191.

## Debate

### Porque uma Escola de Governo

Fábio Konder Comparato  
**Professor Titular da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo**

Em fins de 1991, um grupo de professores e advogados criou em São Paulo uma instituição educacional para a formação de governantes. Os promotores desse empreendimento pioneiro em nosso País foram movidos pela convicção de que a atividade política, hoje mais do que nunca, exige, além de uma adequada capacitação técnica, uma sólida formação ética.

A adequada capacitação técnica para o exercício da atividade política implica a necessária aptidão para a análise da realidade social, em função da objetividade dos elementos que a compõem não segundo esquemas ideológicos de interpretação. Não são os fatos sociais, em sua extraordinária complexidade dinâmica, que devem se dobrar aos preconceitos ou dogmas doutrinários, mas estes que devem ser sistematicamente desfeitos em contato com a realidade.

É que a política não se confunde com a religião, onde prevalecem sempre verdades indiscutíveis, nem com a execução mecânica de ideologias, como se fora uma espécie de engenharia social, destinada a transformar os seres humanos em matéria-prima de experimentos de governo. Quando Aristóteles definiu a política como a arte arquitetônica por excelência, ele quis exprimir algo bem diverso: a grande verdade de que o governo dos homens não se reduz à mera administração de bens, mas engloba todas as atividades humanas, harmonizando as entre si para a conservação do todo social.

Ora, isto supõe no governante algo mais do que a capacidade de ver e analisar os fatos, recolocando-os no contexto da dinâmica social. Supõe a indispensável competência decisória, com a permanente disposição para enfrentar riscos e assumir responsabilidades.

Mau político não é apenas o ignorante, ou – o que é pior – o ignorante de sua própria ignorância. Mau político é, também, o que se recusa a tomar decisões conflitantes, pelo temor de não contentar a todos ao mesmo tempo; o que confunde o governo com a negociação permanente e inconclusiva, alimentando a vã esperança de que o tempo acabará por dispensar a escolha definitiva de soluções.

Tudo isto, do lado da preparação técnica. Mas política não é apenas a arte dos meios; ela é, também, e de forma eminente, a sabedoria dos fins. Técnica sem ética é a navegação sem rumo, o “desbussolamento” da vida social.

A ética própria da atividade política pode, a rigor, resumir-se a um único princípio, a supremacia do bem público, isto é, do que é comum a todos, sobre o que é de interesse privado e, portanto, próprio de alguns apenas.

E aí está a norma suprema de educação cívica para o nosso povo. A vida pública, neste País, desde os primórdios da colonização, sempre foi dominada pela moral privatista e doméstica.

O interesse da família, do clã clientelístico, do grupo profissional ou do órgão corporativo sempre abafou, na consciência dos governantes, as exigências do bem comum. “Nem um homem nesta

terra é republico, nem zela e trata do bem comum, senão cada um do bem particular”, já advertira, logo no segundo século da colonização, o primeiro historiador do Brasil, Frei Vicente do Salvador.

A Escola de Governo, nestes seis anos de atividade, tem tido a satisfação e a honra de contar, entre seus alunos, com vários juizes de Direito. Em nossa concepção, todos os agentes políticos, em qualquer dos ramos do Estado, são governantes, isto é, são responsáveis pela pilotagem rumo à construção de uma sociedade mais justa e solidária. O étimo dos vocábulos governo e governante, como sabido, é o substantivo grego *kubernetes*, isto é, o piloto. Num Estudo de Direito, a função eminente dos juizes é justamente a de zelar pela permanente correção de rota dos demais agente políticos, em função dos valores finalidades fixados pela Constituição da República, em seu Título I.

O que os juizes de Direito aprendem conosco é, antes de mais nada, a verdadeira dimensão política da magistratura, ou seja, a compreensão de que um integrante do Poder Judiciário não é um funcionário público, submisso às ordens de seus superiores hierárquicos e sujeito às pressões dos poderosos do momento, sejam eles membros do Executivo ou grandes empresários. A independência da magistratura, em seu sentido objetivo, é uma garantia institucional do cidadão, como bem assinalou a doutrina constitucional alemã. O juiz que aceita receber ordens do Tribunal, o procura acomodar suas decisões aos interesses da maioria política dominante, ou da opinião pública forjada pelos meios de comunicação de massa, comete a pior das prevaricações. Ele sacrifica os direitos fundamentais dos jurisdicionados ao seu interesse individual. Com isto, desprestigia gravemente a magistratura, pois a característica própria desta na organização política, como salientou Montesquieu, consiste justamente em viver não poder, mas da autoridade moral.

Temos a convicção de que, ao final do curso, os nossos alunos juizes estão plenamente habilitados a fazer, em sua plenitude, o mandamento constante do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Eles assumem, nesta condição, com ciência e consciência, a sua missão de governantes.

### Debate

#### Lições de uma Pesquisa<sup>1</sup>

José Renato Nalini  
**Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**

O Presidente Jacques Chirac nomeou uma comissão presidida por Pierre Truche para refletir sobre a Justiça francesa. Esse grupo de vinte juristas, magistrados, sociólogos e jornalistas deverão elaborar um projeto de lei de reforma do Poder Judiciário. Com o objetivo de garantir a autonomia dos juizes, conferir maior independência à Justiça, preservar o princípio do sigilo de instrução e da presunção de inocência, sem maltrato da liberdade de imprensa.

A iniciativa é conseqüência de, pelo menos, dois fatores. De um lado, a ambigüidade do Judiciário francês, não considerado poder, senão mera autoridade judicial, daí resultando sua vulnerabilidade diante do governo. Por outro, inibir o conúbio entre Judiciário e Imprensa, utilizada para refrear a volúpia da política em influenciar os julgamentos, quando passava a noticiar fatos apurados na instrução. O anúncio presidencial ocorreu no dia 21 de janeiro de 1997 e logo em seguida o jornal *Le Monde* realizou uma pesquisa cujos resultados, merecem análise e dos quais podem ser extraídas pelos brasileiros algumas lições.

Para 82% dos pesquisados, os juizes são submissos ao poder político. Muito embora os responsáveis pelo Judiciário francês proclamem, todos os anos, que os magistrados são inteiramente independentes, isso não convenceu os seus concidadãos. Apenas 14% dos entrevistados acreditam na independência da magistratura. Todos os níveis de escolaridade e todas as gamas políticas chegam ao mesmo consenso. Essa dúvida sobre a autonomia judicial atinge 74%

dos simpatizantes da Frente Nacional, 76% daqueles que se inclinam ao RPR, 79% dentre os adeptos do UDF, 87% dos ecologistas, 88% dos socialistas e 91% dos comunistas.

A pesquisa torna claro o imenso ceticismo dos franceses quanto a uma real igualdade perante a lei. Aos seus olhos, duas categorias de cidadãos se beneficiam de uma excessiva mansidão dos juízes: os eleitos e os altos funcionários. 73% das pessoas ouvidas estimem que a justiça é mais indulgente com os homens políticos do que com seus concidadãos e 69% também estendem essa crítica em relação aos altos funcionários. Muito distantes, no elenco dos privilegiados pela justiça, vêm a seguir os empresários, os médicos, os policiais e os jornalistas.

É um sentimento comum, que novamente une direita e esquerda, pessoal de nível superior e de baixa escolaridade. Essa convicção da desigualdade do cidadão perante a justiça vincula-se à emergência de fatos demonstrativos da forte pressão do poder político sobre os magistrados. E se apóia, sobretudo, nas anistias de 1988 e 1990, impedindo a apuração de discutíveis formas de financiamento dos partidos políticos.

Quanto às reformas preconizadas pelos franceses, a prioridade máxima é de ser concedida à aceleração dos trâmites de procedimento e de julgamento. É uma aspiração de 76% das pessoas interrogadas. Também para eles o problema primordial é a lentidão com que a justiça responde às demandas, institucionalizando os conflitos em lugar de decidi-los com presteza.

O mundo globalizado é o território da pressa. As informações chegam simultaneamente aos fatos. O cidadão terrestre já não se conforma com o arcaísmo, nem se comove mais com a minoria que lhe pede paciência. A vida é breve e frágil. Os obstáculos a ela antepostos devem ser removidos com presteza. Quem restar moralmente surdo a esse aviso está destinado a ser descartado. Assim também as instituições. Se não souberem criar mecanismos de adequação a uma era que reclama soluções imediatas, serão substituídas por alternativas menos complicadas.

Parece não restar dúvida: o antagonismo entre presteza e segurança foi superado. A contemporaneidade está a exigir soluções rápidas, ainda que imperfeitas. Aliás, a imperfeição é característica humana, sem que se despreze a vocação à perfectibilidade.

### **O Reforço da Igualdade Perante a Justiça.**

O segundo ponto indicado como necessário é o reforço da igualdade diante da justiça. Depois de milhares de anos de civilização, os franceses também constataram que a igualdade é um mito. Embora a Revolução de 1789 tenha se apoiado no tripé – liberdade, igualdade e fraternidade – os mais poderosos continuam a obter tratamento privilegiado.

Essa é uma situação muito presente em países de democracia incipiente e de tradição colonial inspirada em segregação. A preocupação dos franceses deve refletir a permanência do empenho brasileiro em reduzir as desigualdades. A massa dos excluídos cresce desalentadoramente. Ela não pode nutrir grande afeição pela Justiça, da qual só conhece a face cruel. Mesmo os não excluídos partilham do consenso de que a lentidão do Judiciário é explorada pelos melhores técnicos do direito, normalmente acessíveis aos que podem pagar por seus serviços. A criminalidade de colarinho branco está a reclamar eficiência maior. Assim, como a apuração dos delitos cometidos por políticos, subtraídos à justiça comum por uma incompreendida inviolabilidade.

A Justiça criminal parece preordenada a ser fator de controle social dos desvalidos. Uma justiça de infrações menores, enquanto os grandes delitos não merecem pronto julgamento e os responsáveis pelos atos que efetivamente prejudicam a nacionalidade são ainda, muitas vezes, apontados como vencedores numa sociedade egoísta e insensível.

Assegurar a igualdade perante a lei, de que a igualdade perante a Justiça é um dos aspectos, deve ser compromisso de cada juiz consciente. No universo a si reservado pelo sistema, pode utilizar-se do texto constitucional, dos princípios – explícitos ou implícitos – nele contidos, para garantir tratamento equânime a todos os destinatários da justiça. E, se puder ir além, deve auxiliar o aperfeiçoamento institucional e legislativo, com o propósito de reduzir as desigualdades, eliminar os

preconceitos e aproximar o Brasil real daquela sociedade pluralista e fraterna com que todos sonham.

## **A independência da Magistratura**

Uma terceira pretensão dos cidadãos franceses é tornar sua magistratura efetivamente independente. 44% dos pesquisados opinam nesse sentido e aqui é nítida a compreensão diferenciada daqueles portadores de nível universitário. Enquanto 28% dos não diplomados postulam essa independência, 54% das pessoas que seguiram estudos superiores a consideram fundamental.

Como não se desconhece, na França a magistratura e o Ministério Público formam carreira única. Os *magistrat de siège* são os juízes. Os *magistrat du parquet* são os promotores. O magistrado pode começar a carreira como juiz e terminá-la como promotor, ou vice-versa. São funções intercambiáveis.

Também com relação aos promotores, os franceses gostariam de um Ministério Público independente. 58% dos não diplomados e 76% dos portadores de nível superior consideram ideal um Ministério Público autônomo e não subordinado ao Poder Executivo. Neste ponto, a justiça brasileira ostenta evidentes vantagens em relação à francesa. O juiz brasileiro é independente por vontade constitucional reafirmada na lei e no sistema. Inequívoca a vocação de independência da magistratura, subordinada somente ao ordenamento jurídico e à consciência do juiz.

O Ministério Público brasileiro também conseguiu posição institucional consolidada. Essa é hoje a situação mais favorável à garantia dos direitos e à construção da democracia. Muitas vezes fui levado a pensar, em virtude de preocupação com a escassez de recursos públicos, em fusão das duas instituições. Após constatar tudo aquilo que um promotor consciente e idôneo pode fazer para sanar falhas da justiça, inclusive contrapondo-se ao juiz, quando o caso, acredito que o modelo deva subsistir. Ao menos por ora. E sempre com possibilidade de aperfeiçoamento.

O juiz precisa encarar seriamente a questão de sua independência e fazê-la valer para multiplicar sua capacidade de influir na transformação da realidade. Se o povo for despertado para a importância de um Judiciário forte e eficiente, será ele o primeiro a defender o juiz contra reformas castradoras. Enquanto o Judiciário persistir em seu hermetismo e distância, na ritualística inacessível ao leigo e com decisões intraduzíveis e não bastante em si, não terá por si senão o espírito corporativo. Nos estertores de quem se vê ameaçado de substituição por instrumentos mais eficazes de solução das lides. O ressurgimento da arbitragem, a pregação de uma justiça privatizada, o incitamento à justiça pelas próprias mãos e a intensificação da litigiosidade contida são sinais que só não entende quem acometido de um glaucoma moral.

O Ministério Público também precisa fazer jus à posição conquistada na lei fundamental. Promotores que não gozam de tamanha independência institucional, mas que são ainda braços do executivo, como o italiano e o francês, conseguiram façanhas jurídicas na luta épica das operações mãos limpas. Por sinal que os juízes dessa operação na verdade são promotores. Daí alguma incompreensão com a aparente inércia do Judiciário brasileiro, diante da similitude de situações. Ninguém recusa a necessidade de uma operação mãos limpas em nosso país.

O promotor, pela própria natureza de sua função, pode situar-se mais próximo ao povo e realizar uma justiça mais efetiva, pois informal. Tem condições de alcançar o ideal ético da composição, após encaminhar com habilidade e conciliação. Essa a verdadeira participação popular na administração da justiça, com o cidadão sentido-se partícipe na solução da controvérsia. Eticamente superior à solução imposta pela sentença, externa à vontade das partes, às quais se substitui a vontade do Estado-juiz.

No Brasil, as duas carreiras não encontram as amarras constitucionais com que se defrontam os operadores franceses. As ameaças contra a independência da magistratura são meros acenos, que não resistem à racional interpretação do texto constitucional. Está-se a reclamar delas, neste final de milênio, uma abertura ao povo, para que este conheça as instituições e, em as conhecendo, delas

se afeiçoe. E uma abertura à modernidade, atualizando-se as técnicas de produzir justiça, mediante uma prestação mais eficiente, célere, descomplicada e acessível.

Tarefa muito mais fácil do que aquela que aguarda os magistrados franceses, ainda às voltas com a ambigüidade de uma independência incompatível com a sua subordinação funcional.

## **Poder Judiciário**

Foi Montesquieu quem, no “Espírito das Leis”, de 1748, propugnou a teoria da separação dos poderes. Paradoxalmente, em sua terra o Judiciário não é poder, mas autoridade judicial, indissolavelmente dependente ao Poder Executivo. E os pesquisados mostram maior reserva à idéia de que a justiça se converta verdadeiro poder, como o são parlamento e governo. Esta idéia seduz 53% dos entrevistados, enquanto 39% preferem que ela continue a ser autoridade controlada pelo poder executivo.

A questão sensibiliza mais os não diplomados – 50% - do que os portadores de nível superior de escolaridade – 30%. A longa convivência com um sistema em que os juízes são nomeados pelo governo fez com que o francês não colocasse ênfase no fato de integrarem ou não um poder autônomo. Isso, talvez, em virtude da excelente preparação técnica do juiz francês. Há uma formação prévia confiada à Escola Nacional da Magistratura, sem a qual ninguém se torna magistrado na França.

## **A Justiça e o Cotidiano**

A justiça não tem boa imagem na França. 66% das pessoas entrevistadas têm má imagem da instituição judiciária. Ela é boa para 32% deles e apenas 2% dos consultados não têm opinião a respeito. As classes menos favorecidas são as mais impressionadas com a ineficiência da justiça. Enquanto 74% dos operários a consideram má, 51% dos intelectuais dividem a mesma opinião. Paradoxalmente, o desamor não parece ligado a um conhecimento prático da instituição. Somente 21% dos ouvidos já tiveram processo na justiça para a defesa de seus direitos.

De qualquer forma, há uma insatisfação global com a chamada justiça de proximidade. Aquela a que o francês tem acesso, ou deveria ter acesso. O descontentamento, que transcende as categorias sócioprofissionais, se alimenta de uma série de falhas tradicionalmente indicadas como características à instituição. Assim, 87% das pessoas questionadas consideram a justiça muito arcaica e 77% dentre elas a julgam dispendiosa. Para 53% ela pratica injustiças. Mas 77% entendem que ela não dispõe de meios suficientes para operar melhor.

No capítulo das recriminações – e isto não é surpresa para os brasileiros – a lentidão da justiça é o que a torna mais estigmatizada pela população. E por isso se clama a adoção de procedimentos mais céleres e descomplicados.

Toda pesquisa precisa ser interpretada com prudência. Ela serve, todavia, para sinalizar algumas tendências deste final de milênio. À exceção da busca institucional pela independência do Judiciário, que no Brasil já está assegurada na Constituição, tudo o mais deve servir à reflexão do juiz brasileiro e de todos os interessados na realização do justo possível.

Aqui, como na França, a Justiça não tem boa imagem. É arcaica, de acesso dificultado, lenta e ineficiente. Alguns cidadãos estão imunes a ela. Também aqui a Imprensa se auto-atribui a missão de investigar, acusar, julgar, condenar e execrar sem prova. Há também a tendência a se utilizar da força da mídia, quando a justiça – só por si – não tem força suficiente para concretizar-se.

Acelerar os procedimentos, com vistas a uma justiça mais rápida; assegurar real independência ao juiz, para não atemorizar-se diante do desafio de fazer justiça e reduzir as desigualdades dos cidadãos diante do Judiciário, poderiam ser também as prioridades do Brasil. Uma distinção fundamental, contudo, está em que na França, herdeira de tradições milenares, o

povo – se necessário – sairá às ruas para aperfeiçoar sua justiça. No Brasil o povo clama pela satisfação de necessidades mais urgentes: comida, teto, trabalho, saúde, educação.

A reforma do Judiciário, no Brasil, é considerado assunto menor. Não comove o Parlamento, nem o governo, nem a sociedade. O distanciamento do juiz tornou-o personagem de ficção. A população não o conhece e o não defende. Quando o juiz vai à luta, atribui-se-lhe interesse corporativista de preservação de privilégios<sup>2</sup>.

Essa é a missão da justiça brasileira. Mostrar-se. Assumir suas falhas. Proclamar suas virtudes. E formular um projeto de revitalização do Judiciário, com ênfase na multiplicação da capacidade produtiva de cada juiz. Não se espere que as reformas de gabinete, realizadas à revelia dos operadores, sem consulta e debate intenso pela comunidade, possam transformá-lo.

Do Judiciário – é só dele – depende essa revolução de conscientização popular. Para convertê-lo um dia naquele serviço público essencial com que sonham os homens de bem. Justiça que se não pode substituir por qualquer alternativa outra de resolução dos conflitos, pena de sacrificar-se o valor transcendente da dignidade humana.

### **Notas e Referências Bibliográficas**

1. Dados extraídos do jornal *Lê Monde*, de 31.1.1997, pp. 1, 8 e 9.

2. Vide *O Estado de São Paulo*, de 13.2.1997, noticiando o dia de “Mobilização Nacional pela Cidadania e Justiça”, convocada pela Associação dos Magistrados Brasileiros para 26.2.1997.

### Debate

#### Aspectos do Poder Judiciário

Nelson Pinheiro Franco  
**Desembargador aposentado**

O Governo não se exerce por um só dos Poderes (O Poder Executivo), mas distribui-se entre todos igualmente nas lindes da especificidade de suas atribuições (*ratione muneris*), na área inviolável em que atuam.

Os três Poderes situam-se no mesmo altiplano constitucional. Esmein adverte mesmo que “é o Judiciário o primeiro poder que aparece na sociedade, pois é pela administração da justiça que se satisfaz a primeira necessidade social sentida pelas primitivas agremiações humanas...”. E a preeminência dele, como intérprete da Constituição, levou Story a escrever que “o Estado deve organizar a sua Magistratura como se esta fosse uma Instituição criada a existente fora do mesmo Estado” (Pedro Lessa, do Poder Judiciário).

O povo humilde, notadamente das cidades do interior, percebe claramente a importância do Poder Judiciário. Sabe que ele é a derradeira esperança e nele tem a garantia de sua dignidade, honra e tranqüilidade; a salvaguarda da livre expressão do pensamento, do patrimônio físico, moral e intelectual, a defesa contra o arbítrio da autoridade, seja ela o próprio juiz. Nem sempre esse objetivo é coroado de êxito, porque os fatos e a realidade jurídica são fugidios, contraditórios na aparência, difíceis de aprisionar. O que, todavia, sobreleva na missão do Judiciário, como Instituição, é a vontade firme de sempre dar a cada um o que é seu, mediante o processo.

O magistrado coloca sua alma na justiça e, para buscá-la, sua vida é um contínuo aprimorar do conhecimento, um constante aperfeiçoar das faculdades espirituais, que todos recebem para a

prática do bem. Haverá juízes que destoam desse comportamento. Mas, em São Paulo, na sua justiça comum eleitoral (e assim será presumivelmente por toda a justiça do país, a que outros de maior autoridade saberão dar o testemunho fiel), é jaça que não altera a limpidez diamantina, gota de impureza na imensidão oceânica, assim mesmo para logo surpreendida, atalhada e varrida antes que as vibrações emitidas destinjam seus maléficis efeitos sobre a sociedade.

É essa a principal função do Conselho Superior da Magistratura, sempre atento, na ductilidade do modo de proceder e com a prudência do paterfamílias, aos rumores de vozes da comunidade, aberto sem burocracia a todas as queixas, aos indícios suspicazes do comportamento do juiz, entrevistos nos processos pelos órgãos superiores da jurisdição, colhidos no murmúrio ou clamor popular ou na isenção da palavra dos profissionais do Direito. A vigilância do Tribunal, reverente à soberania da dignidade humana e ao sacramento do direito de defesa, é contínua e perene. Nada lhe escapa à averiguação direta, silenciosa, imparcial, sem juízos preconcebidos e, sobretudo, educada. Vibram pelo mesmo diapásão os recursos processuais, as correições, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, que nada mais são que outros tantos modos indiretos de controle da atividade judicial, na esfera dos juízos monocrático e colegiado.

É pena que os defensores do controle externo ignorem ou façam por ignorar o que se passa no âmbito judiciário.

Os magistrados, pela índole da função que exercem, são infensos ao *esprit de corps*, no sentido deletério e pejorativo. Essa idéia, na pureza do entendimento, só prevalece em revide judicial circunscrito à legítima defesa da honra, às injustas afrontas à Instituição. Não os une essa amizade material, frívola, que inibe a independência dos juízos, coarcta a manifestação da vontade, a coragem de abominar o erro e emudece as convicções profundas amadurecidas no estudo dos livros, na prova dos autos, nas razões dos litigantes. *Amicus Plato sed magis amica veritas*. Os juízes velam pelo comportamento próprio e de seus pares e com rigor o apreciam. Qualquer movimento desastrado, suspeito, dúbio ou desprimoroso que possa tisonar a Instituição encontra neles pronta repulsa e providências *interna corporis*, objetivas e eficazes.

A Magistratura, como a Sacerdócio, é a expressão viva da moralidade, a qual, graças a Deus, ainda é a tônica do comportamento humano. Sobre ser a escola dinâmica do trabalho, ela o é do aperfeiçoamento ético e espiritual; por esse modo, amolda, na sua entrosa temporal, à feição de sua vontade, os escolhidos para officiar em seus altares. Se o povo tem o sentimento das virtudes de independência e imparcialidade do juiz, mais perceptíveis nas regiões interioranas, e de que a paz, a harmonia, a segurança, a justiça, são a causa final da atividade jurisdicional, parecem desconhecê-lo os homens públicos do país, nomeadamente os agentes estatais detentores da competência executiva e normativa, ressaltadas as honrosas exceções que praticamente se confiam nos profissionais que vivem ou viveram o Direito na cátedra e na advocacia. E essa incompreensão se explica pela deficiente informação jurídica e a visão introrsa da realidade constitucional, cifrada na organização e funcionamento do Poder Político.

O Poder Judiciário tem por missão concorrente tornar concretas as aspirações e anseios do povo, expressos na Lei, elaboradas e promulgada pelo Poder Legislativo e quase sempre com a sanção, expressa ou tácita, do Poder Executivo. Interpretando-a, dela extrai as conseqüências naturais e as imprevistas e latentes de que o próprio legislador não teve clara consciência. Para esse mister, o juiz há de se socorrer não apenas da ciência jurídica, mas de todas as ciências, por seus princípios e noções fundamentais, em que se desdobra o saber humano.

Não há interesse em forma de pleito que se subtraia ao poder jurisdicional do juiz, cuja vida é um contínuo devenir de aprimoramento cultural, necessário ao desempenho do ofício de fazer justiça. Exemplo dessa força de imantação jurídica sobre questões na aparência refratária: se um conflito de interesses se forma nas regiões nevoentas e vertiginosas da biogenética ou da engenharia nuclear, a altura quase inacessível do problema não afasta do magistrado, com o *non liquet*, o poder de resolvê-lo ou de compô-lo, imprimindo-lhe a marca ou chancela do Direito com a declaração cogente e imperativa da vontade concreta da Lei. A solução última e definitiva, em ocorrendo certos pressupostos, se deslocará para o STF, onde pontificam pró-homens do saber jurídico, varões de Plutarco da nacionalidade, os mais conspícuos depositários da jurisdição, eles a quem foi atribuída pelo povo soberano a função de guardiões e intérpretes da Constituição e cuja palavra, no exercício

das funções, há de ser ouvida e respeitada, custe o que aos entendimentos discrepantes do Poder Executivo, Legislativo e do próprio Poder Judiciário de hierarquia menor, em que pesem às razões muitas vezes sinceras e verossimilhantes em que as possam lastrear.

A lei, comando hipotético, traz em si a presunção de corresponder à vontade coletiva. Se o legislador que a elaborou, convencido de sua conveniência e oportunidade, e o Chefe do Executivo, que a sancionou, não souberam prever a sua repercussão jurídica no campo social e econômico, ou sua extensão lógica, teleológica, isonômica e eqüitativa a situações outras, não cabe ao juiz, submisso à vontade legislativa, não à do legislador, e aos princípios de integração sistemática do Direito, não lhe cabe atenuar a força de expansão do movimento ondulatório, a não ser pelo veredicto de inconstitucionalidade. Ela há, portanto, de gerar suas conseqüências de satisfação de outras necessidades sociais emergentes até que Lei superveniente a venha ab-rogar. A Constituição elegeu o Poder Judiciário nos conflitos intersubjetivos de interesses, como seu intérprete, como seu intérprete final.

Sabe-o bem sabido a crítica construtiva, bem-vinda sempre. Mas, a outra, ligeira e desatenta, feita de distorções da realidade, essa não há senão repudiá-la.

A atividade do juiz se desenrola no campo do intelecto. É exaustiva mais do que se possa imaginar. Sabem-no principalmente os seus pares, os membros da família, os advogados militantes. Com ela se entrelaça outra de natureza material, que instrumentaliza a expressão do pensamento. Incumbem-lhe os deveres vulgares do funcionário administrativo. Sua posição, *sui generis*, com a deste, porém, não se confunde, em razão do estatuto próprio, já porque seus poderes jurisdicionais são oriundos da Soberania do Estado, que lhe reservou a *potestas* e o *imperium*. Órgão de um Poder, o juiz é a própria Lei que fala, na palavra de Chiovenda. Diferentemente dos agentes políticos, ele exerce profissionalmente sua função. Submete-se ao expediente forense em horários preestabelecidos, quase sempre antecipados ou ultrapassados pela sobrecarga de serviço. Gravíssima a transgressão do preceito. Profere despachos ordinatórios, de movimento e documentação, nos processos que diariamente lhe sobem às mãos em catadupas; e outros, interlocutórios, de maior complexidade, em que decide dos pressupostos processuais e condições da ação. Nos dois terrenos não pode pisar falso, tais as conseqüências possíveis de gerar o tumulto processual, a procrastinação da lide, dilações indesejáveis, traumas pessoais, riscos e outros transtornos que não vêm a pêlo comentar, em prejuízo muitas vezes do direito material dos litigantes. No mesmo espaço de tempo ou em momentos sucessivos, o magistrado preside às audiências, interroga as partes, inquire peritos e testemunhas, ouve as razões dos advogados. Subministrado dos elementos de convicção necessários (às vezes, para melhor sopesá-los, converte o julgamento em diligência), decide na hora os casos de mais fácil apreensão jurídica e leva para o silêncio da biblioteca as demandas em que a verdade se mostra arredia ou se oculta em aparências sedutoras, cambiantes e furta-cores, requerendo-lhe meditação profunda sobretudo que ouviu e presenciou. E relê o processo com percucientes anotações, deletreia-o, manuseia os livros de doutrina, ouve a palavra da jurisprudência, atenta para a tipicidade e peculiaridade da situação *sub judice*, de reflexos e ressonâncias de vário matiz, observa o entrevero e combinação dos fatos no *melting pot* da realidade.

E consulta a consciência. Haverá função mais alta e de maior responsabilidade do que a do juiz, ele a quem cabe decidir dos direitos humanos, afirmando-os até mesmo contra o Estado?

Da conjugação do esforço físico e intelectual que o Juiz despende, flui naturalmente a prestação jurisdicional, a sentença definitiva, ato culminante do processo de conhecimento, na voz dos processualistas. O trabalho do juiz vara pelas férias, sábados, domingos, e feriados. Seu único limite é a capacidade humana laborativa. E não é somente aí que bate o ponto. Pelas mãos do juiz do nosso foro correm centenas e centenas de processos.

Mais de um milhar por ano. Ressalvados os grandes monumentos do saber legisferante, como a Constituição e os Códigos fundamentais, a legislação é caótica, ambígua, errática, labiríntica, um verdadeiro cipoal de preceitos sem o cunho indispensável da impessoalidade, normas *ad hominem*, vazadas em termos que muita vez *hurlent* de se *trouver ensemble*. Regras, nomeadamente as regeadoras das relações estatutárias do funcionário com o Estado, entre si às testilhas, e outras abarcando no mesmo tratamento gregos e troianos, situações díspares ou antinômicas, retribuições pecuniárias que ferem grosseiramente a hierarquia das funções, o princípio da maior

responsabilidade, o *status* constitucional, a diversidade das condições regionais de vida, e o juiz a uma ginástica dialética interpretativa no afã exaustivo de integrá-las no quadro do ordenamento jurídico.

E tudo isso está fora, em geral, da compreensão dos membros dos Poderes Executivos e Legislativo que, em momentos de aperto político, batidos por ventos desfavoráveis, invocam, em prol de suas idéias intangíveis, bebidas no *L'État cést moi* vagas razões de Estado, coloridas de argumentos amargos, apaixonados, ressentidos e tendenciosos, que são mais razões da conveniência própria ou dos interesses políticos, passageiros e de ocasião, feitos de pedaços da realidade. Nesse clima de incertezas e indisfarçável hostilidade, como é possível sazonar o princípio da harmonia entre os Poderes, tão necessário à ordem e tranqüilidade geral?

Dentro de suas limitações humanas, o juiz persegue o ideal de justiça “um dos mais altos valores espirituais se não o mais alto, junto ao da caridade” (Del Vecchio). Essa razão pela qual deve ser ajudado espontaneamente a cumprir sua espinhosa missão terrena com os recursos destinados à adaptação do Judiciário à novidade dos tempos e da civilização em perspectiva, porque esse Poder do Estado, para por si consegui-lo, “não tem base de sustentação parlamentar, nem meios de mobilizá-la”, na declaração, que é um grito de socorro, do provento Ministro Sepúlveda Pertence (*in* jornal *O Estado de São Paulo*). Não fora a dedicação integral do juiz à causa pública, os sacrifícios que ninguém vê ele com discrição oculta, o Poder Judiciário a muito que estaria em colapso total.

A vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, não são privilégios do Juiz, mas prerrogativas ou dogmas da Instituição. Essas cláusulas, por sua universalidade, têm-nas por intangíveis as Constituições dignas desse nome. Quanto à última delas, cumpre esclarecer que o magistrado paulista, além dos vencimentos, não tem vantagens que não decorram da natureza das coisas. É o mínimo com que pode viver decentemente, de acordo com sua elevada posição nas várias hierarquias de responsabilidade em que se estrutura a comunidade nacional. Ele não pode exercer nenhum outro emprego fora da magistratura, salvo um cargo de professor, pifiamente remunerado, que mais lhe serve para aprimorar seus conhecimentos em benefício e no interesse da função judicial. Dizia o saudoso Prof. José Frederico Marques que “as garantias econômicas da Magistratura se apresentam como coeficiente de sua independência, dignidade e alta produção funcional” (*O Estado de São Paulo*, de 4.11.82).

### **Considerações Finais**

O Juiz tem de escolher entre duas pretensões que se lhe apresentam com visos de verdade. Na maioria dos casos, o Direito e a prova dos autos logo que lhe assinalam quem está com a razão. Há situações, porém, tão semelhantes na justiça em que se envolvem que só mesmo a reta consciência, a intuição e o sopro do talento saberão preferir uma a outra. O juiz vive o desespero humano na angústia de decidir, agravada pela escassez do tempo e a multiplicidade e variedade de demandas.

As súmulas da Suprema Corte e os precedentes judiciais, observam-nos geralmente os juízes. Só o não fazem quando fatos e circunstâncias novos, no seu impulso irreprimível, mudam a verdade jurídica. A atividade judicial não se automatiza, é infensa ao imobilismo e incompatível com a súmula vinculante. Nem seria por outra razão que Justiniano aconselhava os pretores a não se apegarem em demasia à jurisprudência, *cum non exemplis sed legibus judicandum est* (Mayns, *Droi Romain*, 1876, I/343). Diferentes meios há de dar vazão À pletora de serviços ou de contê-los. Transmudar o Supremo em Corte Constitucional é um deles. Outro, aquele preconizado pelo juiz Luiz Flávio Gomes no excelente estudo publicado em *O Estado de São Paulo*, de 29.04.97.

Uma das causas da morosidade da justiça e conseqüente congestionamento dos serviços forenses de primeira instância, com reflexos no segundo grau de jurisdição, está na inexperiência dos novos juízes. Para os concursos, eles trazem apreciável cabedal de cultura jurídica. Vem respaldados de bons conhecimentos teóricos, mas não sabem, em regra, como aplicá-los com presteza, afeiçoá-los às várias circunstâncias ou torná-los dúcteis, produtivos, eficazes e

conseqüentes. E isso mais se percebe no campo do direito processual. A partir de cinco anos de intensa atividade judicial é que neles começa a aflorar o tato no destrinçar intrincadas questões jurídicas que se lhes desenham pejadas de aparências enganadoras, assim como o desembaraço, o traquejo profissional e a arte de perseguir o resultado antevisto e dele não se desviar pelos atalhos e veredas das tricas e miuçalhas processuais. Quatro soluções, do ponto de vista prático, me parecem necessárias para obviar o mal da lentidão desgastante: a) o ingresso na Magistratura com a idade mínima de 28 anos, comprovado o exercício efetivo da profissão de advogado por pelo menos três anos (informações idôneas e certidões extraídas principalmente dos processos contenciosos). É que a advocacia é a arena da luta pelo Direito. A vida e suas circunstâncias nela se refletem sem nenhum disfarce. Gladiador das pugnas da inteligência, o advogado militante penetra o homem na intimidade e passa a compreender que seus interesses, ainda que aparentemente repulsivos, têm sempre, em sua base, uma razão de justiça. Essa experiência e a prática forense que a instrumentaliza e reduzem os obstáculos iniciais da carreira do juiz à sua expressão mais simples. Moldam-lhe e adoçam o temperamento não raro exarcebado na prevenção difusa, nos pruridos da desconfiança e que o magistrado se encastela, nos rompantes da auto-afirmação. E a prestação jurisdicional flui naturalmente, sem os empenhos processuais em que tropicam esforço e dedicação dos neófitos inexperitos; b) o início da carreira do juiz pelo Juizado Especial ou das Pequenas Causas; c) Escola da Magistratura menos formal em que os juízes substitutos e os das Pequenas Causas tivessem oportunidade de expor e discutir suas dúvidas e dificuldades, deduzindo-as em teses e de maneira impessoal. Curso paralelo, dinâmico, pragmático, enterreirado no plano do simples intercâmbio de idéias e experiências, como aquele, desataviado de cerimônia e em aprimoramento progressivo, a que se dedicou o desembargador aposentado Geraldo Amaral Arruda.

Quanto à idade de ingresso na Magistratura, o argumento que se lhe opõe e de muita seriedade é que o advogado, depois de cinco anos de profissão, consegue situação econômica estável, muito superior a que lhe poderiam propiciar os parcos vencimentos do magistrado, sem contar a liberdade usufruída no exercício profissional e as perspectivas de largo espectro que o horizonte lhes depara. Tudo isso é verdade. Sempre haverá, põem, os que nasceram com a vocação e outros que, com o perpassar do tempo, saberão descobri-la no próprio sentimento de justiça que os anima e é consubstancial à natureza humana; d) a reforma do Judiciário com atribuição às Cortes Estaduais de iniciativa de leis de organização judiciária e procedimento civil e penal, consentâneas com a realidade regional.

Outra causa do atravancamento judicial, a lerdeza Kafkiana do andamento dos feitos, está na sobrecarga de serviço e o pequeno número de juízes para suportá-la. São Paulo dispõe de apenas 1.600 juízes distribuídos por suas comarcas e tribunais. O grande Berlim, só ele, é servido por quantidade maior. Essa deficiência numérica é uma das causas da crise da justiça. Com esse título, aliás, o brilhante estudo do Desembargador Dínio de Santis Garcia (*Revista da Escola Paulista da Magistratura*, 1/153), que, com as demais sugestões dos membros do Poder Judiciário e dos processualistas pátrios, os legisladores devem ter em mãos quando se dispuserem a elaborar a reforma desse Poder.

Longo em excesso o prazo preclusivo do mandado de segurança. Reduzi-lo é mais conforme a afirmação do direito líquido e certo. Ação mandamental contra os Poderes Públicos, a boa prudência também recomenda que, em situações de envolvimento de interesses conspícuos do Estado, graves e de ampla repercussão, o mandado de segurança seja deferido à competência originária dos Tribunais. A preocupação jurídica dos eminentes juristas Manuel Alceu Afonso Ferreira e Celso Bastos (*O Estado de São Paulo*, de 4.5.97) relativamente aos poderes indiscriminados dos juízes monocráticos sobre tal matéria, certamente que, por sua idoneidade, aterá em conta o futuro legislador. A concentração das ações dessa natureza nas mãos de um só juiz, por prevenção, distribuição ou escolha do Presidente do Tribunal, é alvitre eficaz, digno de aplausos, por obviar a dispersão dos feitos, a ocorrência de decisões contraditórias, e facilitar a pronta intervenção do Tribunal.

O Poder Judiciário dedica grande parte de sua atividade jurisdicional ao atendimento dos conflitos de interesse do Poder Executivo. Mais uma razão para que este lhe proporcione melhores condições de trabalho. As leis extravagantes do funcionalismo público, por ferirem quase sempre o

princípio da justiça distributiva, são um pesadelo para o juiz. A desorganização legislativa também se revela cruamente no campo das desapropriações que abarrotam os Juizados. Devia ser defeso ao Estado (salvo situações de emergência, ou motivos de ordem pública sempre fáceis de justificar) a desapropriação sem o prévio pagamento do preço, razoavelmente arbitrado em entendimentos administrativos ou, em caso de divergência, no início da lide, por peritos. Somente a diferença entre a quantia monetária pedida e a fixada pelo Juiz, configuraria o litígio. A sentença final, favorável ao expropriado, desconsideraria sempre o adinículo do valor imobiliário resultante da obra nova, assunto para mais larga explanação.

Distribuição dos presídios por todos os Municípios, em áreas que possibilitem o labor agrícola e a instalação de oficinas de trabalho. Penas alternativas, entre elas a prestação de serviços comunitários. Confinamento em penitenciárias somente os delinqüentes de alta periculosidade e autores de crimes hediondos. O reconhecimento da dignidade do preso, a tábua de seu direito protetor, foi sempre o tema dominante nas aulas do saudoso e querido Professor Noé Azevedo. Esse Direito que a preclara escritora Rachel de Queiroz defendeu com tanto afinco e sentimento na crônica “Criminoso também é gente”, publicada no jornal *O Estado de São Paulo*, de 5.4.97. Esse direito que, com outros juízes, propugnei com veemência, a par da rigorosa aplicação da pena, em sessão do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, vinte anos atrás.

Concentração das Varas da Capital em área periférica, ao menos duas vezes superior à do Parque do Ibirapuera e com acesso fácil por linha de metrô. Mas, sem prejuízo dos fóruns regionais em cada bairro, destinados à solução das pequenas causas, aos problemas judiciais da infância e da juventude e mais serviços que, por sua natureza, devam estar bem próximos da população. Sugestão feita ao Sr. Governador do tempo de minha presidência no Tribunal de Justiça de São Paulo.

É verdade sabida que *error calculi non facit jus*. Dela é exemplo decisão judicial recente em caso rumoroso, divulgado pelos jornais. Meu pensamento voa mais alto. A decisão judicial na fixação de indenizações deve se conter nos limites da razão natural (*el logos del razonable*). O absurdo jurídico é incompatível com a coisa julgada material. É símile do impossível. *Ad impossibilita nemo tenetur*, diz a sabedoria romana. O destempero decisório noticiado pela mídia e assim definido (indenização superior a duzentos e vinte milhões de reais por dano moral decorrente de devolução indevida, pelo Banco do Brasil, de um cheque no valor de três salários mínimos) configura sentença de efeitos nulos. *Ein NichtUrteil*. O remédio são as ações ou as exceções de nulidade, e a rescisória, com fundamento, se outros vícios a sentença não contiver, o erro de fato a que alude a Lei processual.

### Escolas de Magistrados

Educação e Justiça Supranacional\*

Caetano Lagrasta Neto  
**Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**

*Não há Liberdade sem Educação*  
Simon Boliva

*Acredito na Educação que forma, não na que treina*  
Paulo Freire

Iniciei a pesquisa deste trabalho no dia da morte de Paulo Freire e creio que seremos orientados pelos sinais do maior educador brasileiro da atualidade.

Desde logo, duas afirmações: nós, da América Latina, devemos procurar nosso próprio caminho, para educar nossos juízes, considerando a presença de índios e negros, além de europeus e extensas minorias, que formam uma raça plúrima e de tradições diversas daquelas que constituem os modelos educacionais, até hoje aceitos. A segunda, por mais óbvia, implica na reestruturação pedagógica dos currículos escolares, capaz de afastar armadilhas e pântanos que subsistem como parte de uma herança de dominação colonial.

Retomemos o sonho. Esta palavra – tão invejada por Jorge Luís Borges – distingue nossos idiomas: *sueño*, em espanhol, também significa sono. Mas, não nos percamos neste jardim de “senderos que se bifurcam”, num “sono sem sonhos”, a que nos vemos constrangidos por imposições imperiais. É chegada a hora de se repensar uma nova ciência jurídica, baseada numa pedagogia para o terceiro milênio, cujos parâmetros iniciais foram lançados pela Carta do Guarujá. Os problemas são inúmeros, revestidos de crescente complexidade e importância, enquanto que o objetivo traçado longe está de ser rapidamente atingido. Sem qualquer preocupação – de momento – com o grau de complexidade, apontemos alguns estados de crise, em especial da Educação e da Economia.

Constata-se, ainda que ausentes elementos seguros com relação aos demais países latino-americanos, que, no Brasil, ressentem-se os cursos jurídicos de razoável formação crítica, quer para alunos, quer para professores, além de maior aprofundamento em matérias que envolvam política externa e desenvolvimento. De há muito, não mais se estuda nas Escolas de Direito algo que possa, ainda que de longe, lembrar o Direito Comparado. Inexiste preocupação com a formação histórica e diplomática, colocando-se de lado matérias como Economia e Sociologia.

Os cursos de ciências jurídicas não formam juristas, preocupando-se em treinar bacharéis. Enfatizam a experiência dos balcões de Fórum ou o dirigismo para capacitar candidatos a cargos públicos. Estas circunstâncias têm propiciado um equivocado florescer do direito processual, negligenciando o estudo do direito substantivo. Sob este aspecto, permitimo-nos lembrar o relatório sobre o ensino jurídico no Brasil, elaborado e apresentado ao IX Congresso Mundial de Direito Judiciário, em Coimbra, em 1991, juntamente com o advogado Ricardo Penteado de Freitas Borges, e que serviu de base para o Relatório Geral, elaborado pelos professores Carpi e Di Federico. Naquela oportunidade, como agora, concluímos pela expressa condenação dos métodos e pedagogia empregados pelas Escolas de Direito, viciadas numa visão restrita de que deveriam apenas treinar futuros candidatos às carreiras jurídicas<sup>1</sup>. Do Relatório a esta data, pouco caminhamos no sentido de transformar nossas escolas de direito ou de magistrados em escolas de formação ou especialização na ciência jurídica, onde teoria e prática estejam voltadas para a afirmação da Paz e da Justiça, com raras e honrosas exceções. Nele apontávamos as deficiências crônicas da incipiente formação escolar, em qualquer de seus graus. O erro estava, como está, na base, isto é, na má-formação de professores e alunos, na reduzida oferta de escolas públicas, de bolsas de estudos, fazendo prevalecer a desigualdade no acesso à Educação. A estes fatores acrescentam-se os da evasão e precária administração escolar, ausência de planificação pedagógica e de currículos, por fim, mas não como último, a humilhante remuneração dos professores, sejam eles de escolas públicas ou privadas, também em qualquer grau. Evidencia-se, assim o desrespeito à dignidade de todos quantos compõem o arcabouço educacional, sejam eles pais, mestres ou alunos.

Desta forma, com esporádicas manifestações de conscientização, durante anos continuou-se a dormir e só agora nos será permitido, com o Continente, sonhar.

### **Mercosul – vertentes econômica E jurídica: visão crítica**

A atual formação dos líderes do Direito, com vistas a um Mercado Comum continental, implica na especialização e no amplo conhecimento da vertente jurídica internacional, acrescida de pelo menos mais uma dificuldade, anteriormente desconhecida, que se resume na consciente interpretação legislativa e jurisprudencial daquilo que efetivamente representa nosso interesse, quando em confronto com os das comunidades européia, asiática, do Nafta, enfim, no enfrentamento da economia globalizada.

Se treinarmos o magistrado do amanhã apenas para o exercício da função e não o formamos para o raciocínio crítico, dentro em pouco o veremos naufragar e ser tragado pelas razões pouco explícitas do neoliberalismo econômico. Deverá ele estar preparado para resolver questões de relevância entre empresas transnacionais, entre países, mas, o que é mais importante e de maior gravidade: questões entre eles e o particular (pessoa física ou jurídica). Ademais, necessitará de sólidos conhecimentos da jurisprudência dos outros países do Mercosul, sobre direitos do consumidor, do trabalhador, da previdência social, da problemática penal do tráfico de entorpecentes, dos crimes de fronteira e da lavagem de dinheiro.

Nada disto será possível sem que nos fixemos – doravante – num duro aprendizado, desde as raízes e características de cada povo que compõe o Mercosul. Enquanto não tivermos consciência de nossas deficiências, fácil será apontar o *grande irmão do Norte* como seu único responsável, com riscos de recair num discurso político doente, mercado por um esquerdismo infantil.

A questão do ensino, voltado para a formação de juristas de uma Comunidade Econômica, revela-se prenhe de dificuldades, visto que, ao tratar com outros países, outras culturas, outros regimes políticos, com países, outros colocados na cúpula da liderança mundial, a independência e isenção dos juízes, obedecido o império da lei, devem ser os primeiros e constantes objetivos buscados por todos os lidadores e estudiosos do direito comunitário do Mercosul.

Não podemos acreditar em soluções simplistas, especialmente quando tratamos da convivência pacífica de nossos povos e da sobrevivência de uma instituição complexa, como é o Poder Judiciário. O derradeiro obstáculo a vencer será o de rejeitar que nossas deficiências, por milenares, sejam insuperáveis: mesmo antes da informática e da “internética”, devemos manter discreta e eficiente formação cultural e humanística. Se a preservamos, estaremos a meio-passo de concretizar o acalentado sonho de integração continental.

Não esqueçamos, todavia, que o primeiro objetivo dos regimes de exceção e de seus epígonos é calar e, se possível, neutralizar a atividade do Poder Judiciário. Este também parece ser o desejo de políticas econômicas que se instalam às custas de um desemprego mundial de dois bilhões de operários e buscam exclusivamente o lucro e a mão-de-obra mais barata e disponível. Cabe-nos julgar e mediar estas disputas que virão e se descurarmos de nossa formação e da proteção desta grande massa trabalhadora, com certeza, brevemente ouviremos dizer que “não há mais juízes no continente latino-americano”, ao contrário do que pode ter ocorrido na Alemanha nazista.

Não há como negar que a preocupação de nossos governos, perante o Mercado Comum, até o momento, voltou-se exclusivamente à vertente econômica, ignorada a jurídica. Exemplos desta afirmação encontramos, desde logo, em qualquer tratado, protocolo ou resolução elaborados no âmbito do Mercosul. Não há menção a Poder Judiciário, Tribunal Supranacional, Direito Comunitário, mas podemos localizar, sem grande dificuldade, referência a “outros meios pacíficos de solução de controvérsia.” O panorama histórico, diplomático e econômico, vincula-se, hoje, mundialmente, a uma nova versão do liberalismo econômico, que, como qualquer versão, ainda que maquiada, necessita apregoar reformas, capazes de sustentar uma aparência de modernidade. Creio que não será exagerado afirmar-se que, na ausência de guerras para manter domínio e privilégios, idéias econômicas anacrônicas são rerepresentadas como novidade, exigindo “revoluções” aparentes: que tudo mude, desde que tudo permaneça igual; desta forma, mantendo-se e agravando-se o desespero da classe operária e das minorias. Nossos países, uns antecipadamente e outros com atraso, discutem no momento atual a forma de se atingir os benefícios do neoliberalismo, através de uma radical reforma: da educação, do poder judiciário, da legislação penal e eleitoral, da previdência, da saúde, da segurança, da flexibilização das condições de trabalho, dentre outras. Qual será o nosso papel e de nossas Escolas nesta perversa retomada do desenvolvimento, ignoradas a renovação do aparelhamento judiciário, a formação dos juízes, ante a enorme massa de desempregados, minorias e miseráveis deste Continente?

## **A Reforma Educacional e as Escolas de Juízes.**

Sobre o tema, Gustavo Fernández Saavedra, ex-embaixador da Bolívia no Brasil, em recente publicação<sup>2</sup>, afirma que todos os países da região, ao imaginarem uma reforma educacional constataram, em sombrio diagnóstico, que: “A educação básica é de baixa qualidade, a taxa de evasão é intoleravelmente alta e a cobertura do serviço está longe de ser universal, o que afeta as mulheres, geralmente, de forma mais contundente, especialmente em países com alta presença indígena”. Prossegue nesta análise evidenciando, ademais, que a tentativa de descentralização conseguiu atingir as sólidas bases do sindicalismo do magistério, favorecendo clientelismos regionais, com nefastas repercussões na qualidade do serviço prestado e “com forte crescimento da diferenciação no acesso à educação”. Com isto, a exclusão dos pobres é também agravada pela ausência do governo central nas regiões menos desenvolvidas, com extensão do governo central nas regiões menos desenvolvidas, com extensão à insípida proteção daquelas minorias.

No Brasil, recentemente criou-se um programa social, chamado de renda mínima, com a concessão de bolsas de estudos para crianças, com idades que vão dos 3 anos aos 13 anos, desde que estudem e recusem o trabalho-mirim nas minas, usinas de açúcar, carvoarias, com a qual suplementam o orçamento familiar. Assim, o recebimento dessa bolsa acaba resolvendo o problema da renda mínima, mas não o da educação, pois nas localidades mais afastadas não existem escolas, o que, dependendo da distância, jamais existirá. Em recente pesquisa do jornal *Folha de S. Paulo*, constatou-se que, dos 77 projetos municipais apresentados, nos últimos três anos, só nove foram efetivamente implantados<sup>3</sup>. Esta problemática, ainda que em menor extensão, também atinge aos demais países do Continente.

A magistratura brasileira, até o momento, e ao contrário de outras que compõem o Mercosul, desfruta de predicados, como a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos, garantidos constitucionalmente. Vê-se, porém, constantemente ameaçada na sua independência, por investidas do Poder Executivo, que pretende sujeitá-la por vezes a um controle externo, outras, sugere que até deste poderá prescindir, substituindo-o, pela edição arbitrária e repetidas de medidas provisórias, em evidente desrespeito aos requisitos de relevância e urgência (art. 62 da Constituição da República), para, após, submetê-las às Súmulas Vinculantes, decididas exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, no qual, desde o processo de nomeação, interfere.

As experiências de Escolas de Magistrados também padecem daqueles vícios devidos a uma base educacional insuficiente; debatendo-se numa experiência que, raras vezes, tem conseguindo atingir segura orientação curricular, profissionalismo de seu corpo docente ou mesmo a concretização de cursos regulares de reciclagem e de altos estudos. A razão mais próxima deste fracasso, para algumas, tem sido a vinculação aos Tribunais de Justiça, quando sofre ingerências e influência de uma orientação precária, submetida aos interesses daquele órgão, ele também, distante de um processo democrático de escolha de seus dirigentes. Estas circunstâncias, cada vez mais, vêm se refletindo na deficiente formação dos juizes, descuidados que estão de uma consciência histórica e econômica e avassaladora pelo temor de formarem com suas escolas “um perigoso núcleo ideológico”. Os sucessivos planos econômicos propiciam a reiteração monstruosa de recursos e desamparo da população mais pobre, alijando os juizes da discussão e elaboração jurídica dos documentos básicos da Nação e do Mercosul, levando-os a um estado de alienação e desencanto.

Nos outros países, a ausência daquelas garantias constitucionais e a existência de um processo pouco democrático de seleção e ingresso na carreira conduzem, acredita-se, a uma situação não muito diversa, agravada pelo desrespeito à independência de toda a classe.

Pode-se, assim, concluir que qualquer tentativa de se estabelecer, no Mercado Comum, Tribunal e Escola Supranacionais, passa, necessariamente, pela garantia de independência dos magistrados e pela adaptação interna e arejamento democrático de todo o Poder Judiciário, de suas cúpulas dirigentes e de suas Escolas, acrescidas da expectativa de uma radical mudança de mentalidade do Poder Executivo. A magistratura não pode ser representada ou pensar por quem ela não escolhe e o Poder Executivo, por sua vez, não pode pensar e decidir sozinho!

## **Escola Supranacional**

Imaginar-se uma Escola Supranacionais para o Mercosul é tarefa para alguns anos e requer desprendimento, aplicação e idealismo incomparáveis, não se podendo omitir enorme distância que existirá entre a Escola que imaginamos e aquela que teremos.

Aceitei temeroso, esta reconfortante tarefa de tentar descrever o sonho, porque acredito na magistratura como um todo e que possa sugerir-lhes algumas idéias, fruto de uma experiência de mais de dez anos na Escola Paulista da Magistratura, onde desempenhei, durante seus quatro primeiros anos, o cargo de Secretário-Executivo e hoje, há quase seis, os de Diretor do Conselho Editorial de sua Revista (em convênio com a Associação Paulista de Magistrados), além de Secretário-Executivo dos Centros de Estudos. Sobre estes, num breve parêntese, refere-se que foram criados, através de sedes no Interior, com a missão de integrar, de forma democrática, os demais juízes no acesso às atividades desenvolvidas pela Escola Paulista na Capital do Estado.

Iniciado o exame da criação e adequação da Escola Supranacional, a primeira questão que coloco é: qual será o currículo ideal para uma Escola de porte e natureza supranacional?

Acredita-se que, de imediato, seja necessário reciclar os magistrados em matérias como Direito Internacional (Público e Privado), ministrar-lhes noções de política externa, economia, sociologia, história diplomática da América Latina, do constitucionalismo latino-americano, quer através de aulas tradicionais, quer criando-se universidades à distância, com acesso também a bibliotecas e vídeos sobre a cultura e o comportamento de todos os povos do Continente. Da mesma forma, deve-se imaginar possibilidade de estágios nas sedes de decisão dos respectivos países, através da concessão de bolsas de estudos aos magistrados que mais se destacarem durante a freqüência aos cursos da Escola Supranacional.

A segunda colocação propõe refletir sobre a possibilidade de criação de uma Escola que anteceda à instalação do próprio Tribunal Supranacional, o que, sem dúvida, é essencial, caso contrário, não terão os juízes onde pesquisar e iniciar o estudo da jurisprudência continental e internacional, preparando-se para o exercício futuro de funções supranacionais. Uma instituição capaz de recolher e divulgar legislação e decisões que digam respeito ao Mercado Comum, como o compartilhamento da soberania ou a definição de competências, elaborando os novos currículos e selecionados professores e alunos. Ou será que poderemos improvisar?

A questão é grave. Não podemos esquecer que a elaboração de tratados, protocolos, resoluções e atos oriundos dos órgãos que compõem o Mercosul está sendo consumada em verdadeira avalanche. Os aspectos econômicos, alfandegários, de previdência social, de movimentação de trabalhadores, vêm sendo regulamentados, quase que diariamente. Já existem acordos bilaterais de extrema importância para os *particulares*, como principais destinatários de todo este esforço comunitário, sejam eles empregadores ou empregados. Recentemente foi assinado acordo entre o Brasil e o Chile, sobre Previdência Social (D.O.U. de 26.4.96), que envolve, além da circulação de seus trabalhadores, a garantia, dentre outros benefícios, da aplicação bilateral de legislações referentes a acidentes de trabalho e doenças profissionais (art. 2º). As conseqüências deste acordo são imediatas e será que podemos nos considerar preparados para interpretá-los ou julgá-lo, à luz de adequada jurisprudência?

Há outros obstáculos que devemos ter em mente, desde o início de nossos estudos: como resolver a questão constitucional de uma soberania compartilhada? Por ora, as Constituições que mais avançaram nesta direção, prevendo a instalação de um Tribunal Supranacional, são as da Argentina e do Paraguai. Será que não devem os magistrados latino-americanos receber sólida formação doutrinária específica, preparando-se para assessorar o Legislativo quando de eventual mudança constitucional em seus respectivos países, ou, o que é mais, para explicar os reflexos de um compartilhamento da soberania – tarefa hoje atribuída, com exclusividade, ao pessoal da burocracia diplomática?

A política diplomática, ao ignorar a vertente jurídica, não deixou de imaginar outras formas de solução das controvérsias, acenando-se no - Brasil – com uma lei (9.037/96) que cria a figura dos

árbitros, na função de juízes leigos, competentes para decidir questões de fato e de direito! Pode parecer ilógico, mas, para o Poder Executivo e sua burocracia, representa o início de uma política que irá investir contra o monopólio da jurisdição, privatizando-a. A vertente econômica adiantou-se àquela jurídica, nivelando o tratamento jurídico, aos particulares, nas questões internacionais, *meramente* econômicas, onde cabível a arbitragem, esquecida de que o árbitro decidirá também questões entre eles e uma empresa transnacional ou um Estado. Quem irá fiscalizar e controlar a atividade do leigo, investido na função de juiz; as próprias partes? Será ele isento? Quem sobre ele exercerá controle funcional e administrativo? Ou será dispensável?

Outro relevante aspecto diz respeito à difusão de informações, conforme já alvitrado na 1ª Semana Jurídica do Mercosul, no Guarujá, no ano passado, devendo a atividade da Escola estar vinculada à imediata edição de um Boletim Oficial, com atualização legislativa e jurisprudencial, além de uma Revista doutrinária, distribuídos para as Escolas dos países que a integram e também através da inserção de página na Internet.

Apresenta-se igualmente imprescindível e urgente a elaboração de um Dicionário da Jurisprudência Comunitária Latino Americana, bem como de uma Enciclopédia Jurídica, ambos editados nos idiomas oficiais do Mercosul.

Estas primeiras iniciativas demonstrarão a necessidade de se criar e instalar a Escola e o Tribunal Supranacionais, desconsiderada a oposição, às vezes surda, outras ferrenha, que procura impedir a integração do Continente. Naquelas devemos persistir, pois servirão para que não nos apresentemos na Casa Grande com idéias e ambições da Senzala.

Sugere-se que a Escola Supranacional deva ser imediatamente instalada, com o nome de “Escola Supranacional do Mercosul – Paulo Freire”. Lembrei, em caráter pessoal, o nome de Paulo Freire, talvez um dos maiores educadores do Brasil contemporâneo, mundialmente reconhecido, não só diante de seu recente falecimento, mas como justa homenagem ao homem que, com sua modéstia e profunda dedicação pedagógica, ao alfabetizar adultos, elaborou-lhes uma nova carta de alforria, capaz de arrancá-los de uma escravidão econômica, baseada numa indignidade mental provocada. Não serão estes, talvez, os mesmos princípios que devem nortear nosso sonho e sua concretização?

Quanto à localização da Escola, cremos que deverá obedecer a princípios de geopolítica e a requisitos mínimos, capazes de premiar a magistratura que já esteja desenvolvendo amplo trabalho de integração do Continente e possua Escola de Magistratura, apta a cumprir tão relevante e árdua missão.

Sugerimos ainda, que os demais países, dependendo do interesse e da extensão territorial, criem e instalem suas próprias Escolas Mercosulinas de magistrados, estabelecendo-se, desta forma, um verdadeiro *campus* continental, sempre observadas as diretrizes gerais, fixadas para todos os países, quando da criação e instalação da Escola Supranacional. Desacreditamos de uma eventual rotatividade de sua sede, capaz de abalar, diante das eventuais mudanças de orientação e método, a força e o prestígio em que deva a Escola estar alicerçada, desde a sua criação.

A escolha de representantes, professores ou alunos deverá basear-se no notável conhecimento jurídico e no inquebrantável idealismo, aferidos por uma conduta e uma vida intensamente dedicadas à integração e ao respeito por todos os povos da América Latina.

Resulta essencial a elaboração de convênios com a ONU e outros organismos mundiais, com Universidades que desenvolvam cursos de Direito Comunitário, Escolas de Diplomatas, de Ciências Sociais e de Sociologia e Política, além de qualquer entidade, cujos objetivos sejam condizentes aos da Escola Supranacional.

A manutenção da Escola e de suas congêneres deverá ser suprida pela União, por Estados ou Municípios, em dotações orçamentárias oficiais ou, por entidades privadas ou Institutos, criados através de doações, dirigindo-se à preparação de todos os lidadores do Direito. Não há, por óbvio, que se excluir desta formação advogados, procuradores, promotores de Justiça ou agentes das

Policiais Judiciárias. Estas, em nosso Continente, têm sofrido constante deformação política, fruto de reiterada orientação e controle por regimes ditatoriais, que as afastam da atividade precípua de proteger e resguardar a vida dos cidadãos, descaracterizando a Segurança Pública. Neste ponto, não seria demais imaginarmos, desde logo, uma forma de apuração dos crimes que garanta a ampla defesa e o contraditório, com a presença de autoridade judiciária, desde a fase policial, como premissa à defesa intransigente da Cidadania e dos Direitos Humanos.

Como conclusão, encerram-se estas considerações também sob o anseio mundial, inserto no Relatório da “Comissão sobre Governança Global”, de 1995, que, ao definir seus objetivos, afirmava não propor qualquer movimento “a favor de um governo mundial”, pois, se assim fizesse, enveredaria por um caminho próprio a um mundo menos democrático, mais acomodado diante do poder, mais propício às ambições hegemônicas e que preconizasse o papel de Estados e governos em detrimentos dos direitos dos cidadãos. Trata-se, antes, do prenúncio de uma nova era, na qual se deve lutar “para submeter o poder arbitrário – econômico, político ou militar – ao império da lei na sociedade global”<sup>4</sup>. O mesmo império da lei que distingue bárbaros de civilizados, sociedades democráticas daquelas tirânicas, que protege a liberdade e a Justiça da repressão, fazendo prevalecer a igualdade à dominação e que, por fim, protege os mais fracos da prepotência injusta dos mais fortes.

Cabe, por oportuno, lembrar o Art. 38 (1), do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, em sua letra (d), quando estabelece que deverá ela aplicar (...) as decisões judiciárias e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito. Remontando àquela, na origem, à cidade de Haia, entre 1899 e 1907, pretendia-se se constituir no receptáculo da confiança das nações.

Desde logo, Elihu Root, então Secretário de Estado dos EUA, observou à sua delegação que alguns países “se opunham à não por se recusarem a submeter controvérsias a uma arbitragem imparcial, e sim por temerem que os árbitros não fossem imparciais”. Root pretendia, assim como o mundo atual, a criação de um Tribunal confiável, composto de “jurisconsultos, nada mais que isso, os quais recebam remuneração adequada, não tenham outra ocupação e dediquem todo o seu tempo ao julgamento de causas internacionais, por métodos judiciais e como senso de responsabilidade judicial”<sup>5</sup>.

A responsabilidade da magistratura continental na criação de uma Corte e de uma Escola Supranacionais não pode estar centrada na defesa mesquinha de um sentimento corporativo.

Quando lutamos para preservar nossos postos de trabalho, amparados legalmente pelas garantias inerentes à independência e liberdade das decisões, devemos pensar que a população latino-americana sempre esteve sujeita a agressões, assassinatos e torturas e que a classe trabalhadora tem sido constantemente aviltada nos seus direitos. Quando assumimos a responsabilidade de o fazer é para que não se tenha acesso a uma Justiça dirigida exclusivamente por leigos na função jurisdicional, por árbitros ao invés de magistrados, que deixam de ser independentes se ameaçados ou corrompidos por ricos ou poderosos.

Devemos garantir às nossas populações que encontrarão juízes internacionais bem-formados, ética e juridicamente; magistrados preparados para distribuir rápida e eficaz prestação jurisdicional, sempre obedecidos a liberdade e independência de convicções e julgamentos.

Quando nos propomos a criar uma Escola Supranacional pensamos não só em proteger nossos povos da ganância econômica mundial, com arremedos de Poder Judiciário, expressão sutil de nova investida colonialista, mas também em atingir estatura internacional, como magistrados e defensores intransigentes do Estado Democrático de Direito e do império da lei.

Não podemos acreditar que a sanha privatística possa atingir o dever inalienável dos Estados Unidos de a todos permitir o acesso a uma ordem jurídica justa, à rápida e eficaz prestação jurisdicional e a uma orientação segura de seus juízes, especialmente no âmbito do Mercosul.

Lembremos aqui o raciocínio de Bobbio, corretamente interpretado por Giuseppe Vacca, quando preconiza que: “O mercado”, escreve Bobbio, “bem mais que a democracia política, foi o

grande vencedor da disputa das democracias contra os regimes comunistas”. Mas ele parece ser hoje o reino do “homem utilitário, interessado, egoísta, que se ocupa tão-somente de seus próprios interesses particulares”. A “vitória esmagadora do mercado” demonstra que a sociedade em que vivemos “é uma sociedade sem ideais, uma sociedade que atravessa uma crise moral”, na qual, ao menos por enquanto, o *Homo oeconomicus* prevaleceu sobre o *Homo sapiens* e não se vê como este possa voltar a atuar.”<sup>6</sup>.

Tomando-se o *Homo sapiens*, como exemplo de garantidor da democracia, constatamos que os juízes, ao menos os do Brasil, sempre olharam com desconfiança e cautela para questões políticas, econômicas e diplomáticas, delas apenas auferindo as desastrosas conseqüências das reiteradas controvérsias e iníquos planos econômicos, não querendo isto dizer que tenham admitido uma instituição sem idéias.

Devemos supor que, dos destroços dos “anos de chumbo”, que recobriram todo o nosso Continente, surgirá um novo pacto político de integração, a ser rapidamente alcançado e concretizado, através de uma estrutura jurídica capaz de assegurar os direitos de cidadania aos nossos povos. Não podemos, assim, prescindir de Tribunal e Escola Supranacionais, com juízes aptos a interpretar e julgar as novas questões continentais, como corolários de uma verdadeira e intransigente defesa dos Direitos Humanos<sup>7</sup>.

A luta pela integração é uma verdade composta por miríades de caos, como a independência dos juízes e a negação de qualquer espécie de privatização do monopólio da jurisdição, mesmo que a pretendam como “verdadeira reforma” ou que se constitua num “revolucionário” enfoque do liberalismo econômico.

O que nos propomos é a busca do verdadeiro caminho, capaz de dignificar o Poder Judiciário Supranacional e seus juízes, a todos os cidadãos garantindo o acesso a uma ordem jurídica justa.

Para isto viemos!

\*Palestra proferida para juízes latino-americanos reunidos em Garibaldi – RS - entre os dias 29 a 31 de maio de 1997, na “2ª Semana Jurídica do Mercosul” .;

### **Notas e Referências Bibliográficas**

1. “Relatório do Brasil: Educação e Treinamento de Juízes e Advogados” – incluído no “General Reports”, in *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, Ano I, n. 0 pp. 275/286, São Paulo, Abril/Maio, 1993;
2. Saaverdra, Gustavo Fernández –“O futuro já não é o que er antes; O novo sentido da Mudança”, in *Política Comparada*, Ano I, v. I, n. I, pp. 15/42, Brasília, Janeiro /Abril, 1997;
3. “Infância Roubada” – Caderno Especial sobre Trabalho Infantil, *Folha de São Paulo*, 1º de Maio e 3 de Maio, 1997;
4. *Nossa Comunidade Global* – “O Relatório da Comissão sobre Governança Global” – Prefácio dos Co-Presidentes: Ingvar Carlsson e Shridath Ramphal, pp. XV e XVI, Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1996;
5. *idem* – “O Fortalecimento do Império da Lei no Plano Mundial”, Cap. 6 pp. 229/253;
6. Vacca, Giuseppe – *Pensar o Mundo Novo – Rumo à Democracia do Século XXI* – Ed. Ática, 1996, p. 15;
7. Noam Chomsky, em Conferência proferida na Universidade de Harvard, em 1985, relatório secreto do Departamento de Estado Americano, elaborado em 1948, por George Kennan, considerado um dos cérebros da planificação daquele Departamento, do qual resultou a formulação

da política externa americana para as décadas seguintes: “*Tenemos aproximadamente el cincuenta por ciento de la riqueza del mundo, pero solamente el 6.3 por ciento de su población (...) En esta situación, no podremos evitar ser objeto de celos y resentimientos. Nuestra tarea real en el período venidero es proyectar un orden de relaciones que nos permita mantener esa posición de disparidad (...) No necesitamos engañarnos a nosotros mismos pensando que podremos darnos hoy en día el lujo del altruismo y la beneficencia mundial (...) debemos dejar de hablar sobre objetivos vagos e (...) irreales como los derechos humanos, el crecimiento del nivel de vida, y la democratización. No está lejos el día en el que debemos tratar directamente conceptos de poder. Mientras menos estorben los esoligans idealistas, mejor.*” Na mesma Conferência, o autor esclarece a respeito da conceituação do “efeito dominó”, enfatizando: “*Pero existe además una versión racional de la teoría dominó que nunca fue cuestionada en documentos de planificación porque es plausible, racional y verdadera. Ésta dice que el desarrollo social y económico existoso en una zona puede tener um efecto multiplicador em otras regiones, extendiéndose así la “putrefacción”. Dicho sea de paso, es por esta razón que Estados Unidos tipicamente demuestra lo que se vê como la tan fanática oposición contra el desarrollo constructivo em países marginales*” (in “*La Intervencion Estadounidense em Centroamérica y VietNam*”, Alción Ed., 1996, 1ª Bs.As., Argentina, respectivamente, pp. 15 e 24).

### Centro de Estudos – Cedes

#### A Obrigatoriedade ou não do Alongamento das Dívidas Rurais

Henrique Nader  
**Juiz da 2ª Vara de Presidente Venceslau**

O presente trabalho foi apresentado em 25.10.96, em reunião Do Centro de Estudos Judiciários “Ruy Barbosa”, que compreende as comarcas da 28ª Circunscrição Judiciária e que tem por atividade primordial o estudo e a pesquisa do Direito em perspectiva Constitucional. Na ocasião, o tema atormentava os juízes da circunscrição porque os municípios que ela integra têm sua atividade econômica baseada na agricultura e na pecuária, e as questões sobre a recente Lei 9.138, de 29.11.95, eram suscitadas em vários processos pendentes de julgamento.

Foram distribuídas, previamente, aos juízes as seguintes questões: 1) É obrigatório ou facultativo para as instituições e agentes financeiros o alongamento das dívidas originárias de crédito rural, nos termos da Lei 9.138/95?; 2) Se é obrigatório, como fica a garantia constitucional da irretroatividade da Lei em respeito ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido? Se é obrigatório e foi negado pela instituição ou agente financeiro, pode ser imposta em incidente da execução ou nos embargos do devedor?

Dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu art. 192, *caput*, que o sistema financeiro nacional, a ser regulado em Lei Complementar, deve ser estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade.

José Afonso da Silva ensina que, pelo princípio da recepção, até que seja editada a lei Complementar mencionada pelo referido dispositivo constitucional, fica valendo a Lei 4.595/64, que instituiu o Sistema Financeiro Nacional. O festejado doutrinador ressalta, ainda, a importância do sentido e dos objetivos que a Constituição imputou ao SFN, ao estabelecer que ele será estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e servir aos interesses da coletividade, concluindo que também as instituições financeiras privadas ficam de modo muito preciso vinculadas ao cumprimento de função social bem caracterizada.<sup>1</sup>

Segundo o art. 4º da Lei 4.595, de 31.12.64, compete ao Conselho Monetário Nacional, entre outras coisas, a) disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em

todas as suas formas, b) limitar as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações de serviços bancários, inclusive os prestados pelo Banco Central do Brasil, assegurando taxas favorecidas aos financiamentos que se destinam a promover:... investimentos indispensáveis às atividades agropecuárias e c) regulamentar, fixando limites, prazos e outras condições, às operações de empréstimos, efetuados com quaisquer instituições financeiras pública ou privadas, de natureza bancária.

Disso decorre que todos os bancos comerciais, privados ou públicos, que tenham sido autorizados a integrar o SFN estão sujeitos às normas regulamentares baixadas pelo BC, com base em deliberações do CMN. Aliás, isso está explicitado no item 5, letra *b*, da Resolução 469, de 07.04.78, do Banco Central.

Explica Arnaldo Rizado que ao CMN compete traçar as diretrizes determinantes da política do crédito rural, de acordo com a Lei 4.595, de 31.12.64, competência essa reforçada pela Lei 4.829/65, que atribui aquele órgão disciplinar, com exclusividade, o crédito rural, estabelecendo as normas sobre fixação e ampliação dos programas de crédito rural, abrangendo todas as formas de suplementação de recursos, inclusive refinanciamentos, e os termos, prazos, juros e demais condições das operações. Esclarece, ainda, que, segundo a citada lei, objetivos sociais e de interesse nacional dirigem a aplicação do crédito rural e que a produção rural constitui um dos setores de vital importância para o País, pois atende a mais primária das necessidades humanas, que é a alimentação ou a subsistência do corpo humano.<sup>2</sup>

De uns anos para cá, é notória, porque divulgada com frequência pelos meios de comunicação e até mesmo admitida pelas autoridades<sup>3</sup>, a difícil situação dos produtores rurais que, em razão dos encargos elevadíssimos cobrados pelas instituições financeiras, não conseguem pagar as dívidas decorrentes do crédito rural. Em consequência, tem-se, de um lado, a crescente insolvabilidade dos produtores rurais e, de outro, a ascendente lucratividade das instituições financeiras, mesmo depois da propalada estabilização da economia.

Nesse contexto, surgiu a Lei 9.138, de 29.11.95, que, em seu art. 5º, estabelece: “São as instituições e os agentes financeiros do Sistema Nacional de Crédito Rural, instituído pela Lei 4.829, de 5.11.65, autorizados a proceder ao alongamento de dívidas originárias de crédito rural, contraídas por produtores rurais, suas associações, cooperativas e condomínios, inclusive as já renegociadas, relativas às seguintes operações, realizadas até 20.06.95.” Nos dispositivos seguintes, a Lei define outros requisitos, a forma as condições do alongamento da dívida. Embora o teor literal dessa norma possa sugerir que é faculdade e não obrigação das instituições e agentes financeiros o alongamento das dívidas originárias de crédito rural, essa não pode ser e não é a melhor interpretação do texto legal.

Com efeito, sabe-se que, para compreender o significado e fixar o alcance da norma jurídica, não pode o intérprete ater-se unicamente ao seu teor literal. A interpretação da Lei deve sempre atender aos fins sociais a que ela se destina (art. 5º da LICC). Para tanto, no desempenho de sua tarefa o hermenêuta não pode prescindir da conjugação dos vários métodos de interpretação da norma jurídica. Assim é que, a compreensão dos dispositivos da Lei 9.138, de 29.11.95, não pode contrariar os princípios (método lógico-sistemático) insculpidos na CF de 1988 (art. 192, *caput*) e nas leis infraconstitucionais que regulamentam o SFN (Lei 4.595/64) e o SNCR (Lei 4.829/65), nem pode olvidar que a sua elaboração foi decorrente da necessidade e mitigar os efeitos nocivos do endividamento dos produtores rurais ao desenvolvimento equilibrado do País e aos interesses da coletividade (método histórico). Ao dispor sobre o alongamento da dívida originária do crédito rural e definir os requisitos para os devedores obterem esse benefício, a Lei criou para estes, portanto, um direito subjetivo que, em última análise, atende ao interesse coletivo da produção de alimentos.

Ademais, se entendesse que a Lei, meramente, outorgou às instituições e agentes financeiros a faculdade de, discricionariamente, conceder ou não a este ou àquele produtor rural o benefício, estar-se-ia violando, também, os princípios constitucionais segundo os quais todos são iguais perante a Lei (art. 5º, *caput*) e nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário (inc. XXXV). Isso porque, a vingar a tese da facultatividade do

alongamento da dívida, haveria a possibilidade dele ser concedido a alguns e negado a outros devedores, mesmo que estes preenchessem os requisitos legais, a critério exclusivo das instituições e agentes financeiros, sem que os prejudicados por esse tratamento discriminatório pudessem deduzir sua pretensão em juízo.

Pela disciplina legal do SFN, o simples alongamento da dívida originária do crédito rural poderia ser determinado por Resolução do BC, com base em deliberação do CMN, às quais devem obediência as instituições e os agentes financeiros, públicos ou privados, que integram o SFN, como dispõem as Leis 4.594/64 e 4.829/65. No entanto, como em consequência do alongamento e entendendo ser necessária a securitização das operações dele decorrentes, isto é, a emissão de títulos públicos até o montante de R\$ 7.000.000.000,00 (sete bilhões de reais) como garantia das instituições e agentes financeiros, é que houve necessidade da edição da Lei 9.138/95, pois que simples resolução do BC, com base em deliberação do CMN, não poderia onerar o Tesouro Nacional.

Note-se que, quando a Lei 9.138/95 quis criar uma faculdade e não uma obrigação às instituições financeiras, ela o fez expressamente, dispondo no art. 4º, *caput*, que estas poderiam conceder novos financiamentos rurais sob a modalidade de crédito rotativo. Porém, com relação às operações de crédito rural realizadas até 20.06.95, apesar da terminologia equivocada utilizada pelo legislador no art. 5º, *caput*, não pode haver dúvida de que é direito subjetivo do financiado ou devedor obter o alongamento da dívida, se preenchidos os requisitos legais. Tanto é assim que os §§ 3º, 4º e 5º desse mesmo artigo estão redigidos de modo a afirmar esse direito dos produtores rurais, estabelecendo que “serão objeto do alongamento a que se refere o *caput* as operações contratadas...”; “os saldos devedores apurados, que se enquadrem no limite de alongamento previsto no § 3º, terão seus vencimentos alongados...” e “os saldos devedores apurados, que não se enquadrem no limite de alongamento estabelecido no § 3º, terão alongada a parcela...”

Também a Resolução 2.238, do BC, baixada em cumprimento de deliberação do CMN e que dispôs sobre condições e procedimentos a serem observadas na formalização das operações de alongamento de dívidas originárias de crédito rural, de que trata a Lei 9.138/95, não esconde o caráter obrigatório dessa providência, para as instituições financeiras, pois em seu art. 1º, IX previu que na hipótese de saldo devedor consolidado superior a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), o beneficiário tem direito ao alongamento até aquele montante. Esclarece essa resolução, também, em seus arts. 14 e 16, que a chamada securitização da dívida nada mais é do que a transferência dos créditos rurais das instituições financeiras ao Tesouro Nacional, em troca de títulos públicos.

Afirmada a obrigatoriedade do alongamento das dívidas originárias de crédito rural, para as instituições financeiras, desde que preenchido os requisitos legais, cumpre resolver se tal afirmação não contraria o preceito constitucional que resguarda da Lei nova o direito adquirido e ao ato jurídico perfeito.

A doutrina e a jurisprudência vêm confirmando a tese de que as normas de direito econômico, por serem de ordem pública, têm aplicação imediata, alcançando os contratos em curso, sem ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Várias são as decisões dos tribunais superiores nesse sentido: RT 669/193, 670/173, 673/184, 674/241 e 679/207. Orlando Gomes<sup>4</sup>, por sua vez, ensina: “Outro princípio que sofre alteração frente à ordem pública dirigista é o da intangibilidade dos contratos. Sempre que uma nova Lei é editada nesse domínio, o conteúdo dos contratos que atinge tem de se adaptar às suas inovações. Semelhante adaptação verifica-se por força de aplicação à funcionalidade da legislação econômica dirigista. Derroga-se com o princípio da aplicação imediata a regra clássica do direito intertemporal que resguarda os contratos de qualquer intervenção legislativa decorrente de Lei posterior à sua conclusão.”

Acrescente-se que as normas que disciplinam o SFN, por serem de ordem pública, são cogentes e prevalecem sobre o princípio da autonomia da vontade dos contratantes, sobretudo porque visam a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade (art. 192, *caput*, da CF/88).

Ao final da exposição do tema pelo juiz Henrique Nader, os juízes Regina Aparecida Caro, Leonino Carlos da Costa Filho, Ezequiel Teixeira da Mota, Catarina Silvia Ruybal da Silva Estimo, Wagner Carvalho Lima e Paulo Eduardo de Almeida Sorci, concluíram que a Lei 9.138/95, por conter normas de direito econômico, tem aplicação imediata, alcançando os contratos em vigor e obriga as instruções financeiras, e não apenas lhes faculta, proceder ao alongamento das dívidas originárias de crédito rural, desde que preenchidos os requisitos legais. As questões processuais sobre as conseqüências do reconhecimento de tal obrigatoriedade foram relegadas a oportuno estudo a ser feito pelos juízes nos casos concretos.

### **Notas e Referências Bibliográficas**

1. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, RT, 1990, 6ª ed., p. 692.
2. *Contratos de Crédito Bancário*, RT, 1994, 2ª ed., pp. 186 e 187.
3. Conforme relatório da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, criada através do Requerimento do Congresso Nacional 92/93, destinada a investigar as causas do endividamento do setor agrícola, o elevado custo dos seus financiamentos e as condições de importação de alimentos nos exercícios de 1990 a 1993. ]
4. *Direito Econômico*, Saraiva, 1997, p. 59.

### Memória do Judiciário Paulista

O Tribunal de Justiça de São Paulo  
nos Primeiros Tempos

Justino Magno Araújo  
**Juiz do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo**

Observou-se, quando da instalação do Tribunal de Justiça de São Paulo, à época denominado Tribunal de Relação, o rigor do Regimento Interno da Relação da Bahia, com a descrição dos objetos à mesa do Presidente, o pano de seda, o tinteiro e a campainha.

A propósito do Regimento da Relação da Bahia, noticia o Prof. Waldemar Ferreira que particularizaram-se naquele texto as medidas e providências para que fosse instalada conveniente a Relação, tais como:

“E assim haverá na Casa da Relação panos para se cobrirem as mesas dos despachos, e os da grande serão de seda, e o tinteiro, poeira, e campainha serão de prata; e as mais se cobrirão de panos de lã, e os tinteiros, poeiras, e campainhas serão ordinários, como nas Relações do Reino costuma haver”.

“E haverá escabelos de couros estofados todos de uma altura, e as cadeiras rasas necessárias para os desembargadores.”

“E os desembargadores, enquanto estiverem em despacho na Relação com o governador, estarão assentados em escabelos de encosto na mesa grande, e em cadeiras rasas nas outras mesas, pela ordem que se costuma na Casa de Suplicação”.

“E os ditos desembargadores não estarão na Relação com armas, nem trarão vestidos de cor, e andarão vestidos, assim na Relação, como na cidade, com as ópas, que costumam trazer os desembargadores na Casa da Suplicação, de maneira que representem os cargos que têm.”<sup>1</sup>

Tendo sido esse o regimento adotado pela Relação Paulista, verifica-se a preocupação do seus componentes em dotá-la de instalações condignas, como convinha à Imperial Cidade de São Paulo.

### **O Termo “Desembargador” e seu significado**

O termo “desembargador”, como lembra José Gomes Câmara, foi usado pela primeira vez por Portugal para designar os membros que compunham a “mesa do desembargo do paço, consciência e ordens”. O título revestia-se de um caráter honorário, pois a Mesa do Desembargo era um tribunal especial de assistência ao soberano ou conselho de ministros, e embora não possuísse atribuições judiciárias, podia ser considerado o mais elevado tribunal do Reino pela relevância de suas decisões.

Relativamente à etimologia, explica Waldemar Ferreira que vinha de desembargar, significado “tirar o embargo”, ou seja, o estorvo, embaraço, obstáculo ou oposição. Embargos, pois que geralmente se usa o vocábulo no plural, na linguagem jurídica são as contrariedades ou contestações, em forma articulada, acertos atos, autos ou medidas judiciais.”<sup>2</sup>

Já o insigne Mário Guimarães prefere o vocábulo “ministro” (que também seria usado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo) ao invés de “desembargador”, e faz a seguinte indagação: por que desembargadores, se os juízes do Tribunal de Justiça não julgam somente embargos, e estes até constituem a parte mínima das decisões de segunda instância?

E remata: “O vocábulo, porém, não significa, nem significou jamais o magistrado que julga os embargos, no sentido moderno da palavra, senão o que tira os embargos que empecem o processo. Embargos tem aí o sentido vulgar e quase obsoleto de “estorvo”, impedimento, tropeço, embaraço, etc.”

Desembargar é, pois, tirar os embargos, ou sejam, os estorvos.

Desembargo, toma-se em português arcaico, como sinônimo de despacho”.<sup>3</sup>

Malgrado a crítica do festejado jurista, e que também foi um dos grandes desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo, o termo ficou, e em nosso entender, acertadamente. O título de “ministro” está hoje reservado aos membros do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Superior Tribunal Militar, e Tribunal de Contas da União (CF/88, arts. 73 e 84, XIV).

### **As Várias sedes do Tribunal desde a sua Instalação**

A Relação de São Paulo funcionou, a princípio, no prédio situado à Rua Boa Vista, frente à atual Rua 3 de Dezembro, com fundos para a Rua 25 de Março, tendo como Presidente o Cons. Tristão de Alencar Araripe até o dia 2.5.1874, em que assumiu a Presidência o Des. José Norberto dos Santos. O primeiro Secretário da Relação foi o Dr. João Batista de Moraes, que exerceu o cargo até o dia 31.5.1878.

Segundo revelação de Frederico de Barros Brotero, o prédio da rua Boa Vista “dentro de pouco tempo tornou-se imprestável para o fim para o qual fora destinado; o soalho apodrecia em vários lugares; as janelas dos cartórios onde se acumulava incipiente, mas valioso arquivo, não ofereciam segurança e inconveniente maior, inúmeras goteiras deixavam a chuva penetrar em todos os cômodos, inclusive na sala de conferências.”<sup>4</sup>

Dada a situação precária do prédio, em 1884 o Tribunal se transferiu às pressas para os altos do prédio 27 da Rua José Bonifácio, lá permanecendo até janeiro de 1887, quando terminaram os reparos do prédio da Rua Boa Vista. Da Rua Boa Vista, o Tribunal passou em 1990 para a Rua Mal. Deodoro, 8, esquina da Rua da Caixa D’Água, atual Rua Barão do Paranapiacaba.

No testemunho de Frederico Brotero, esse prédio compunha-se, além do térreo, de mais dois pavimentos. As sessões e conferências realizavam-se no último, que era alcançado depois de uma escada interminável, íngreme e perigosa. Não se conheciam elevadores, pelo que os Ministros, em geral pessoas de idade, chegavam ao topo completamente esgotados. Mais de uma vez – conta ele – tivemos ocasião de ouvir queixas do Ministro Pinheiro Lima, hemiplégico, privado dos movimentos do lado direito, quando solicitava o braço de uma colega ou de um contínuo para auxiliá-lo a subir até o segundo andar.<sup>5</sup>

Em 1909, mais uma vez o tribunal mudou de prédio, indo para o da Rua José Bonifácio, 13. A nova sede, em relação às anteriores, apresentava a vantagem de ter sido construída especialmente para servir a uma Corte de Justiça. As salas apresentavam-se confortáveis e os cartórios eram amplos. Além disso, possuía escada suave, bem lançada, cortada em duas seções, com descanso no meio. Ali, os membros do Tribunal não se queixavam da subida, nem davam sinais de fadiga.

Em 1915, houve nova mudança, desta feita para a Rua Brigadeiro Tobias, 81. Nesse local, o Tribunal permaneceu até a mudança definitiva para o Palácio da Justiça, ocorrida em dezembro de 1932.

### **A Organização da Relação: Nomeação, Prerrogativas, Garantias, substituições, vencimentos e Responsabilidades dos Magistrados. O uso da “beca”.**

Os Tribunais das Relações, salvo atribuições especiais, tinham organização coletiva idêntica, segundo expõe Pimenta Bueno. No tocante à nomeação de seus membros, por exemplo, havia a seguinte regra: o presidente era nomeado pelo Imperador, dentre os desembargadores, por três anos, desprezada a Antigüidade. Os desembargadores, igualmente nomeados pelo Imperador, eram tirados dentre os juízes da 1ª instância.

Quanto às substituições, observava-se a seguinte norma: o presidente, em suas faltas, seria substituído pelo desembargador mais antigo, e os desembargadores, nos casos previstos para os juízes de direito. Interessante notar também que gozavam da garantia da promoção para o Supremo Tribunal, pelo princípio da Antigüidade.

Com vencimentos, além da parte fixa, ainda percebiam uma gratificação anual de 1.000.000 (lei de 7.8.1852), e tinham direito aos emolumentos arrecadados pelo cofre do Tribunal que eram mensalmente repartidos.

No capítulo atinente à responsabilidade, tinha o governo o direito de suspendê-lo e fazê-los responsabilizar pelos abusos que cometessem (Constituição Imperial arts. 154 e 164, § 2º). Tanto nos crimes de responsabilidade como nos delitos comuns, respondiam perante o Supremo Tribunal de Justiça.

As sessões dos tribunais (também chamadas de “conferências”) realizavam-se duas vezes por semana.

Essas eram algumas das normas atinentes à organização dos tribunais, ao tempo do Império.

Como prerrogativas, seus componentes tinham o tratamento de “senhoria” e usavam “toga” (beca). O seu presidente tinha o tratamento de “excelência” (que mais tarde iria se generalizar para todos os desembargadores e juízes) e o título do conselho.

Recordando o uso da toga, diz o Ministro Mário Guimarães que ele deriva do mundo romano, onde compunha o traje dos senadores. Rebatendo, com propriedade, as críticas ao uso das vestes talares, que representariam anacronismo, diz esse jurista que “a toga pela sua tradição e seu prestígio, é mais que um distintivo. É um símbolo. Alerta no juiz a lembrança do seu sacerdócio. E incute no povo, pela solenidade, respeito maior pelos atos judiciários.”<sup>6</sup>

E essa é uma tradição que dificilmente cairá: na França, os advogados são proibidos de participar das audiências, se não estiverem trajando a beca. No Brasil, conquanto não seja obrigatório para os juízes de 1ª instância, seu uso é de rigor nos órgãos colegiados.

### **Notas e Referências Bibliográficas**

1. **Waldemar Ferreira** – *História do Direito Brasileiro*, tomo II, p. 200, Ed. Freitas Bastos.
2. **Waldemar Ferreira** – *ob. cit.*, p. 213.
3. **Mário Guimarães** – *O juiz e a função jurisdicional*, p. 190, Ed. Forense.
4. **Frederico de Barros Brotero**, *Tribunal de Relação e Tribunal de Justiça de São Paulo*, p. 104, Graf. Paulista. *Apud*
5. **M. José F. Costa** – *Quase um século de justiça*, p. 12, Ed. Univ. de Direito.
6. **Mário Guimarães** – *ob. cit.*, p. 195.