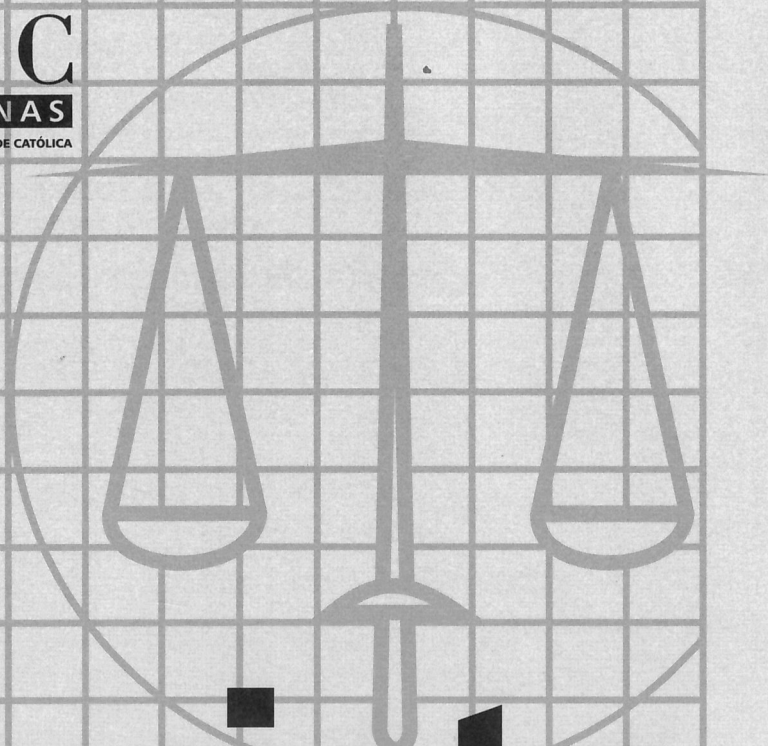


ISSN 0103-5622



PUC
CAMPINAS
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA



Revista Jurídica

Vol. 17 - Nº 1 - 2001

FACULDADE DE DIREITO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS

GRÃO-CHANCELER

D. Gilberto Pereira Lopes

MAGNÍFICO REITOR

Pe. José Benedito de Almeida David

VICE-REITOR PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

Prof. José Francisco B. Veiga Silva

VICE-REITOR PARA ASSUNTOS ACADÊMICOS

Prof. Carlos de Aquino Pereira

DIRETOR DA FACULDADE DE DIREITO

Prof. Luís Arlindo Feriani

REVISTA JURÍDICA

Periodicidade Semestral

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Régis de Moraes

Profa. Constança Marcondes César

Renan Severo Teixeira da Cunha

Heitor Regina

Jamil Miguel

Jorge Luiz de Almeida

Editora responsável - Vera de Arruda Roza Cury

Ana Maria Melo Negrão - Revisora

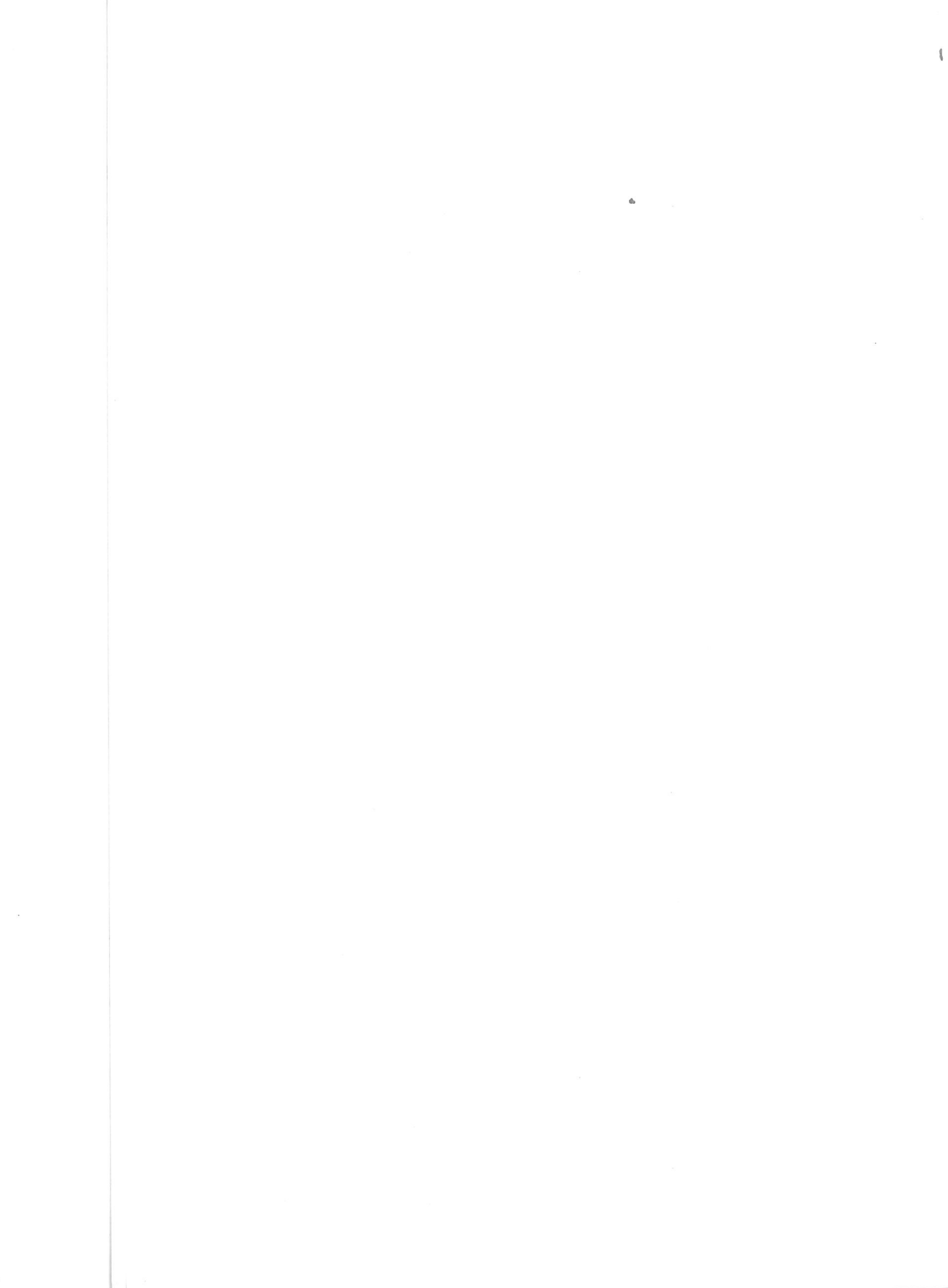
REVISTA JURÍDICA

Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas:
Rua Marechal Deodoro, 1099 - Tels. 3735-5899 ou 3735-5833
CEP 13020-904 ou Caixa Postal 317 - CEP 13012-970 - Campinas, S

Revista Jurídica

ISSN 0103-5622

Revista Jurídica	Campinas	v. 17	Nº 1	p. 1-200	2001
------------------	----------	-------	------	----------	------



SUMÁRIO

ARTIGOS

Considerações a Respeito do Conceito de Justiça na Antigüidade Greco-Romana	
Júlio Cesar Balletini Silva	5
Anotações sobre os Princípios Constitucionais	
Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas	14
A Demora da Prestação Jurisdicional	
Rogério A. Correia Dias	39
Justice Et Paix Chez Paul Ricoeur	
Constança Marcondes César	59
A Hermenêutica de Schleiermacher	
Gerson Leite de Moraes	63
Execução da Tutela Antecipada	
Ersio Miranda	68
Oposição e Processo Cautelar	
Tarcísio Germano de Lemos Filho	88
Questões Controvertidas Acerca do Mandado de Segurança Coletivo	
Renata Peixoto Ferreira	93
Seminário sobre a Ação Popular	
Fábio Rodrigues Fazuoli	120
Como Explicar o Paradoxo Processo Moderno - Justiça Morosa?	
João Batista Lopes	145
A Flexibilização da Exigência do Depósito Elisivo na Lei Falimentar	
Robson Zanetti	167
A Descaracterização da Personalidade Jurídica	
Jair Domingos Bonatto	179

CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO CONCEITO DE JUSTIÇA NA ANTIGÜIDADE GRECO-ROMANA

Júlio Cesar Ballerini SILVA*

Partindo do pressuposto segundo o qual toda e qualquer discussão ética não pode estar alheia à noção de Justiça, posto que, como preconiza Olinto Pegoraro¹, o viver eticamente seria viver conforme a Justiça, passei a me preocupar com a questão do conceito de Justiça (sabidamente questão árida e tormentosa, que suscita acalorados debates), na Antigüidade greco-romana, eis que se assentam na base de nosso ordenamento jurídico atual.

É bem verdade que nossos manuais jurídicos têm alardeado de forma mais constante e permanente a influência romana, sobretudo na esfera do direito privado (são inúmeras as referências ao Digesto de Justiniano) mas não se pode perder de vista, em primeiro lugar, que o mundo romano passou a sofrer forte influência da cultura helênica, o que traria reflexos desta cultura para o direito (que, para alguns autores contrapostos à teoria Kelseniana, como o argentino Carlos Cossio, seria fator eminentemente cultural), e, em menor escala, mas não menos importante, de se ponderar que as próprias compilações gregas (ou pandektas) serviram de base para o chamado movimento pandektista alemão, que inspirou Clóvis Bevilacqua na elaboração do nosso Código Civil atual.

Como um dos muitos exemplos que poderiam ser destacados, desta não divulgada influência grega, poder-se-ia destacar, com fundamento no texto sobre a democracia de Péricles, da autoria de Hélio Jaguaribe, v.g., a anterioridade da reforma de Sólon (constituído arconte único a partir de 594 a.C.), no que se refere à abolição da servidão por dívidas, em período anterior

(*) (Mestrando em Direito - PUC-Campinas)

ao da congênere "Lex Poethélia Papiria" romana, apontada em nossos manuais como gênese do princípio da responsabilidade patrimonial em nosso direito (não se nega que a lei romana pode ter sido mais ampla, coibindo penas corporais, mas inegavelmente a reforma de Sólon, que a antecedeu, não pode ser afastada como marco na formação de uma responsabilidade patrimonial (princípio que norteia nosso ordenamento desde há muito)².

Ainda dentro do direito privado pátrio, indubitável a origem grega de certos institutos como os referentes à enfiteuse (surgido da necessidade de exploração por particulares de terras distantes dos centros urbanos) e do contrato sinalagmático.

Do mesmo modo, ainda com lastro na mesma fonte, obviamente com as devidas proporções, já na seara do direito público, encontraremos na "graphé paranomón", instituto da época de Péricles (meados do século V a.C.), destinado a garantir a denunciabilidade de contrariedade de uma lei à constituição (acepção mais ampla do que nossa atual ação declaratória de inconstitucionalidade, eis que a noção de constituição na Polis era diversa da nossa noção atual de constituição), o que poderia ser analisado como um embrião de nosso arcabouço protetivo das liberdades públicas³.

E, ainda, no plano do que se poderia aduzir um direito internacional latente (e é flagrante e candente a discussão a respeito da possibilidade, ou não, de um verdadeiro direito internacional antes da "Paz de Westphalia", movimento que culminou na elaboração do conceito moderno de Estado Soberano, atualmente em reelaboração) o instituto da proxenia, mencionado por Celso Lafer (em texto sobre as noções de Medida e Desmedida na democracia grega), que nos daria a concepção da existência de um cargo diplomático na Antigüidade grega, já nas relações entre os cidadãos das diversas pólis.⁴

Tais exemplos demonstram que, se a influência do ordenamento jurídico grego sobre o nosso direito não foi tão pujante quanto a influência romana, também não poderá ser simplesmente afastada ou desconsiderada de nossos manuais, como vem sendo feito (e na Antigüidade, de um modo geral, a forma de se alcançar a Justiça dar-se-ia pelo direito, enquanto instrumental, embora o jurisconsulto romano Paulus já asseverasse, no próprio Digesto - D L, 17, 144, 1-, que as noções de Lei e Justiça na coincidiriam necessariamente).

Sob tal perspectiva, entendo relevante uma análise da concepção de Justiça destes dois mundos, para que possamos, através da análise de

alguns fatores extrajurídicos, tentar conhecer o significado desta postura ética, que serviu de fundamento ao nosso ordenamento jurídico.

Se existiram inúmeras diferenças entre os modelos helênico e romano de compreender os fenômenos do direito e da Justiça, é importante destacar, desde logo, algumas semelhanças, sobretudo no que se refere ao aspecto místico de que o tema se revestiu, ao menos num primeiro momento.

E este misticismo, de que se revestiram aquelas culturas, poderia explicar porque, modernamente, vários cientistas do direito, como José Eduardo Faria, Shelma Lombardi de Kato e Fernando Ruivo já identificaram e ressaltaram a importância do caráter onírico do direito (o processo articular-se-ia de modo a causar sensações no inconsciente coletivo e no imaginário individual de cada jurisdicionado, até como forma de buscar sua legitimação), que estaria presente desde a indumentária dos operadores, até a utilização de um palavreado próprio, rebuscado, com o papel de infundir certa respeitabilidade no não operador, ou seja, na generalidade dos destinatários, que disporiam de uma visão externa do direito⁵.

E, conforme é cediço, tanto a civilização helênica como a romana tiveram suas origens revestidas de certo misticismo, que culminou na existência já de dois mitos distintos, a partir dos quais passaram a orientar as suas culturas (o que explicaria alguns de seus aspectos comportamentais, como, por exemplo, o aparente conflito entre o universalismo e o particularismo dos gregos e a postura de universalidade dos romanos).

Com efeito, o Mundo helênico atribui ao mito de Hellas, com seus filhos (eólio, jônio e dório) a fundação da Grécia, tais filhos, portanto, oriundos de um mesmo pai, mas com características distintas, enquanto Roma também se apegaria a outro mito, no caso da loba que amamentaria os seus fundadores Remo e Rômulo, tendo este último, seu primeiro rei, matado o primeiro para poupar-lhe da pena por haver cruzado os limites sagrados da cidade (a pena de homo sacer pela qual se privaria o criminoso do "acque et ignis", vedando-lhe a convivência humana, sendo certo que a privação do fogo teria um sentido puramente religioso, como explica Fustel de Colanges na sua obra "A Cidade Antiga").

E este misticismo, necessário até para que se dê coesão ao inconsciente coletivo, presente desde as explicações a respeito da origem destas civilizações, passando pela própria religião destes povos, chegou-se à própria noção de Justiça de que dispunham (como tentarei expor em seguida,

havia uma identificação da Justiça com divindades, em cada uma destas civilizações).

Preambularmente, convém que se destaque que, tal como asseverou Fustel de Colanges, nem os gregos nem os romanos acreditavam na metempsicose (julgavam que o conceito de morada celeste se aplicava somente aos heróis e grandes homens, que poderiam, diante dessa condição, compartilhá-la com seus vários deuses, de modo que, para a generalidade a vida prosseguiria após a morte, junto ao local onde estaria enterrado corpo do "de cujus", devendo-se manter em cada residência, o culto dos deuses domésticos ou seja, os ascendentes falecidos, com um fogo sagrado⁶).

De acordo com o mencionado autor, essa seria a visão comum, não só aos povos greco-romanos, como também seria a visão dos povos do Oriente, sobretudo os hindus, mas, no que se refere à identificação desta visão mística, com a idéia de Justiça, algumas diferenças devem ser sopesadas.

Com relação a este tópico, reputo importante a menção do que foi ponderado por Mário Vieira de Melo, no texto referente à Crítica Socrático-Platônica à Democracia Ateniense⁷, no sentido de que, no mundo helênico, desaparecendo a figura de um rei (monarquia), idéia geralmente associada a de uma indicação divina, o conceito de Justiça passou a ser influenciado pela concepção aristocrática que a sucedeu, sendo tal representada pela expressão *themis*.

A *themis* seria um espécie de termo intermediário entre a concepção divina de Justiça (uma Justiça ditada por Zeus) e a *Diké*, de inspiração mais aberta ou zetética (ou melhor, menos dogmática), que se orientava no sentido de se preocupar com os interesses de seus destinatários.

E, na medida em que se avança nesta orientação de que a idéia de Justiça deveria se orientar mais no sentido de equanimidade de tratamento e igualdade de destinatários, do que numa postura divina (ditada, as mais das vezes, de forma vertical, no sentido de cima para baixo), como se aduzirá em seguida, seria atingida a concepção de *Diké*.

Tal como assevera Tércio Sampaio Ferraz Jr., esta noção de *Diké* deriva de um vocábulo ligado aos limites da terra de um homem (o que nos levaria, de acordo com o renomado autor, à aceção de propriedade ligada à idéia de que se deveria dar a cada um o que é seu, e, ainda, numa concepção mais ampla, significaria o poder de restabelecer o equilíbrio social, através deste raciocínio).⁸

E essa noção de Diké estava associada à deusa da Justiça, com o mesmo nome, assim como em Roma também poderia ser apontada a deusa Justitia (o que ressalta o caráter místico aludido acima), estando, no entanto, ambas as divindades marcadas por diferenças de representação, notadamente no que se refere aos olhos vendados e a cegueira e à presença de uma espada na balança (o espírito romano, mais pragmático, associa à sua divindade uma venda, que lhe permitiria levantá-la, quando necessário, atribuindo-lhe um caráter de imposição de força, através do símbolo da espada).

E muito embora em Roma, já se fizesse alusão ao caráter de atribuição do que é seu a cada um, como um dos pilares nos quais se fundaria a idéia de Justiça (com sua noção própria da deusa Justitia, sendo corrente a definição do jurisconsulto Ulpiano, no sentido de que Justiça seria: "honeste vivere, non laedere alter et suum cuique tribuere" - Digesto I, 1, 1)⁹ com a aproximação da idéia grega de Diké, o mesmo não ocorria em relação ao espírito atribuído a cada uma dessas deusas.

E poder-se-ia aduzir que o pensamento romano se orientaria mais no sentido de uma pragmatização (os próprios símbolos de sua divindade apontam neste sentido), enquanto o espírito grego buscaria um mundo mais ideal (como se observa, v.g., na noção de eudaimonia de Aristóteles, ou nos conceitos de bem de Sócrates e Platão, como algo a ser buscado e que, uma vez conhecido, não permitiria a opção por outra conduta), tanto que sua deusa seria cega, orientando-se apenas pela sua balança.

Este contraste entre o modo de pensar das duas civilizações faz com que, na análise da questão da Justiça, o grego se oriente por essa visão de busca da felicidade e do bem, enquanto o romano se orienta pela prudência.

Socorro-me mais uma vez da lição do eminente Tércio Sampaio, para destacar que essa prudência romana, embora num primeiro momento pudesse ser confundida com o que os filósofos gregos denominariam "fronesis" ou conhecimento prático do homem prudente, na verdade foi um desenvolvimento produzido pelo romano no sentido de partir da retórica e da dialética preconizada pelos gregos, como forma de resolver os conflitos, mas estabelecendo conjunto de casos práticos, criando regras e princípios aplicáveis a todos os outros casos (a jurisprudência, em sistema mais próximo do que aconteceria atualmente, no direito anglo-saxão, no sistema dos "cases system").¹⁰

Com isso, o que se observa é uma tipificação de casos, mais racional, mas que representa um dos maiores conflitos do processo moderno, que é o da adequação do binômio segurança x justiça (posto que nem sempre se equivalem as noções de Justiça, enquanto instituição, rápida e Justiça justa).

Assim, embora existissem diferenças de concepção, segundo preconiza o eminente jurista, seria inegável que os juristas se inspirassem, efetivamente, no modelo grego de resolução de conflitos jurídicos.

E tais diferenças de postura, embora o desenvolvimento das civilizações passe a buscar sustentação em contornos racionais e primados lógicos, não podem ser afastadas, na sua gênese, do misticismo que marcou a origem dessas duas civilizações.

Basta que se analise, por exemplo, a estruturação do que Hélio Jaguaribe denominou paroquialismo grego, em que cada uma das Cidades-Estado (pólis) que, falando uma mesma língua e com uma religião comum (dotadas, portanto, de um certo sentido de universalidade), apresentava heróis diferenciados (fenômeno explicável pelo caráter familiar e tribal de cada uma delas, com forte sentido de clã), e continuava a manter-se em sistema de individualização em relação às demais¹¹ (como aliás, vários irmãos, portanto com origem comum, mas mantendo suas particularidades e interesses próprios).

Em contraposição a esse modelo, tem-se forma de desenvolvimento de Roma, cidade igualmente pequena e com solo árido, agregando ou mesclando, paulatinamente seus costumes e religião aos dos povos dominados, explorando militarmente divergências de seus inimigos, e criando uma ordem jurídica paralela (com o "jus quiritum", aplicável, inicialmente ao patriciado e depois a todo povo romano e o "jus gentium", aplicável aos povos dominados), sendo muito interessantes, aliás, a esse respeito, as ponderações tecidas por Montesquieu, na análise das causas do sucesso e da decadência de Roma¹².

Montesquieu, inclusive, assevera que a Grécia, entendida como um todo, teria sido invencível se tivesse permanecido unida, eis que dotada de estrutura militar adequada e já acostumada à arte da guerra, sendo, no entanto, derrotada já sob o comando de Felipe, na guerra contra os etólios,¹³ (isso durante a Campanha de Cinocéfalos, em 197 a.C.), sendo certo que, através de um artifício político, fundado na exploração do paroquialismo, os

romanos conquistaram a simpatia dos vencidos, aduzindo que cada uma das póleis seria livre para seguir seu destino independente das demais.

Tais artificios não seriam aceitos dentro de um prisma da ética grega, com noções como a de eudaimonia (a felicidade enquanto caminho entre a ética e a política, tal como acenava Aristóteles), ou de areté como significado de uma excelência moral que poderia ser obtida por educação (tal como preconizado por Sócrates e Platão) mais se aproximando de uma retórica de índole sofista, que, no entanto, permitiu, por razoável espaço de tempo, em um mundo com inúmeras dificuldades de se obter informação, a dominação romana, possibilitando o fenômeno da helenização do mundo romano.

Dentro deste prisma, inclusive, tem-se assentado a concepção de que enquanto a fronesis grega, por exemplo fundada em Aristóteles, consistia numa promessa de orientação para a ação, no sentido de descobrir o fundamento do certo e do justo, através de construções racionais, voltadas para o bem, a jurisprudência romana tornou-se elemento de integração de seu ordenamento, através da generalização (o que seria impossível no chamado "mundo grego", permeado pelo sentido de parochialismo supra-mencionado).

E, diante de tudo quanto se expôs, tais divergências poderiam ser explicadas pelo próprio misticismo de que se revestiram as formações das duas civilizações dentro de uma ótica psicológica, atenta aos fatores de tempo de cada uma delas.¹⁴

Tais considerações, inclusive, poderiam ser aproveitadas para a uma reflexão a respeito do tema referente à formação do próprio paradigma do Direito Natural, que influenciou por mais de um milênio, o pensamento jurídico ocidental, que partiu das noções preliminares gregas e romanas, noções essas que sofreriam grande influência dos pensadores medievais, e que chegaram ao nosso ordenamento jurídico brasileiro, pela chamada "Lei da Boa Razão", editada pelo Visconde de Cachoeira em 1824 (sem contar a influência que diplomas como o Código Napoleônico de 1804, tiveram sobre nosso ordenamento), pensamento que teve seus reflexos ofuscados pela elaboração de um novo paradigma, qual seja, o da filosofia do direito, que o sucedeu, tal como nos ensina Celso Lafer¹⁵, mas tais considerações abririam por demais o escopo do presente trabalho, motivo pelo qual, entendo, devam ser objeto de outro estudo.

No entanto, pareceria pueril pretender desvincular a influência do pensamento greco-romano sobre as concepções de Justiça que se seguiram na Idades Média, na Renascença, na Era Moderna, na Era Contemporânea, e neste mundo em que se fundamenta a globalização.

Não seria, portanto, sem sentido, pensar-se em algumas semelhanças entre a chamada "pax romana", com sua noção pragmática de Justiça (simbolizada por uma deusa dotada de venda que podia levantá-la e aplicar sua espada para atingir os fins a que se dispunha) e o que vivenciamos, atualmente, no cenário político mundial, em que corporações econômicas e organismos internacionais socorrem-se de recursos dialéticos e retóricos para imporem a sua vontade aos Estados globalizados e sua população.

Daí, no meu entender, a importância de se voltar os olhos ao estudo da Antigüidade greco-romana, para que tentemos entender alguns conflitos que nos assolam no presente momento, sobretudo num momento em que interesses nem sempre altruístas procuram conferir novo conteúdo à noção de ética, buscando afastá-la da noção de Justiça.

BIBLIOGRAFIA

- COLANGES, Fustel, *A cidade antiga*, Rio de Janeiro, RJ, Ed. Tecnoprint, 1988.
- CRETELLA JR., José, *Direito Romano Moderno*, Rio de Janeiro, RJ, Ed. Forense, 7ª Edição, 1996.
- FARIA, José E. (Org.), *Direito e justiça, a função social do judiciário*, São Paulo, SP, Ed. Ática, 1989.
- FERRAZ JR., TERCIO S., *Introdução ao estudo do direito*, São Paulo, SP, Ed. Atlas S/A, 1988.
- JAGUARIBE, Hélio (Org.), *A democracia Grega*, Brasília, DF, Ed. Universidade de Brasília, 1982.
- JUSTINIANUS, Flávius, P. S., *Institutas*, Trad. J. Cretella JR. e Agnes Cretella, São Paulo, SP, Ed. Revista dos Tribunais, 1999,
- LAFER, Celso, *A reconstrução dos direitos humanos, um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo, SP, Ed. Companhia das Letras, 1988.
- MONTESQUIEU, *As causas da grandeza dos romanos e de sua decadência*, trad. Pedro Vieira Mota, São Paulo, SP, Ed. Saraiva, 1997.
- PEGORARO, Olinto A, *Ética é justiça*, Petrópolis, RJ, Ed. Vozes, 1999.
- VERGNIÈRE, Solange, *Ética e política em Aristóteles*, São Paulo, SP, Ed. Paulus, 1999.

NOTAS

- (1) Pegoraro, Olinto A., *Ética é Justiça*, Petrópolis, RJ, Ed. Vozes, 3ª edição, 1995, pág.11.
- (2) Jaguaribe, Hélio (org.), *A Democracia Grega*, Brasília, DF, Ed. Universidade de Brasília, 1982, pág. 34.
- (3) *Ibid.*, pág. 36.
- (4) *Ibid.*, pág. 85.
- (5) Faria, José E (org.), *Direito e Justiça, a função social do Judiciário*, São Paulo, SP, Ed. Ática, 1989, págs. 167/182.
- (6) Colanges, Fustel, *A Cidade Antiga*, Trad. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca, Rio de Janeiro, RJ, Ed. Tecnoprint, 1988, pág. 11.
- (7) Jaguaribe, Hélio (org.), *A Democracia Grega*, Brasília, DF, Ed. Universidade de Brasília, 1982, págs. 56/57
- (8) Ferraz Jr., Tércio S., *Introdução ao Estudo do Direito*, São Paulo, SP, Ed. Atlas S/A, 1988, pág. 53.
- (9) Cretella Jr., José, *Direito Romano Moderno*, Rio de Janeiro, RJ, Ed. Forense, 1996, pág. 10.
- (10) Ferraz Jr., Tércio S., *ibid.*, págs. 57/59.
- (11) Neste sentido a própria noção de Medida e Desmedida de Celso Lafer, já mencionada, no sentido de se impedir a supremacia de qualquer das póleis sobre a outra, notadamente após a sua agregação em Confederações - Delos e Peloponeso.
- (12) Montesquieu, *As causas da Grandeza dos Romanos e da sua Decadência*, Trad. Pedro Vieira Mota, São Paulo, SP, Ed. Saraiva, 1997, Capítulos V e VI, págs. 150/181.
- (13) *Ibid.*, págs. 156/158.
- (14) Em relação a esse caráter na Roma antiga, sobretudo no período da realeza, veja-se, v.g., em Montesquieu, *op. cit.*, págs. 105/108.
- (15) Lafer, Celso, *A Reconstrução dos Direitos Humanos, Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo, SP, Ed. Companhia das Letras, 1988, págs. 36/37

ANOTAÇÕES SOBRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Elizabeth Cristina Campos Martins de FREITAS*

RESUMO

Os princípios constitucionais consubstanciam a inter-relação, o fio condutor entre todos os conceitos jurídicos. Refletem toda uma evolução sócio-político-econômica, os valores culturais de cada época. São, dessa forma, imprescindíveis para o bom entendimento do Direito e sua história. Afinal, o Direito não pode ser compreendido dissociado de sua história, sob pena de essa interpretação ser completamente equivocada, alienada e alienante.

*Foram analisados sucintamente alguns princípios constitucionais derivados do **due process of law**. Todo esse estudo pautou-se no fato de que o intérprete deve, ao aplicar o direito ao caso concreto, antes de tudo, ter como pressuposto, os preceitos constitucionais, para, depois, poder analisar a legislação infraconstitucional sobre o tema.*

ABSTRACT

The beginnings constitutional construct the interrelation, the conductive thread among all the juridical concepts. They reflect an entire partner-political-economic evolution, the cultural values of each time. They are in that way, indispensable for the good understanding of the Right and its history. After all, the Right cannot be understood dissociated of its history, under feather of that interpretation to be completely mistaken, alienated and alienating.

Ruling was analyzed some derived constitutional beginnings of the due process of law. That whole study structured -if in the fact that the interpreter owes, when applying the right to the concrete case, before everything, to have as presupposition, the constitutional precepts, for then, to analyze the legislation infra constitutional on the theme.

(*) Advogada e aluna do Curso de Mestrado em Direito Processual Civil da PUC-Campinas.

INTRODUÇÃO

No afã de se atingir a efetividade do processo chegou-se ao entendimento de que há necessidade de revisitar uma série de institutos jurídicos e questões relevantes para o Direito de forma geral, no sentido de se mudar a mentalidade dos operadores do Direito e reformular a idéia de tutela jurisdicional. A cooperação das partes no processo é uma dessas questões. Para ser possível escolher-se a norma jurídica aplicável mais adequada ao caso concreto, para que a fixação da “mens legis” seja a mais adequada, deve haver um trabalho conjunto entre as partes e o julgador. Isso, sempre no sentido de se atingir uma maior efetividade do direito, para que o direito de defesa e a tutela de outros valores sejam garantidos, como por exemplo, a concentração e a celeridade do processo. A Justiça deve ser estruturada no sentido de se assegurar da melhor forma possível o direito de se defender, com possibilidade de as partes influenciarem de alguma forma na decisão judicial, com a oitiva das mesmas para esclarecer e declarar o que for necessário e sobre aquilo que diga respeito aos rumos que o litígio irá tomar, consoante a filosofia adotada pela nossa Magna Carta, em especial, com referência aos princípios constitucionais que embasam o processo. O que se deve ter sempre em mente é que a melhor decisão não é a que beneficia as partes, mas sim, o interesse público, o satisfazendo a ponto de garantir maior confiabilidade à administração da justiça.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS:

Antes de adentrarmos especificamente na temática dos princípios constitucionais faz-se necessário um estudo, mesmo que sucinto a respeito da noção de princípio. O termo “princípio”, etimologicamente, advém do latim (*principium, principii*) e nos remete à idéia de começo. Consoante De Plácido e Silva, “princípio, derivado do latim *principium* (origem, começo), em sentido vulgar que exprime o começo de vida ou o primeiro instante em que as pessoas ou as coisas começam a existir. É, amplamente, indicativo do começo ou da origem de qualquer coisa. No sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de

norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas. Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito. E, nesta acepção, não se compreendem somente os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da Ciência Jurídica, onde se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do Direito que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito. Assim, nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque servem de base ao Direito são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e a proteção aos direitos.

É possível depreender que os princípios são a infra-estrutura de um sistema, seu cerne, dotando-lhe de sentido lógico, harmonioso, racional, possibilitando o entendimento da sua forma de organização, conformando a própria realidade jurídica. Cabe salientar que o termo sistema, consoante lição de De Pácido E Silva “corresponde a um conjunto de regras e princípios sobre uma matéria, tendo relações entre si, formando um corpo de doutrinas e contribuindo para a realização de um fim. É o regime, que se subordinam as coisas”. Assim, os princípios jurídicos são a base norteadora, a infra-estrutura sob a qual o sistema jurídico é edificado. Os princípios jurídicos possuem tamanha relevância que se apresentam como verdadeiras normas jurídicas a serem observadas antes de qualquer julgamento, de qualquer composição de lide.

Sendo assim, os princípios jurídicos têm o condão de vincular tanto a compreensão quanto à aplicação das normas jurídicas que com eles se conectam. Esse poder advém especialmente do fato de que tais princípios encontram recepção tácita ou explícita em nossa Lei Maior. Em decorrência disso, ao contrariar tais princípios significa contrariar nossa Lei Superior, o que é inconcebível diante da necessidade de resguardo da mesma, da globalidade do ordenamento jurídico. E, como é indispensável que exista entre eles coerência e harmonia, o conhecimento e respeito pelos princípios constitucionais são pré-requisitos para a boa aplicação da Lei. São eles os responsáveis pela logicidade, coerência e ordenação do pensamento jurídico. A aplicação de regras de Direito sem esse embasamento é frágil, incompleta e suscita séria crítica, principalmente se fizermos a análise das conseqüências

de tal fato no campo educacional. A mera aplicação de regras jurídicas, a repetição de modelos prontos, típica do ensino tradicional obstam as inovações e interpretações conforme o caso que se apresenta com características e peculiaridades próprias que requerem exame apropriado. Isso faz com que os aplicadores do Direito que tiverem tal formação sejam apenas conhecedores de textos legais, e acabem aplicando tais regras sem o devido conhecimento global do sistema jurídico. Sem o estudo aprofundado dos princípios constitucionais, o ensino e a aplicação do Direito apresentar-se-á dissociado da realidade para a qual foi primordialmente pensado. Assim, alienado e alienante.

Não são todos os princípios que se encontram expressos no texto constitucional, alguns estão implícitos, mas todos merecem ser analisados e tratados com apuro e de forma aprofundada. Para tanto, o jurista deve estar bem preparado para os desvendar, identificar e hierarquizar-los.

Os princípios exercem o papel de normas com diferentes níveis de concretização, direcionam a interpretação de outras normas (já que todas devem ser sempre interpretadas em conformidade com os princípios constitucionais basilares), norteiam o trabalho dos legisladores além de possibilitarem a integração no caso de lacunas. Nenhuma norma pode ser feita ou interpretada em desconformidade com os princípios constitucionais que são a infra-estrutura do ordenamento de um país, seus valores fundamentais.

Na ocorrência de conflito entre tais princípios, analisar-se-á o caso concreto para que, segundo o princípio da proporcionalidade, se aplique aquele que mais seja adequado e satisfatório à realidade apresentada. Assim, segundo esse princípio, o juiz deverá resolver cada caso concreto analisando a proporcionalidade entre os bens discutidos, coordenando os princípios conflitantes. Para tanto, deverá examinar a natureza do fato e se há interesse público inequívoco.

Cabe ressaltar, que a interpretação das normas deverá basear-se sempre no contexto sócio-político-econômico no qual as mesmas estão inseridas. Direito e sociedade mantém relação intrínseca e indissociável.

Todo esse trabalho de interpretação da lei deve ter como meta primordial o bem comum, a satisfação do jurisdicionado, aqui entendida como efetividade do direito. Para tal intento, a preocupação com a Justiça,

seja como certeza do Direito, seja como sobreprincípio constitucional, deve estar sempre presente para que a decisão seja a mais acertada e equânime. Além de que, interpretar normas ou compor lides sem cometer erros (ou o mínimo possível), sem cometer injustiças, não é tarefa fácil. Não obstante, não há como fugir desse desafio.

2 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS:

2.1. Princípio da inafastabilidade da jurisdição ou princípio da garantia do direito de ação;

O princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, ou princípio da garantia do direito de ação, pode ser sintetizado no direito que qualquer indivíduo tem de solicitar ao Poder Judiciário a proteção de um direito subjetivo lesado ou na iminência de o ser. É o direito de pedir a prestação da tutela jurisdicional ao Estado-juiz em virtude de ter este o monopólio da jurisdição. Ele encontra-se previsto no artigo 5, inciso XXXV, da nossa Magna Carta, da seguinte forma: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O direito de ação é Direito Público concedido a todo o cidadão em decorrência de o Estado ter chamado para si o monopólio da jurisdição, o poder-dever de presta-la. Assim, proibido de “fazer justiça com as próprias mãos”, o jurisdicionado pode exigir que o Estado preste a tutela jurisdicional adequada à realização imediata do direito positivo e mediata do direito subjetivo, àquela correspondente. Há a garantia da tutela referente a cada uma das situações de direito substancial que condiciona a tutela jurisdicional. Para que um ordenamento possa ser compreendido como jurídico e efetivo, deve proporcionar a tutela jurisdicional apta a realizar sua concretização. É principalmente no momento em que há ameaça ou real violação de um direito legalmente tutelado que é possível conferir se o ordenamento vigente é efetivo ou não. O escopo primordial do processo é a tutela concreta dos direitos. A norma de direito material confere proteção aos interesses do sujeito com relação ao bem na medida em que valora de forma positiva o interesse do sujeito no bem. Objetiva-se com tal estruturação, assegurar por meio da tutela a utilidade existente no interesse, possibilitando que o sujeito tenha essa relação tutelada.

A ninguém pode ser negado o direito de acessar o Poder Judiciário quando em busca de proteção jurisdicional preventiva ou reparatória, referente a direito individual, difuso ou coletivo. Sendo que tal prerrogativa só poderá ser exercitada se forem preenchidos todos os requisitos legalmente exigidos. No caso, as denominadas condições da ação: legitimidade, interesse e possibilidade jurídica do pedido. Com relação a essa última condição, cabe salientar que Liebman, na última edição do **Manuale di diritto processuale civile**, não mais enumera a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, ampliando, pois, o conceito de interesse processual, especialmente na forma de interesse-adequação, considerando como falta de interesse aquelas hipóteses em que a outra parte da doutrina especifica como falta de possibilidade jurídica do pedido. Entretanto, não se pode esquecer, que todo esse questionamento, na realidade é em grande parte apenas acadêmico. Afinal, sendo considerado como falta de interesse ou como possibilidade jurídica do pedido, a consequência para ambas é a carência de ação.

No artigo 5, inciso XXXIV, a, da CF encontra-se prevista a garantia do direito de petição, quando explicita: “são a todos assegurados, independentemente de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder”. O direito de petição trata-se da garantia que os cidadãos possuem de reclamar perante os Poderes Públicos, providências contra ilegalidade ou abuso de poder. Ele é político e impessoal, podendo ser exercido por qualquer pessoa física ou jurídica, dirigido à autoridade tão somente para noticiar a existência de ilegalidade ou abuso de poder, solicitando que sejam tomadas as devidas providências. Pode ser realizado por meio de simples petição, representação, queixa ou reclamação. No entanto, é necessário enfatizar que este não se confunde com o direito de ação. Afinal, o Direito de Ação é um direito público, subjetivo, “cívico e abstrato” que pode ser exercido até contra o Estado, se estiverem presentes as condições da ação. Almeja-se com ele a obtenção da tutela jurisdicional, por meio de sentença definitiva ou de mérito, tanto de procedência, como de improcedência. Faz-se interessante lembrar aqui, que a opção pela arbitragem, como jurisdição privada espontaneamente escolhida pelas partes contratantes, como livre manifestação da vontade das mesmas, acaba sendo uma boa alternativa para resolução de litígios. Uma forma de, ao menos, minimizar a problemática resultante da grande quantidade de litígios e do congestionamento da atividade jurisdicional marcada pela

morosidade e formalismo exagerado. E, com relação ao entendimento de que a arbitragem como atividade jurisdicional criaria uma contradição com esse monopólio, o que resultaria em inconstitucionalidade, acreditamos que seja um total equívoco. Não há, de forma alguma, inconstitucionalidade, não se fere o princípio constitucional do direito de ação. Afinal, somente os direitos disponíveis é que podem ser objeto de compromisso arbitral. As partes é que, espontaneamente optam por resolver tais questões pela justiça arbitral ou privada ao invés da jurisdição estatal.

Com relação à assistência judiciária, que atualmente abrange a judicial e extrajudicial, cabe salientar que a mesma advém do princípio do direito de ação.

A imposição de óbices ao direito de defesa, como a proibição da utilização do princípio da fungibilidade dos recursos mesmo quando presentes os requisitos legais, a cobrança exorbitante de taxas judiciárias, ou outros tipos de entraves ilegais ao exercício de ação devem ser severamente rechaçados.

Nesta análise, não se pode deixar de observar que o princípio da inafastabilidade da jurisdição ou da garantia do direito de ação, em combinação com o princípio processual da indeclinabilidade da jurisdição, não permite que o magistrado deixe de julgar alegando obscuridade ou lacuna da lei. Afinal, em hipóteses como estas, há para o intérprete, o recurso do uso dos elementos integradores do Direito; a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito conforme é possível de ser verificado com a leitura da LICC, art. 4 c/c art. 126 do CPC e art. 8 da CLT).

A proteção jurisdicional deve ser concebida sempre dentro de um contexto de bilateralidade em respeito ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa. Se partirmos do conceito clássico de lide como tentativa resistida de realização de um interesse, chegaremos à presunção de coexistência de pólos opostos objetivando um mesmo direito, já que se fosse de outra forma não se falaria em pretensão resistida. Nesse sentido, o direito de ação encontra réplica na exceção, enquanto direito de defesa. O direito de ação será então, sempre processual, por ser exercido por meio do processo.

Na realidade, o que existe é a garantia constitucional genérica do direito de ação, com o intuito de que a lei exista sempre no sentido de

colaborar na correção das lesões de direitos, no entanto, seu exercício é sempre processual e conexo a uma pretensão. Esse vínculo entre direito de ação e pretensão forma uma relação de instrumentalidade que se submete às condições da ação.

2.2. Princípio do Devido Processo Legal - *due process of law*:

O princípio do devido processo legal consiste na garantia de um processo regular para que haja um julgamento justo. Esse princípio, teve origem na cláusula do “*due process of law*”, expressão originária do direito inglês é pertinente ao processo em geral. Ele é compreendido pela melhor doutrina como sendo a base de todos os outros princípios, ou seja, o gênero através do qual todos os demais princípios constitucionais são espécies. Sua principal pretensão é a de assegurar uma dupla proteção ao cidadão, seja no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, seja no âmbito formal, assegurando-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e ampla defesa. Defluem daí o direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, à produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal, entre outros direitos.

A primeira ordenação jurídica a citar o princípio do processo legal ou garantia de um julgamento regular, que se tem conhecimento, foi a Magna Charta de João Sem-Terra em 1215, denominado de **law of land**, se referindo ao processo **by the lawful judgement of his equals or by the law of the land**, ou na expressão original em latim **per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae**, que significa que ninguém pode ser processado “senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou em harmonia com a lei do País”, e que no ano de 1354, durante o reinado de Eduardo III, passou a ser chamado de **due process of law**. E, no direito constitucional americano, inspirado no princípio constitucional democrático do devido processo legal, as cláusulas do **due process of law** e da **equal protection of the laws** (proteção igualitária das leis) relacionam-se e complementam-se entre si, desde a 14ª Emenda à Constituição de 1787 dos Estados Unidos, ratificada pelo Congresso em 1868. Foi, no entanto, a 5ª Emenda à Constituição Americana a que introduziu a expressão **due process of law**, salientando que

“nenhuma pessoa pode ser privada da vida, liberdade e propriedade, sem o devido processo legal”.

No Brasil, o princípio do devido legal foi consagrado pela Constituição de 1988, em seu artigo 5, n LIV, quando expressamente dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. De tal princípio decorre uma ampla variedade de conseqüências processuais responsáveis por assegurar o direito a um processo e uma sentença justa.

Para uma análise aprofundada dos princípios constitucionais não se deve dissociar um dos outros. Eles devem ser examinados primeiramente em conjunto, para posteriormente se analisar e compreender as peculiaridades de cada um. Todos visam garantir direitos ao indivíduo, e cada um, trata de um determinado aspecto, mas, nem por isso deixam de manter uma profunda inter-relação que de forma alguma pode ser relegada ao descaso, sob pena dessa análise ser parcial, incompleta. Nesse sentido, a posição doutrinária majoritária entende serem manifestações do princípio **mater** do devido processo legal, o princípio da publicidade dos atos processuais, a impossibilidade de utilizar-se em juízo de prova obtida por meio ilícito, assim como o postulado do juiz natural, contraditório e do procedimento regular.

Enfim, consoante o que se depreende da leitura do artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, não se permite à lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, o que é reforçado pelo disposto nos incisos XXXV e LV desse mesmo artigo, relativos às garantias do contraditório e da ampla defesa.

2.3. O Devido processo legal em sentido genérico

Conforme ensinamento de Nelson Nery Júnior, em sua obra “Princípios do Processo Civil na Constituição Federal”. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pg 33: *genericamente, o princípio do due process of law caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, vale dizer, tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico. Tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção da due process clause.* Ou seja, por meio desse princípio todos esses bens são amplamente tutelados e juridicamente protegidos.

No que se refere ao direito à liberdade, cabe salientar aqui, que isso importa na proteção da liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, além das liberdades de religião e de opinião. Todas, imprescindíveis em um país Democrático de Direito.

2.4. O Devido processo legal em sentido material - *substantive due process*

A manifestação do devido processo legal ocorre também por meio do **substantive due process** e do **procedural due process**, relativos a seu aspecto substancial e processual. Afinal sua atuação abrange tanto o direito material quanto o processual. Disso, pode-se abstrair que a cláusula do devido processo legal não abrange tão somente o campo do processo penal, da tutela processual.

O princípio do devido processo legal inicialmente (no sistema jurídico inglês na Magna Carta de 1215) apresentou cunho essencialmente processualístico. Entretanto, paulatinamente, tanto a doutrina quanto a jurisprudência alargaram a abrangência do princípio do devido processo legal em benefício dos indivíduos. Dessa forma, atualmente, ele encampa todos os ramos do direito e caracteriza-se de forma bipartida, possuindo ao mesmo tempo o **substantive due process** e o **procedural due process**. No que tange ao prisma substancial refere-se ao direito material, e, quanto a tutela dos direitos por via do processo judicial ou administrativo, diz respeito a seu âmbito processual. Além de que, o **due process of law** revela-se em todos os campos do Direito em seu âmbito processual.

No Direito Administrativo, o princípio do devido processo legal é conhecido como a garantia da legalidade ou princípio da legalidade. Em decorrência de tal preceito, a administração pública deve necessariamente atuar **secundum legem**, conforme a lei e seus ditames. Tal submissão da administração à lei, espelha a noção de estado de direito e da incidência do princípio do devido processo legal. Já, no que tange o direito privado, a situação é outra, sendo permitido tudo o que não for proibido. Afinal, neste campo do Direito, impera o princípio da autonomia da vontade, da liberdade de contratação e de realização de negócios assim como ocorre com a realização de negócios e com a prática de todos os atos jurídicos até mesmo quando não previstos pela lei, desde que não contrários às normas de ordem pública e os bons costumes.

2.5 O devido processo legal em sentido processual - *procedural due process*

A abrangência do princípio do devido processo legal no âmbito processual não é tão extensiva quanto em seu sentido material. Em nossa legislação processual pátria, consoante José Diniz, **o devido processo legal aplicado ao processo abrange: a) direito a um rápido e público julgamento; b) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os Tribunais; d) direito ao procedimento do contraditório; e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis ex post facto (com efeito retroativo ou revogadas); f) direito à plena igualdade entre acusação e defesa; g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; i) direito à assistência jurídica, inclusive gratuita etc.**

A melhor doutrina defende que, no que tange ao processo civil, revelam-se como expressão do princípio do devido processo legal: a) igualdade das partes; b) garantia do direito de ação; c) direito de defesa; d) o contraditório. Dessa forma, percebe-se claramente que o objetivo maior da cláusula **procedural due process of law** pode ser sintetizada na garantia do Acesso à Justiça, da ampla defesa e conseqüentemente da efetividade do Direito na satisfação do jurisdicionado ao receber tempestivamente a tutela jurisdicional.

2.6. O Princípio do Contraditório como Sinônimo de Diálogo Judicial

1. ALGUNS DADOS HISTÓRICOS RELEVANTES:

Os princípios do contraditório e da ampla defesa não figuram historicamente de forma explícita no que tange aos procedimentos civis e administrativos:

No processo criminal:

Emenda Constitucional n. 1/69 artigo 153, parágrafos 15 e 16
 Constituição de 1967 artigo 150
 Constituição de 1946 artigo 141, parágrafos 25 a 27
 Constituição de 1934 artigo 113, número 24 a 27

Constituição de 1891	artigo 72, parágrafos 15, 16 e 23
Constituição de 1824	artigo 179, n 11 e 17

Direito Comparado:

Alemanha	artigos 2 (2), 103 e 104
EUA	Emendas V e VI
França	Preâmbulo; artigo 66
Portugal	artigos 27, 29 e 32
Venezuela	artigo 60 (5)

A Magna Carta de 1215 diferenciando-se da anterior que alcançava apenas o processo penal, prevê e possibilita um contraditório mais atuante e amplo que atinge não só o processo penal, mas também os processos civil e administrativo.

O princípio do contraditório é espécie da qual o princípio do devido processo legal é gênero. Esse princípio do “due process of law”, expressão originária do direito inglês é compreendido como sendo à base de todos os demais princípios e possui como substrato a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, pleiteando o que acredita ter direito e defendendo-se de forma plena de todas as acusações a ela imputadas mediante a utilização de todos os meios legalmente permitidos.

A primeira ordenação jurídica a citar o princípio do devido processo legal ou garantia de um julgamento regular, que se tem conhecimento, foi a Magna Charta de João Sem-Terra no ano de 1215, denominado de “law of land”, posteriormente, no ano de 1354, durante o reinado de Eduardo III, chamado de “due process of law”.

O direito ao procedimento do contraditório deriva do princípio do devido processo legal.

Consoante se extrai de lições doutrinárias tradicionais, o princípio do contraditório sempre foi considerado como exigência de audiência e igualdade das partes, sempre imprescindível e contrapondo-se ao princípio inquisitorial. Manifestar-se-ia especialmente quando o interesse público devesse sobrepor-se ao particular. No entanto, tal definição, assim como a do próprio processo sofreram alterações significativas em decorrência da evolução histórica da sociedade e de suas novas necessidades. Na medida em que o Direito apresenta como pressuposto servir à sociedade e por ela clamar por maior efetividade do Direito, passou-se paulatinamente a mesclar-se

preocupações extremamente privatísticas do direito com questões publicísticas, mais voltadas às questões sociais do direito, ao fim social, ao bem comum. Assim, os jurisdicionados anseiam pela concretização de seus direitos, não aceitando meras promessas formalísticas. Desta feita, iniciou-se um processo pelo qual, aos poucos, procura-se eliminar formalismos exacerbados da doutrina processual conceitualística, como, por exemplo, ao conceber o princípio do contraditório não apenas como uma mera possibilidade de participação no processo, mas sim como uma garantia de efetiva participação. Seria dessa forma, um verdadeiro direito fundamental.

O princípio do contraditório é uma garantia constitucional, e não um simples direito subjetivo. Ele possui uma história e não se mostra de forma alguma indiferente às circunstâncias e valores da época em que é exercido. Um bom exemplo disso é o de que, antes, o contraditório só ocorria com a submissão voluntária da parte passiva da demanda.

Hodiernamente, com a influência de novos valores, o princípio do contraditório tem sido entendido de forma mais ampla, principalmente no que tange à necessidade de maior ativismo judicial, e na busca da efetividade do Direito. Há procura pela satisfação efetiva dos consumidores do direito e não apenas por meras declarações formais de que se tem direito.

O ideal de que a Justiça deve estar mais próxima, mais acessível, mais efetiva, tem marcado os mais avançados sistemas legais do nosso século. Assim, não se pode mais conceber o contraditório de maneira meramente formal, como simples requisito técnico de caráter não essencial, mas sim, o compreender como sendo realmente imprescindível para um processo justo. O diálogo judicial conquista dessa forma, lugar de destaque na formação do juízo, elevando a colaboração e cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, consoante as regras formais do processo.

2.7. Noção de princípio do contraditório e da ampla defesa analisado sob a luz da modernidade:

Hodiernamente, o princípio do contraditório e da ampla defesa representa verdadeiro objetivo político do provimento jurisdicional ou administrativo mediante a outorga, pelo ordenamento jurídico, de garantias de participação igualitária das partes no processo. Há dessa forma, relação

intrínseca desse princípio com o tratamento paritário das partes no processo – consagrado no artigo 121, I do CPC e com o princípio constitucional do Direito de Ação. É direito indisponível e que assegura a todos os indivíduos, indistintamente, o direito de defender-se amplamente contra as acusações que lhes são imputadas. É dessa forma, garantia que às partes seja dado o direito de falar, dentro dos limites legais, de dialogar, e buscar o convencimento do magistrado. O exame das questões apresentadas aos magistrados deve ser realizado sob o prisma do princípio da efetividade, buscando-se sempre a satisfação do jurisdicionado. A ele deve ser conferido o direito e a possibilidade de exigir que o Estado apresente à sociedade instrumentos capazes de compor as controvérsias de forma adequada e útil. Assim, às situações materiais apresentadas deve haver correspondentes formas de tutela aptas a garantir a realização do direito de delas emerge.

2.8. Relação intrínseca do trinômio Informação-Reação-Diálogo existente no princípio do contraditório e da ampla defesa:

Ao contrário da submissão voluntária da parte passiva da demanda, espera-se que o princípio do contraditório e da ampla defesa seja utilizado agora como instrumento para as partes poderem atuar ativamente dentro do processo. Deflui daí, a necessidade de se criar ambiente propício ao diálogo, à colaboração das partes para o esclarecimento de uma situação controvertida levada ao magistrado para que seja composta da melhor forma possível. E, para tanto, nada melhor do que a participação dos maiores interessados, as partes, que antes de tudo, têm as melhores condições para explicarem os meandros, pontos obscuros da lide apresentada. Afinal, eles a viveram desde o seu nascimento e de alguma forma tiveram suas vidas alteradas por ela, e por isso possuem grande interesse na sua composição.

Não se concebe mais o princípio do contraditório como sendo simplesmente a oportunidade de audiência bilateral, prerrogativa considerada atendida quando se concede às partes o direito de serem ouvidas. Objetiva-se agora, uma ampla e efetiva investigação da verdade. Além de serem informados do que ocorre no processo, às partes deve ser assegurado o direito de falar efetivamente no processo, explicitando suas razões e dialogando com a outra parte e com o julgador. Ao invés de uma participação meramente formal das partes, busca-se o diálogo entre elas e o

juiz, esperando-se também desse, um maior ativismo. O consagrado brocardo “da mihi factum, dabo tibi ius”, deve, diante dessa postura dialética do processo, ganhar contornos mais abrangentes.

Se por um lado, com essa nova postura, não se obrigará mais que o juiz contente-se com uma visão parcial extraída do material fático trazido ao processo exclusivamente pelas partes, por outro, irá se garantir a possibilidade de o juiz atuar em maior conformidade com a sua função social. Ao invés de as partes terem que se sujeitar passivamente às decisões jurídicas da causa efetuadas pelo magistrado, elas terão a oportunidade de pronunciar-se e intervir efetivamente no processo. A investigação da “verdade” não ficará a cargo somente do juiz, mas será desenvolvida em parceria com as partes, as quais não mais serão vistas como meros “objetos” de pronunciamento judicial. A forma passiva, acrítica cede lugar ao ativismo conjunto das partes e juiz, orientados sempre pela possibilidade de se analisar criticamente o que lhes for apresentado, expondo dentro dos limites legais, as suas razões. Garantir-se-á dessa forma, maiores oportunidades para se chegar a melhor decisão, assegurando o direito a quem realmente o possui. Assim, por meio do diálogo consciente, da efetiva participação das partes e juiz no processo, há a oportunidade para que os princípios democráticos, em especial, o referente à dignidade humana, possam imperar.

2.9. Embasamento legal, a quem se dirige e principal diferença do princípio do contraditório e da ampla defesa em relação aos demais princípios constitucionais:

O princípio do contraditório e da ampla defesa encontra embasamento legal em dispositivos como o relativo ao direito de ação e de defesa (art. 5, XXXV), que consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo. Pode ser invocado tanto por quem invoca a jurisdição como por aquele contra quem se age - demandado.

Todos os litigantes, indiscriminadamente, podem invocar o amparo do princípio do contraditório e da ampla defesa, seja autor, réu, litisdenunciado, oponente, chamado ao processo, assistente, MP atuando como parte ou custos legis. Ou seja, todos os que tiverem a intenção de invocar uma pretensão consubstanciada em um direito material perante o Estado-juiz possuem igualmente o direito de invocar o princípio sob tela em seu favor. Não

obstante, os auxiliares da Justiça como o perito e as testemunhas não possuem a prerrogativa de invocá-lo pela inexistência de pretensão em jogo.

Diferentemente dos demais princípios constitucionais, o princípio do contraditório e da ampla defesa não admite exceções. Ele deve ser observado integralmente. Objetiva-se com isso proporcionar às partes igualdade de oportunidades e instrumentos processuais para que as mesmas tenham condições de assegurar seus direitos e pretensões da forma mais ampla possível. Tais prerrogativas devem abranger desde o direito de ação da parte que pleiteia a instauração do processo para a prestação da tutela jurisdicional até a defesa a ser objetivada pela parte contrária naquela ação.

2.10. Princípio do contraditório e da ampla defesa e os processos administrativos:

Com relação aos processos administrativos, apesar de no campo administrativo não haver necessidade de tipificação estrita que subsuma a conduta à norma de forma rigorosa, não se pode conceber que a capitulação do ilícito administrativo apresente-se tão aberta a ponto de ser capaz de atrapalhar o direito de defesa. Mesmo porque, é fato notório que a ninguém pode ser imposta uma penalidade sem que a ele tenha sido assegurado direito de defender-se de forma ampla, contraditar o que a ele foi imputado, e que, de alguma forma, o prejudica, conforme o preceituado pelo princípio do devido processo legal.

2.11. Idéias principais do princípio do contraditório:

O princípio constitucional do contraditório consiste em se garantir às partes as mesmas oportunidades e instrumentos processuais hábeis para a efetivação de seus direitos e pretensões, ao ajuizar uma ação, ao deduzir respostas, ao requerer e realizar provas ou ainda ao recorrer das decisões judiciais.

A nossa Magna Carta de 1988 previu o princípio do contraditório e da ampla defesa em um único dispositivo, aplicável expressamente aos litigantes, em qualquer processo, judicial ou administrativo, e aos acusados em geral (art. 5, inciso LV). No que tange ao processo penal, são consideradas indispensáveis quer a defesa técnica exercida por advogado, quer a autodefesa

com a possibilidade concedida ao acusado de ser interrogado e de presenciar todos os atos instrutórios. Em decorrência desse princípio advém a necessidade e obrigatoriedade de se dar ciência a cada litigante dos atos praticados pelo juiz e pelo seu adversário. Afinal, somente conhecendo-os poderá efetivar o contraditório de forma ampla. Além de ser um princípio informativo do processo, sendo desta forma, parte integrante da estrutura objetiva que é o processo, apresenta também um aspecto subjetivo não menos relevante, que analisa esse princípio não apenas como sendo uma garantia fundamental, mas como verdadeiro direito fundamental. Assim, esse princípio deve ser entendido como princípio constitucional, norma jurídica positiva, e de hierarquia superior.

É sabido que em todo processo contencioso há pelo menos duas partes: o autor e o Réu. Ao autor (demandante) é concedida a oportunidade da instauração da relação processual que só se completa com o chamamento do réu a juízo. Mas essa situação circunstancial, ocasional e exterior, de um dos sujeitos pleitear perante o judiciário o acolhimento de suas pretensões antes do demandado não pode ser utilizada como justificativa para se conceder ao primeiro armas diversas daquelas oferecidas ao segundo. A paridade de armas entre os sujeitos parciais do processo deve ser efetivada e o contraditório ser observado na medida em que se proporciona às partes igualdade de meios processuais para que ambos tenham igualdade de condições para fazerem valer seus direitos ao menos no que tange aos recursos processuais. O contraditório possui relação direta com o princípio constitucional da igualdade que reza que todos são iguais perante a lei. A lei não deve privilegiar ou perseguir, mas buscar regular a vida em sociedade de forma equânime. Às partes deve ser assegurado o direito de participação no processo mediante a utilização de todos os meios e armas permitidas pelo direito objetivando o convencimento do magistrado. Este, por sua vez, deve ter a liberdade possível e necessária para proferir um julgamento favorável a quem realmente possua o direito em questão. E, consoante lição de Cândido Rangel Dinamarco, “Na teoria do poder fala-se em sua dinâmica, para designar o modo como ele se exerce, ou seja, o que em direito processual é o processo. Na realidade, as definições pecam um pouco pela imprecisão, não sendo raro falar de algo como o “mecanismo de transmissão dos resultados de seleção” como sendo o poder mesmo e não o processo mediante o qual se exerce. Certo é, no entanto, que hoje facilmente se compreende que todo

poder se exerce mediante um procedimento, caracterizando-se este como processo desde que seja feito em contraditório”.

A análise do princípio do contraditório e da ampla defesa não pode realizar-se de forma desvinculada do exame do devido processo legal. Constata-se com a leitura do nosso texto constitucional que o mesmo incorporou o princípio do devido processo legal, já consolidado na “Magna Charta Libertatum” de 1215, de extrema relevância no direito anglo-saxão. Da mesma forma, o artigo XI, número 1, da Declaração Universal dos direitos do Homem dispõe:

“todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

A nossa atual Constituição foi inovadora em comparação às anteriores por ter feito de forma explícita referência ao devido processo legal e também à privação de bens como matéria apta a beneficiar-se dos princípios próprios do direito processual penal. Expressão originária do direito inglês o “due process of law”, ou princípio do devido processo legal consubstancia-se na garantia de um processo regular para que haja um julgamento justo. Ele é pertinente ao processo em geral e embasa todos os demais princípios, é o gênero do qual os outros são espécies. Tem como fulcro assegurar a dupla proteção ao indivíduo, seja no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, ou no âmbito formal ao garantir-lhe igualdade de condições com o Estado persecutor e ampla defesa.

De forma sucinta, pode-se assinalar que o princípio do devido processo legal consiste na oportunidade efetiva concedida às partes de ter acesso à justiça, seja ao pleitear tutela de direitos que acredita ter, seja ao se defender de forma plena das acusações contra eles imputadas. E, como já anteriormente salientado, o princípio do contraditório e da ampla defesa se origina desse princípio “mater”, e, que, conforme mandamento constitucional deve ser assegurado a todos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados de forma geral.

2.12. Considerações finais acerca do princípio do contraditório:

O princípio do contraditório e da ampla defesa é manifestação do Estado Democrático de Direito, relacionando-se diretamente com o princípio

da igualdade das partes e com o direito de ação. Ao se assegurar o princípio do contraditório e da ampla defesa, assegura-se também o direito de ação e o direito de defesa, prerrogativas de todo o cidadão indispensáveis para o desenvolvimento da sociedade de forma ampla e efetiva.

Finalizando, o princípio do contraditório como sinônimo de diálogo judicial corresponde a uma verdadeira garantia de democratização do processo, impedindo que o poder do órgão judicial e a aplicação da regra “iura novit cúria” sejam utilizados como mecanismos opressores e autoritários que só serviram até hoje para impedir que a efetividade, como sendo a satisfação do jurisdicionado, ocorra de forma plena.

2.13. Princípio do duplo grau de jurisdição

O princípio do duplo grau de jurisdição tem sido objeto de polêmica, principalmente nos dias de hoje, em que, frente a crescente complexidade das relações sociais exige-se do Poder Judiciário maior efetividade na prestação da tutela jurisdicional. Urge que medidas sejam tomadas no sentido de assegurar o devido processo legal de forma concreta, efetiva e de forma célere.

Para parte da doutrina, o duplo grau de jurisdição encontra razão de ser no fato de que todas as causas devem ser submetidas a um reexame realizado por outros juízes, órgãos colegiados que pela maior experiência ou pelo maior número, teriam a possibilidade de exame mais amplo da questão. Além de que, em decorrência do inconformismo natural do ser humano diante de adversidades como a denegação de uma pretensão sua em juízo, tal princípio seria imprescindível. Assim, à parte inconformada com o juízo preliminar seria sempre concedido o direito de utilizar do Recurso, como remédio legal cabível para ter sua pretensão, (já julgada pelo juízo de primeira instância), analisada por juízes distintos. O cerne da questão seria o de que o julgamento realizado pelo tribunal, órgão colegiado, por ser constituído por juízes distintos, teria condições de apresentar uma decisão mais sábia e pautada em raciocínios mais experientes. Observa também Tourinho Filho que **sabendo os Juízes que suas decisões poderão ser reexaminadas, procurarão eles ser mais diligentes, mais estudiosos, procurando fugir do erro e da má fé. Somente tal circunstância seria suficiente para se justificar o recurso. Não houvesse a possibilidade do**

reexame, os Juízes, muitas e muitas vezes, se descuidariam, decidiriam sem maior meticulosidade, pois estariam seguros de que seu erro, sua displicência, sua má fé não seriam objeto de censura pelos órgãos superiores (Processo Penal, vol. 4, pg. 247).

Outra questão que este tema suscita e que por isso tem sido objeto de estudo de grande parte da doutrina, é a de que para muitos, o duplo grau de jurisdição é considerado como um sub-princípio do princípio do devido processo legal. Sendo que, nossa posição é a de que o duplo grau de jurisdição se encontra implícito no artigo 5, inciso LV de nossa Magna Carta, quando nela é explicitado que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Outros autores entendem ser esse princípio assegurado pelo artigo 5, LV da CF de forma taxativa, outros, que seria apenas mera previsão da CF (quando é salientado que os pretórios de todo país terão competência para julgar causas originariamente em grau de recurso - artigo 102, II e III da CF) ao estabelecer que o STF conhecerá questões em grau de Recurso ordinário e extraordinário. Ainda cabe ao legislador infraconstitucional dar operatividade a essa previsão legal. Dessa forma, as leis que restringem o cabimento de recurso não são inconstitucionais, como é o caso do artigo 2 da Lei 5584/70 da Justiça do Trabalho, onde nas hipóteses de causas inferiores a dois salários não cabe recurso; na Lei de Execução Fiscal n.6830/80, artigo 34 onde não cabe apelação das causas inferiores a 50 OTNS, ou ainda na hipótese da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais n 9099/95, artigo 41. Importando salientar ainda, que as causas de competência originária dos Tribunais escapam da incidência do duplo Grau de Jurisdição.

O posicionamento que parece ser o mais acertado é o de que a denominação “duplo grau de jurisdição”, é na realidade equivocada, sendo mais correta a expressão “dupla cognição”. Nesse diapasão, entende-se tal princípio como uma oportunidade concedida à parte vencida (diante de seu descontentamento), de buscar uma nova apreciação da matéria que levou a juízo mediante a interposição de recurso. O objetivo buscado seria então o de se afastar falhas ou corrigir erros decorrentes da decisão do juiz de primeira instância, monocrático, portanto, falível. Permeia tal pensamento, a preocupação em coibir arbitrariedades possíveis advindas do exercício das funções de se aplicar o Direito. Montesquieu explicitou que o juiz único poderia tornar-se despótico, portanto era necessário haver a possibilidade de

revisão de suas decisões para que, consciente de que elas seriam controladas, tivesse o cuidado de não ser arbitrário. Seguindo esse ensinamento, o Duplo Grau de Jurisdição seria a garantia de Boa justiça, logo, não podendo ser desprezado pela ordem jurídica.

Hodiernamente, o princípio do duplo grau de jurisdição não é absoluto como ocorria na Constituição do Império de 1824. Ele se faz obrigatório no caso de recurso de Ofício das sentenças prolatadas contra entes de Direito Público (Decreto Lei 779/69), em seu artigo 1. Pode-se constatar o fato de ele não ser absoluto, por exemplo, em certos limites legalmente impostos, como ocorre com o artigo 121, parágrafo 3 da CF que dispõe serem “irrecorríveis as decisões do tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariem esta Constituição e as denegatórias de habeas corpus ou mandado de segurança”. Além disso, delimita também, ao enunciar de forma taxativa as hipóteses de cabimento de Recurso Ordinário constitucional e extraordinário.

O fato de existir em determinadas hipóteses, competência originária dos Tribunais Superiores não faz com que ocorra derrogação do Duplo Grau de jurisdição, já que em tese, o julgamento desses Tribunais garante maior segurança ao julgado. Além do que, a composição colegiada é formada por juízes considerados mais experientes, o que levaria a uma decisão mais sábia.

A análise do artigo 102, II e 105, II (cabimento de recurso direcionado ao STF ou STJ); artigo 105, III (cabimento de Recurso Especial para o STJ) e o artigo 102, III (cabimento de Recurso Extraordinário para o STF, leva à constatação que em tais hipóteses, o princípio do duplo grau de jurisdição encontra-se garantido. Entretanto, no caso de competência originária do STF (artigo 102, I, CF) não. Nesse caso, o princípio do Duplo Grau de Jurisdição não tem atuação plena, já que não há recurso regular para outro órgão, tendo em vista que o STF se encontra no topo da pirâmide, cúpula do Poder Judiciário.

Dessa forma, é possível vislumbrar que o tema sob tela é controvertido. Parte dos doutrinadores defende que o duplo grau de jurisdição é um verdadeiro princípio, outra parte, que ele é um sub-princípio do devido processo legal, e outros ainda, acreditam que ele não seja propriamente um princípio. Encontra também controvérsia a assertiva de que ele esteja em nossa Magna Carta. Para certos juristas seria um princípio constitucional

garantido de forma expressa, para outros, um princípio implícito no artigo 5º, inciso LV da CF, e ainda, para outros autores como Nelson Nery Júnior, seria mera previsão legal, tendo em vista o artigo 102, II e III da CF.

Não obstante posicionamento majoritário da doutrina no sentido da necessidade do Duplo Grau de jurisdição, ou melhor, da dupla cognição, há o posicionamento de uma minoria contrária a tal tese. Para essa minoria, é falha a argumentação de que um dos motivos da existência do Duplo Grau de Jurisdição seria a de que os juízes de jurisdição superior seriam mais aptos para corrigir falhas, muitas vezes, decorrentes do fato dos juízes de primeira instância serem humanos. Afinal, os juízes de instância superior também são humanos, portanto, falíveis, dessa feita, os juízes de segunda instância poderiam acabar reformando sentenças mais acertadas do que as suas.

Também há questionamento por parte desses doutrinadores, com relação ao fato de que o recurso seria inútil, quando a decisão em grau de recurso confirma a decisão prolatada pelo juiz de primeira instância, sendo até prejudicial, na medida em que vai contra o princípio da economia processual.

Outro argumento, é que a reforma da decisão prolatada pelo juiz de primeira instância é nociva na medida em que aponta divergência de interpretação entre os julgadores, o que geraria dúvida sobre a correta aplicação do Direito, levando à incerteza e ao desprestígio o Poder Judiciário.

Nosso posicionamento é no sentido de que, diante da realidade sócio-político-econômica brasileira, devemos, como estudiosos do direito, procurar caminhos para ao menos minorar a nossa realidade social e a crise do Judiciário. O problema da Justiça é gravíssimo, e diante do escopo maior do Direito que é o acesso à justiça, alternativas devem ser buscadas para que se proporcione maior satisfação ao jurisdicionado. O duplo grau de jurisdição, mesmo entendido como sendo um princípio implícito em nossa Constituição, não pode ser entendido como absoluto. É certo que se deve garantir ao consumidor do Direito o reexame da decisão de primeira instância da qual está inconformado. No entanto, diante da problemática que envolve a justiça brasileira, é necessário coibir medidas protelatórias, litigância de má fé, enfim, todos os tipos de artimanhas protelatórias que obstem o acesso rápido à justiça. Tudo vai depender principalmente do bom senso por parte dos juristas, ou melhor, dos operadores do direito de forma geral, visando sempre o bem comum.

3. OUTROS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Além dos princípios aqui analisados, convém salientar, que outros existem e que não podem ser esquecidos. São exemplos: o princípio do Juiz natural, que nos remete à idéia de juízo preexistente. Seu objetivo maior é coibir a criação de “Tribunais de Exceção” ou de juízos **ad hoc** (que têm por função julgar determinado caso). Consoante o preceituado no artigo 5, inciso XXXII, da CF que salienta: “não haverá Juízo ou Tribunal de exceção”. E, ainda no mesmo artigo 5, mas em seu inciso LIII: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Tal princípio assegura a competência como um direito fundamental do indivíduo, apesar do mesmo não ser absoluto, haja vista a interposição da exceção de incompetência **ex ratione loci**. O princípio da fundamentação das decisões, consagrado no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”. O princípio da liceidade dos meios de prova. Explicitado no artigo 5, inciso LVI, da CF: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. O princípio da proibição de prisão civil por dívidas, salientado no artigo 5, inciso LXVIII, da CF: “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. O princípio da igualdade de tratamento, ou princípio infraconstitucional da igualdade das partes no processo (consagrado no artigo 121, i do CPC); da publicidade, explicitamente disposto em nossa Magna Carta, artigo 93, inciso IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos... podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”. Como regra geral, há a determinação de que todos os atos jurídicos devem ser realizados **coram populo**, ou melhor, perante o público, para que todos tenham a possibilidade de ter ciência do julgado. Dessa forma, garantir-se-ia, ao menos em tese, uma maior fiscalização. Entretanto, tal regra não é absoluta, permitindo exceções, como, por exemplo, os atos de interesse público, os ligados à família, como: casamento, separação judicial, divórcio, alimentos, filiação, pátrio poder etc..., que se desenvolvem

em segredo de justiça, consoante salientado no artigo 155, do CPC c/c o artigo 770, da CLT.

CONCLUSÃO

Como decorre da exposição retro, o tema é dos mais complexos e abrangentes, não sendo possível, nos limites estreitos de um artigo, examinar todos os seus aspectos e desdobramentos.

Para uma análise aprofundada dos princípios constitucionais não se deve dissociar um dos outros. A Constituição Federal deve ser estudada como um conjunto orgânico de princípios e regras que formam um sistema, obrigando o intérprete a estudar as relações existentes entre suas várias disposições. Os princípios constitucionais devem ser examinados primeiramente em conjunto, para posteriormente se analisarem e compreenderem as peculiaridades de cada um. Todos visam garantir direitos ao indivíduo, e cada um, trata de um determinado aspecto. No entanto, nem por isso deixam de manter uma profunda inter-relação que de forma alguma pode ser relegada ao descaso, sob pena dessa análise ser parcial, incompleta.

BIBLIOGRAFIA

- BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil: (promulgada em 5 de outubro de 1988)**. São Paulo: Saraiva, 1988-1989. 2v.
- CAPPELETTI, Mauro. Relatório geral. **Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Proceeding**, Milano: Giuffrè, 1973.
- CINTRA, Antonio Carlos Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. (coordenador) **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- DENTI, Vittorio. **Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio**. Rivista di Diritto Processuale, XXIII (1968):217-231.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

- GRASSO, Eduardo. **La collaborazione nel processo civile**. Rivista di Diritto Processuale, XXI(1966):580-609.
- JESUS, Damásio E. de. **Lei dos Juizados Criminais Anotada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- TARZIA, Giuseppe. “**Il contraddittorio nel processo esecutivo**”, in Rivista di Diritto processuale, 1978, II (v. também trad. Brás.: “O contraditório no Processo Executivo”, in Revista de Processo, vol. 28).

A DEMORA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Rogério A. Correia DIAS*

INTRODUÇÃO

Trava-se aceso debate no país sobre a justiça, centrado sobretudo na pretensa necessidade do controle externo do Poder Judiciário e porque diz-se ser o aparelho judicial por demais moroso.

A morosidade da justiça (*rectius*: do sistema retributivo legal), tema que remonta ao século dezessete¹, constitui, pois, um dos aspectos mais importantes de sua crise², a merecer *ipso facto* estudo mais aprofundado de sua gênese. É da voz da povo em geral - muita vez destituído de conhecimento das causas - e dos operadores do direito em particular que há uma excessiva demora na tramitação do processo judicial brasileiro.

Essa conclusão demonstra que, a rigor, o desempenho na administração da justiça no país encontra-se muito aquém de atender às expectativas e aos anseios sociais. No entretanto, o tratamento conjugado de várias situações determinadas pela ineficiência do serviço judiciário revela que o problema emergente do processo tem dimensões muito maiores e mais complexas do que comumente se imagina.

A excessiva duração do litígio, segundo JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI³ - “vulnera a garantia do devido processo legal. Desprestigia os tribunais. (...) Perpetua a angústia e produz enorme prejuízo, material e moral, àqueles que protagonizam o combate judiciário.” Eis a importância do problema.

¹ Juiz de Direito no Estado de São Paulo, mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas - PUC-Campinas.

1. DA DURAÇÃO DO PROCESSO COMO ÍNDICE DA EFICIÊNCIA OU NÃO DO SERVIÇO JUDICIÁRIO

Um dos índices a que comumente se recorre para aferir da eficiência ou não do serviço judiciário é o da duração do processo. À primeira vista pode parecer que a melhor justiça seja aquela que decida a causa de imediato, assim que formulada a reclamação pela parte lesada.

O exame da questão, mesmo superficial, demonstra, no entretanto, que isso não ocorre. É que pode o demandante estar a fazer alegações inverídicas ou, ainda que verdadeiras, insuscetíveis de produzir os efeitos jurídicos que delas se esperavam e assim por diante. Esta a razão fundamental porque, como uma das maiores conquistas do direito processual, consagrou-se o *princípio da bilateralidade da audiência*, um dos pilares da justiça organizada, ressalvados tão só os casos excepcionais em que a oitiva prévia do demandado possa tornar ineficaz a atividade judicial.

Não basta, todavia, ouvir o demandado quando impositiva, da mesma forma, lhe seja dada e ao demandante a oportunidade de demonstrar os fatos por eles invocados, numa instrução que, se complexos, pode ser demorada. Concluída tal instrução, têm as partes a faculdade de falarem sobre ela e só então, cumpridas eventuais formalidades outras do processo - a oitiva do Ministério Público, por exemplo - estará o processo, como instrumento eminentemente dialético, “maduro” para julgamento.

Da sentença, de mérito ou não, podem ainda as partes interessadas recorrer pelo menos a uma segunda instância. São atos que demandam tempo - e muito mais por força do formalismo que lhes impõe a lei - para sua designação, comunicação às partes, realização e nova comunicação às partes *etcétera*.

É certo que há quase sempre prazos fixados pela lei para a realização dos atos. Mas, à exceção dos prazos processuais impostos às partes, porque peremptórios, eles quase nunca são respeitados. Seja por causa da saturação dos órgãos judicantes seja por razões outras. Surge, então, a idéia de estimar a duração do processo mediante o padrão dos “prazos razoáveis”.

2. DA INVIABILIDADE DA RÍGIDA FIXAÇÃO DE “PRAZOS RAZOÁVEIS”

A ordem normativa constitucional vigente no país consagra o direito de todos à tempestividade da tutela jurisdicional. O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, revelando tal garantia, permite concluir não só o direito de proteção judicial como também o direito à adequada tutela jurisdicional, *i.e.*, “à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva”²⁴.

A Europa Ocidental e bem assim a América do Norte, não obstante também sofram, em diversos países, os efeitos de igualmente demorada prestação jurisdicional, cuidaram de consagrar em diversos textos legais o direito a um processo judicial sem dilações indevidas.

O conceito de *prazo razoável* foi adotado pela *Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais* que, subscrita a 4.11.1950, prescreve em seu artigo 6º, 1, que “toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente *num prazo razoável*, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida”.

Conquanto não se conheça a invocação judicial, no Brasil, de tal direito, vê-se já antigo o *direito ao processo sem dilações indevidas*, desde 1950 entendido como direito subjetivo constitucional, de caráter autônomo, de todos os membros da coletividade, à tutela jurisdicional entregue em “razoável” lapso de tempo.

Tem-se entendido impossível, todavia, a fixação apriorística de uma regra específica do que sejam *prazos razoáveis*, razão pela qual a Corte Européia dos Direitos do Homem estabeleceu três critérios, segundo as circunstâncias de cada caso concreto, que devem ser considerados para seu estabelecimento: *a.* a complexidade do problema; *b.* o comportamento das partes e de seus procuradores, no processo civil, ou da acusação e da defesa no processo penal; e *c.* a atuação do órgão julgante.

Verifica-se, pois, que as dilações indevidas constituem um conceito inteiramente aberto e indeterminado, de forma a obstar sejam consideradas como a simples inobservância, do ponto de vista objetivo, dos prazos fixados pelas regras processuais positivas.

3. DADOS COMPARATIVOS SOBRE A DURAÇÃO DO PROCESSO EM DIVERSOS PAÍSES

Da indeterminabilidade, por impossível, do conceito de prazo razoável, resulta difícil sua adoção como parâmetro para se aferir da eficácia da justiça como um todo, mostrando-se aplicável tão só aos casos concretos.

Resta, então, a alternativa da comparação dos prazos dos processos brasileiros com os processos de outros países de cultura jurídica análoga.

Na Itália, cujo ordenamento jurídico inspira o direito processual nacional, um estudo abrangendo o período de 1956 a 1963 aponta que, em primeira instância, num universo de 140 mil processos cíveis anuais, 26% foram decididos em menos de meio ano, 50% entre 1 a 2 anos, 13% entre 2 e 3 anos e 11% em mais de 3 anos. Em grau de apelação a duração dos processos alcançou menos de meio ano em 13%, um ano em 44%, 2 anos em 30%, 3 anos em 8%, e mais de 3 anos em 5%⁵.

Na França a duração dos processos nas cortes de apelação passou de 19 meses (mínimo de 9 meses e máximo de 44 meses) em 1980, a 22 meses (mínimo de 11 meses e máximo de 39 meses), em 1982; nos mesmos anos o prazo, nos tribunais de grande instância, subiu de 13 a 13 meses e meio⁶.

Na Alemanha, em primeira instância a duração média dos processos cíveis, em 1959, foi a seguinte: *a.* Amtsgerichte⁷: menos de 3 meses, 46%; de 3 a 6 meses, 26,9%; mais de 6 meses, 27,1%; *b.* Landgerichte: menos de 3 meses, 22,7%; de 3 a 6 meses, 23,6%; mais de 6 meses, 53,7%. No mesmo ano, em segunda instância: *a.* Landgerichte: menos de 3 meses, 50,0%; de 3 a 6 meses, 25,6%; mais de 6 meses, 24,4%; *b.* Oberlandesgerichte: menos de 3 meses, 37,3%; de 3 a 6 meses, 27,6%; mais de 6 meses, 34,6%⁸.

Em 1968 os resultados obtidos foram os seguintes, em primeira instância: *a.* Amtsgerichte: menos de 3 meses, 30,76%; de 3 a 6 meses, 30,75%; mais de 6 meses, 38,49%; *b.* Landgerichte: menos de 3 meses, 33,94%; de 3 a 6 meses, 24,96%; mais de 6 meses, 43,10%. Em segunda instância: *a.* Landgerichte: menos de 3 meses, 33,60%; de 3 a 6 meses, 40,47%; mais de 6 meses, 25,93%; *b.* Oberlandesgerichte: menos de 3 meses, 4,84%; de 3 a 6 meses, 29,22%; mais de 6 meses, 65,94%⁹.

O melhor desempenho compete ao Cantão de Zurique, que registra tais estatísticas desde 1832. No Tribunal da circunscrição de Zurique a duração média dos processos cíveis ordinários, na década 71-80, foi de 160 dias (máximo de 169,68 dias, em 1971, e mínimo de 147,30, em 1980). No

mesmo período os processos ordinários atribuídos ao juiz singular tiveram a duração média de 70,43 dias (mínimo de 56,85, em 1980, e máximo de 82,56, em 1976); e os processos rápidos, surpreendentemente, tiveram média mais elevada – a de 127,69 dias (mínimo de 69,02 dias, em 1979, e máximo de 180,51, em 1975). A duração média dos processos de apelação em trâmite pelo Tribunal Superior (Obergericht) de Zurique, ainda no mesmo período, foi de 99 dias (mínimo de 75,23, em 1975, e máximo de 121,0, em 1980)¹⁰.

No Brasil, especificamente no Estado de São Paulo, o Departamento de Informática do Tribunal de Justiça, no ano de 1989, em conjunto com o Departamento de Processo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em trabalho conduzido por ADA PELEGRINI GRINOVER e KAZUO WATANABE, calculou - segundo a mesma fórmula aplicada nos cálculos italianos retrocitados - a duração média de 677 dias de nossos processos cíveis e de 488 de nossos feitos criminais. A constatação, portanto, é de que o processo judicial em São Paulo é mais célere que na Itália¹¹, conquanto deixe a desejar relativamente à eficiência - analisada somente sobre este prisma - das justiças francesa e alemã, que resolve mais da metade de seus processos em seis meses¹².

4. PRINCIPAIS CAUSAS DA LENTIDÃO DO PROCESSO JUDICIAL BRASILEIRO

Não se pode perder de vista que os motivos determinantes da lentidão dos processos judiciais nas experiências jurídicas estrangeiras assemelham-se, quando não se igualam totalmente, àqueles que militam contra a rapidez da prestação jurisdicional no Brasil.

Sem afastar por completo as críticas à legislação processual, como o faz CRUZ E TUCCI¹³ - sob o fundamento de que o Código de Processo Civil em vigor constitui o ponto culminante da evolução científica do direito processual civil em nosso país, em tudo superior ao código revogado -, apresentam-se como principais causas determinantes da intempestividade da tutela jurisdicional no Brasil três fatores distintos: fatores de ordem institucional, de ordem técnica e de ordem material e humana.

4.1. Fatores de ordem institucional

O primeiro e seguramente o mais significativo fator determinante da intempestividade da tutela jurisdicional no Brasil, aquele que está na

gênese do problema, é o inescandível desequilíbrio de forças existente entre os poderes constituídos da república.

Realmente, desde o início do novo regime de governo, em 1889, tem havido sempre, como adverte DALMO DE ABREU DALLARI, “nítida prevalência do Executivo, secundado pelo Legislativo, aparecendo o Judiciário, na prática, como o Poder mais fraco”¹⁴, sendo certo que tal desequilíbrio implica, como é natural, em uma nítida indisposição dos demais poderes em fortalecimento do Poder Judiciário, o que reflete evidentemente na qualidade de seus serviços.

Não se cuida, à guisa de lembrança, de privilégio brasileiro, mas de traço cultural que abrange toda a América Latina, como vem de assinalar EUGENIO RAÚL ZAFFARONI em proficiente estudo sobre o poder judiciário: “não há dúvida que de há má vontade para a democratização deste ramo do Estado”¹⁵, especialmente porque seus sucessivos *stablishments* têm procurado valer-se politicamente dos poderes judiciários ou, ao menos, de neutralizá-los para que não perturbem o seu exercício de poder. O fato, de inarredável constatação, é que todas as constituições proclamam a independência do poder judiciário mas nenhum governo se dispôs seriamente a concretizá-la¹⁶.

Não interessa mesmo à classe dominante seja independente, ágil e eficaz a estrutura judicial atuante nos limites de seus domínios, sendo certo que nos casos de seu particular interesse criam-se mecanismos processuais diferenciados que escapam ao procedimento comum, demorado e ineficiente.

Explica, a propósito, CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA que “para esses litígios criaram-se, simplesmente, procedimentos especialíssimos, geralmente com total desconhecimento do tão decantado princípio da igualdade das partes no processo, gerando-se com isso, dupla desigualdade: desigualdade *de* procedimento e desigualdade *no* procedimento”¹⁷.

É o caso, como salienta LUIZ GUILHERME MARINONI, dos procedimentos previstos nos decretos-lei 70/66, 167 e 911/69¹⁸, e por que não dizer, daquele previsto na novel Lei nº 9.514/97, que trata da alienação fiduciária de imóvel em garantia, todos de interesse de determinada camada social. Alia-se, então, a classe governante à mídia para atribuir as

mazelas do poder judiciário a qualidades de seus operadores, pois que de mais fácil apreensão pelos governados em geral.

4.2. Fatores de ordem técnica

Em pesquisa relativamente recente, levada a efeito pelo Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo - IPESP junto a expressivo número de magistrados em diversos Estados, verificou-se que, na opinião de 82,3% dos entrevistados, o excesso de formalidades nos procedimentos judiciais constitui importante obstáculo ao bom funcionamento da justiça e, na opinião de 90,2% deles, a redução de tais formalidades é imperativa para a agilização dos processos¹⁹.

É fato. A rebuscada sistemática processual brasileira também contribui, decisivamente, para a extraordinária longevidade das demandas judiciais, mormente em face de suas incongruências e dos inúmeros recursos que prevê.

Uma das incongruências, apropriadamente denunciada por MARINONI, apenas como exemplo, está no maior valor imediato que se empresta à medida liminar concedida para antecipar os efeitos da tutela jurisdicional, de caráter eminentemente provisório por que fundado em juízo de verossimilhança das alegações da parte, em detrimento da sentença, que resulta do conhecimento exauriente da lide.

Cuida-se, no que toca à ordinária suspensividade dos efeitos da sentença, de paradoxo sintomático da desvalorização do juízo de primeiro grau e conseqüente endeusamento dos juízos recursais, de modo que a primeira instância, insta reconhecer, é reduzida a mero juízo preparador, uma espécie de ante-sala em que se aguarda o momento de impetrar recurso de apelação e, em conseqüência, levar a causa à segunda instância, pondo a perder, “à evidência, a utilidade inquestionável da imediatidade, da identidade física do juiz e da concentração”²⁰. Daí a saturação dos tribunais e a conseqüente morosidade dos julgamentos.

Urge, portanto, e assim têm proclamado SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, seja corrigido tal equívoco atribuindo-se, como regra,

exeqüibilidade provisória à sentença do juízo singular, tal como ocorre na sistemática processual italiana.

Assim, salvo exceções previsíveis na lei - *e.g.*, nas causas relativas ao estado e à capacidade das pessoas - a parte apelante, que pretendesse emprestar efeito suspensivo a seu recurso, haveria de postulá-lo junto ao órgão jurisdicional superior, através de ação cautelar, como ocorre, *v.g.*, com o recurso especial junto ao STJ, que tem sido criterioso no deferimento de tais pretensões.

Esse sistema, previsto no 15º Anteprojeto da Reforma Processual²¹, desestimularia a interposição de apelações protelatórias e, desse modo, dinamizaria a entrega da prestação jurisdicional.

As apelações, no mais das vezes destituídas de consistência jurídica, ilustram bem, aliás, o amor dos operadores do direito pela interposição de recursos. E recurso no processo civil brasileiro é o que efetivamente não falta: *a.* das decisões interlocutórias cabem agravo - retido ou por instrumento, além de embargos declaratórios; *b.* da sentença cabem embargos declaratórios para o próprio juiz e, julgados, dão margem a apelação para o grau superior de jurisdição; *c.* a parte que não apelou pode manejar recurso adesivo; *d.* julgada a apelação - podem ser apelações - cabem embargos declaratórios ao acórdão; *e.* se o acórdão resultar de decisão não unânime, *i.e.*, por maioria de votos, cabem embargos infringentes; *f.* se a decisão divergir de outras do mesmo tribunal, cabe o pedido de uniformização de jurisprudência. Há ainda decisões de órgãos singulares dos tribunais - presidentes e relatores - que comportam agravos regimentais bem como o manejo, certamente abusivo, do mandado de segurança. Cabem ainda, das decisões locais de segunda instância, para o Superior Tribunal de Justiça, recurso especial, agravo da decisão que eventualmente indefira seu processamento, embargos de declaração ao acórdão que julgar o recurso, embargos infringentes aos acórdãos não unânimes, embargos de divergência se a decisão contraria outras do mesmo tribunal, agravos regimentais de decisões de presidentes e relatores e recurso ordinário ou extraordinário para o Supremo Tribunal Federal. E lá, na mais alta corte do país, outros inúmeros recursos podem ser manejados, dando conta, pois, da relativa facilidade com que se arrasta, por anos e até mesmo por décadas, um processo judicial no Brasil.

4.3. Fatores de ordem material e humana

É bem de ver que a dramática e crescente aflição dos consumidores da justiça em decorrência da demora na prestação jurisdicional constitui, por certo, diagnóstico conclusivo da existência de um verdadeiro abismo entre a legislação codificada e a realidade do serviço judiciário.

Com efeito, o problema da demora da prestação jurisdicional ultrapassa os limites da ciência processual para avançar sobre o terreno da organização judiciária e da administração pública.

Já advertiu WILLOUGHBY, em célebre estudo sobre o direito judiciário norte-americano, há mais de 40 anos, que “dos diversos ramos do governo, nenhum tem recebido menos atenção dos estudiosos da ciência política do que o serviço judiciário”²².

A materialização do direito das pessoas, por meio dos instrumentos que lhes são postos à disposição - previstos na lei processual - está mesmo a depender, fundamentalmente, de prédios, máquinas e operadores ou, em outras palavras, de instalações e equipamentos adequados e juízes e auxiliares que lhes dêem vida.

A inadequação das condições de trabalho, mormente dos órgãos de primeiro grau da justiça comum estadual, salta aos olhos, assinalando DALLARI que em muitos Estados há juízes trabalhando em condições incompatíveis com a responsabilidade social da magistratura.

Na realidade, segundo aquele jurista, “não poucos magistrados são constrangidos a exercer a judicatura em dependências improvisadas ou com instalações muito precárias²³, com deficiência de espaço e sem o mínimo conforto necessário para o eficiente desempenho de suas tarefas. Desse descaso dos tribunais acabam sendo vítimas também os demais participantes indispensáveis das atividades judiciárias, como os advogados, os membros do Ministério Público e os funcionários forenses. O grande sacrificado por essa discriminação contra a primeira instância, motivada sobretudo pela acomodação ou indiferença das cúpulas judiciárias, é o povo, em nome de quem o Poder Judiciário decide e é quem paga as despesas para instalação e manutenção dos serviços judiciais...”²⁴.

No Rio Grande do Sul, aqui tomado a título de mero exemplo, segundo ARAKEN DE ASSIS, “até o advento da Carta Política em vigor, não raro se entregavam ao Judiciário casebres ou prédios condenados à ruína, ‘às

vezes desocupados por outras repartições por inservíveis ou demasiado deteriorados'. A tal respeito, lembre-se que a jurisdição é atividade específica, que, no respeitante aos espaços físicos, ostenta exigências peculiares. Os prédios destinados à localização dos serviços judiciários carecem de projeto funcional. Não é admissível, por exemplo, distribuir as repartições judiciárias em autênticos labirintos. Eles provocam desconforto nos operadores, inviabilizam a perfeita distribuição das escrivadinhas e dos serventuários, e, principalmente, causam desagrado no usuário, afugentando-o ou causando-lhe angústia profunda"²⁵.

Se não há prédios adequadamente preparados, intuitiva a conclusão da escassez e obsolescência dos equipamentos que os guarnecem. Incipiente o uso da informática. Até hoje, às vésperas de um novo milênio, o Poder Judiciário do Estado de São Paulo não logrou o resultado esperado. Não por incapacidade, mas certamente pelas dificuldades orçamentárias próprias de quem depende do poder que controla os cofres públicos²⁶. Cada um dos quatro tribunais paulistas implantou, em diferentes momentos, máquinas e programas que não guardam entre si similitude operacional. Os juízes de primeira instância usam dos recursos de informática adquiridos às suas expensas, assim como o fazem em relação a livros, a cursos e a tudo quanto, além de invariavelmente modestas instalações e de alguns auxiliares, necessitam para exercer suas funções.

Não bastasse, a carência de juízes, a qual se tem constatado crônica, vem contribuir para atrasar a prestação do serviço jurisdicional.

Com efeito, é preciso ver que a lei, ao fixar também ao órgão jurisdicional prazos para sua manifestação, não indaga de suas possibilidades materiais e humanas de seu cumprimento. A lei não está preocupada em saber se ao juiz há, simultaneamente, dez, cem ou mil processos submetidos à sua deliberação, sendo certo que muita vez tal número supera, em muito, sua capacidade de trabalho, mormente quando a complexidade das relações intersubjetivas, dos casos apresentados à justiça aumenta a cada dia.

A exemplificar a absurda desproporção existente entre órgãos judicantes e processos judiciais basta a superficial análise dos números paulistas: no Estado de São Paulo, em que há exatos 1943 magistrados estaduais de primeiro grau²⁷, tramitam mais de 10 milhões de ações judiciais²⁸, o que significa a média aritmética de 5.146,68 processos para cada juiz

estadual. Isso em otimista avaliação eis que há juízes afastados de suas funções jurisdicionais, convocados pelos órgãos dirigentes para atividades administrativas.

É um número muito acima do razoável. Aliás, acima do razoável está também a proporção juiz-jurisdicionado: na Alemanha há um juiz para cada 3 mil jurisdicionados, na Argentina há um para 17.000 e, no Brasil, há um juiz para cada grupo de 29.000 jurisdicionados. Isso na média, pois que há no Estado de São Paulo inúmeras comarcas em que a relação é de um juiz para cada cinquenta mil habitantes.

Ocorre aí o desastroso fenômeno da acentuada rotatividade de juízes, que, sem apoio superior, não suportam a extraordinária carga de trabalho. Deixando a unidade judicial, e superado o hiato atinente à transição, outro magistrado vem em seu lugar, desconhecendo por completo, todavia, os traços da comunidade em que se inserirá, os problemas contidos nos processos sujeitos a seu julgamento, as características de seu corpo de colaboradores *etcétera*.

Quando tal magistrado estiver conhecendo uma pequena parte de todas estas variáveis, e nova promoção se verificará... Não há, assim, continuidade mental no desenvolvimento do processo e, com isso, perdem os jurisdicionados e, por que não dizer, seus representantes, os advogados.

Por fim, há ainda um traço especificamente da magistratura latino-americana que contribui para com a morosidade da prestação jurisdicional. Cuida-se de sua ideologia marcadamente burocrática, certamente por que este seu modelo, o *modelo tecno-burocrático* de que trata ZAFFARONI, em que uma das características é a continência de juízes moldados de forma a sobreviverem na dependência interna e externa, gerada através da silenciosa ameaça de sanções, de bloqueio de ascensões e promoções, de remoções arbitrárias, de campanhas difamatórias internas, ...

Estas são as condições institucionais às quais se submetem as pessoas, mas que tendem a gerar mecanismos de fuga, que configura aquilo que o jurista argentino chama de “burocratização subjetiva” ou deterioração burocratizante no nível pessoal dos operadores²⁹. Não há, pois, estímulo à criatividade - até porque, “a rigidez do treinamento dificulta a iniciativa”, suscitando a chamada, por THORSTEIN VEBLEN,

“incapacidade treinada”³⁰ - mas à reprodução dos valores ideológicos dominantes ao longo do tempo introjetados nas estruturas mentais do juiz.

5. Propostas para a minoração do problema

Reservando a crítica - muita vez destituída de critérios - aos desinteressados na busca de soluções, ousa-se acender aqui uma luz. Ainda que lâmpada fraca para iluminar as inteligências superiores, quem sabe possa estimular a reflexão dos simples.

Algo deve ser feito em prol da mais rápida e eficiente prestação jurisdicional. Inviável, no entretanto, a espera de grandes alterações na ordem legal positiva ou ainda o aporte, pelas instâncias dirigentes estatais, dos recursos financeiros necessários à modernização da estrutura judiciária nacional. Aliás, é bem possível que isso por si só também não bastasse à solução do problema. Mais próximo da realidade, pois, seria refletir da forma como seria possível, dentro do arcabouço político e normativo postos e com os limitados recursos materiais e humanos disponíveis, melhorar a administração da justiça no país.

5.1. A primeira proposta: da necessária mudança de mentalidade dos operadores do direito

Como uma das propostas ora entendidas viáveis, sugere-se, como ponto de partida, a oitiva da grave advertência feita por JULIÁN MARÍAS, filósofo, membro da Real Academia Espanhola, que, escrevendo sobre a hodierna inversão de valores na sociedade, disse o seguinte: “é necessária, com urgência, uma operação de saneamento mental da humanidade”³¹.

Realmente não é possível mudar o atual estado das coisas sem que, antes, não se disponham os homens a começar a mudança dentro de si mesmos. Para tanto, é preciso vigorosa disposição para o *saneamento* de uma variedade de conceitos que o sistema social vem de depositar em nossas estruturas mentais ao longo de nossas vidas, libertando-nos da “jaula da

burocracia” referida pelo sociólogo MAX WEBER em seus célebres estudos sobre tal espécie de organização formal.

Como exemplos de tais conceitos, no mais das vezes fortemente arraigados na formação de expressiva parcela dos operadores do direito, porque subministrados nas faculdades de direito, vêm-se os seguintes mitos - arrolados em interessante paralelismo traçado pelo professor de Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito das Universidades Federais de Santa Catarina e Paraná LUIZ FERNANDO COELHO³²: **a.** o *mito da unidade do ordenamento jurídico*, quando se sabe da existência de uma produção normativa paralela à do Estado, e até contra ele, que se revela em certas minorias sociais; **b.** o *mito de que o Estado seja pressuposto do direito*, quando o Estado é uma abstração, surgiu depois do direito e só se antepõe a ele para dar legitimidade a suas próprias normas. O Estado é criação histórica de quem detém a hegemonia na sociedade, e é por estes colocado a serviço de seus interesses; **c.** o *mito de que somente o direito estatal é legítimo*, quando a legitimidade das normas sociais não radica na estatalidade, mas no consenso geral das comunidades que criam suas próprias regras de convivência; **d.** o *mito de que a lei é a principal fonte do direito*, quando todas as fontes de direito são válidas; **e.** o *mito de que a ordem jurídica estatal é racional*, quando o direito não é racional, mas emocional, intuitivo, prático. Nem as decisões judiciais são racionais; **f.** o *mito de que a lei tem um significado autônomo*, quando o significado da lei é heterônomo, vem do significado que lhe é atribuído pelo intérprete; **g.** o *mito de que a função do intérprete é “descobrir” esse significado*, quando a função do intérprete não é descobrir, mas criar o sentido da norma e, por fim, **h.** o grande *mito da neutralidade do juiz*, algo inteiramente fora da realidade porquanto não existe juiz neutro, pois quando aparentemente neutro estará, na verdade, aderindo de modo acríptico ao sistema em que inserido.

A eliminação - ou, ao menos a reavaliação - de tais conceitos das estruturas de pensamento dos operadores do direito permitiria, por certo, o resgate, das profundezas da retórica forense, quiçá ainda com vida, a compreensão de que o processo é mero instrumento da realização de direitos materiais, positivos ou não, e que por trás dos invariavelmente volumosos cadernos que o materializam há dramas essencialmente humanos à espera de soluções igualmente humanas.

5.2. A segunda: a aplicação, na estrutura judiciária, de conceitos empresariais de qualidade do serviço. O Programa dos Cinco “S”

A propósito do “saneamento mental da humanidade”, referido por MARÍAS, e da libertação dos mitos que muita vez povoam o mundo intelectual dos operadores do direito, surge como segunda proposta de minoração do problema ora sob enfoque a aplicação, no serviço judiciário, de conceitos empresariais de qualidade.

Afinal, não fora a circunstância de a administração da justiça vincular-se ao poder público, ela em nada ou muito pouco se diferenciaria de uma autêntica empresa privada de prestação de serviços, afastado, à evidência, o objetivo de lucro.

É aí, na administração “empresarial” do serviço judiciário, voltada à busca da qualidade, que pode residir - a par do afastamento, pelos operadores do direito, dos mitos antes mencionados - importante subsídio à melhora da prestação jurisdicional.

Não se desconhecendo a existência de uma diversidade de programas empresariais de qualidade, sugere-se a aplicação, por sua singeleza conceitual, em unidades judiciárias, do famoso Programa dos Cinco “S”.

A ferramenta Programa dos Cinco “S” surgiu no Japão em 1950, criada pelo engenheiro de manutenção KAORU ISHIKAWA, que após um estágio nos Estados Unidos, implan-tou-o em seu país. Os Cinco “S” foram, portanto, a primeira ferramenta de envolvimento, participação e produtividade do Japão no pós-guerra. Mais recentemente (1986), o programa foi objeto de desenvolvimento por técnicos japoneses, fortalecendo-se a questão comportamental.

Tal programa, lançado formalmente no Brasil em 1991, onde várias empresas de grande porte já o utilizam³³, é considerado como base para implementação da chamada “qualidade total”, sendo certo que os Cinco “S” são tidos como um dos responsáveis pelo sucesso da empresa japonesa e pelo próprio reerguimento do Japão no pós-guerra.

O Programa dos Cinco “S” - cujos conceitos funda-mentais vêm sendo implantados, até onde se sabe, de modo pioneiro, na Vara Distrital de Jarinu - Comarca de Atibaia - Estado de São Paulo - consiste em um sistema organizador, mobilizador e transformador de pessoas e de organizações

abertas à filosofia da qualidade, derivando seu nome de cinco palavras do idioma japonês, quais sejam, *seiri*, *seiton*, *seisso*, *seiketsu* e *shitsuke*.

O primeiro passo - SEIRI (Senso de utilização) - consiste em separar o necessário do desnecessário, o útil do inútil. Este passo inicia-se com a “akafuda”, um cartão vermelho aplicado pelos funcionários da empresa nos objetos, equipamentos, móveis, papéis, ... considerados inservíveis e que, por isso, devem receber adequada destinação, *i.e.*, ser descartados, consertados, transferidos, vendidos, ... Vencida esta primeira etapa, segue-se à segunda.

O segundo passo - SEITON (Senso de ordenação) - significa arrumar e organizar o ambiente. O Seiton parte do princípio de que uma grande fonte de desperdício na empresa refere-se ao deslocamento de pessoas e à perda de tempo resultante da procura de objetos, documentos, ferramentas, materiais, ..., que quase nunca estão no lugar em que deveriam estar. A organização e a arrumação são baseadas em um sistema de comunicação visual bastante simples, que identifica e localiza tudo no ambiente de trabalho. É uma espécie de *código de endereçamento postal* da empresa. Deve-se evitar o uso de manuais e outros sistemas burocráticos, valorizando-se a comunicação visual, simples e objetiva.

O terceiro passo - SEISSO (Senso de limpeza) - compreende a limpeza (note a relação desse conceito com a advertência do filósofo espanhol antes referida no texto³⁴) do ambiente de trabalho, a ser realizada pelos próprios integrantes de cada setor, cabendo às pessoas especificamente responsáveis por limpeza tão só as áreas de uso comum, como corredores, banheiros *etcétera*.

O quarto passo - SEIKETSU (Senso de saúde) - significa a continuação do passo anterior, sem linha divisória clara. Sugere este passo a criação de um hábito, quando cada funcionário vai praticando e percebendo, por si mesmo, a importância da continuidade do procedimento. Nesse momento, conquanto ainda seja importante limpar, o fundamental passa a ser não sujar.

O quinto passo, de um círculo que não tem fim - SHITSUKE (Senso de autodisciplina) - é o grande objetivo do programa. Deriva, no idioma nipônico, da palavra Shitsuku, *i.e.*, acostumado, incorporado. E significa justamente isso: educação, de forma que os demais *sensos* passem a ser natural e espontaneamente vivificados por todos no ambiente de trabalho, quando não já levados para seus próprios lares porquanto já integrantes de seu modo de vida.

São fatores diferenciais do Programa dos Cinco “S”, e por isso aqui sugerido como alternativa à melhora dos serviços judiciários, na esteira dos experimentos do autor, *a.* a pouca e fácil teoria e, por isso mesmo, a fácil adesão das pessoas envolvidas, *b.* a característica de o programa ser eminentemente participativo e *c.* o fato de não requerer praticamente nenhum investimento de ordem pecuniária, eis que centrado fundamentalmente na questão comportamental humana.

6. CONCLUSÃO

Malgrado a forma como atualmente agitado o complexo problema da morosidade *do sistema retributivo legal* nos palcos iluminados pelos holofotes da mídia, o fato é que o mal vem de longe e já foi objeto de aprofundados estudos desde há séculos, aqui e em terras alienígenas.

Diversas são as causas da lentidão dos processos judiciais mas dentre elas destacam-se, em sua gênese, fatores de ordem institucional, de ordem técnica e de ordem material e humana.

As causas de ordem institucional se relacionam com o histórico desequilíbrio de forças entre os poderes estatais, não só no Brasil, como em toda a América Latina, destacando-se, aqui, desde a república, o predomínio do Poder Executivo, secundado pelo Legislativo e aparecendo o Judiciário, de fato, como o menos forte dos três poderes – até porque desarmado. Não há interesse político em fortalecimento poder judicial, porquanto importa às classes dominantes, à evidência, a manutenção de seu *status*.

As razões de natureza técnica, por sua vez, dizem respeito, basicamente, a nenhuma valorização da tutela jurisdicional do órgão judicante de primeiro grau, que decorre da ordinária suspensividade de suas sentenças. Desprestígio esse que constitui, até mesmo, uma das mais salientes incongruências do sistema: a força emergente da sentença de primeiro grau é menor do que a medida liminar que antecipa os efeitos da tutela jurisdicional - artigos 273 e 461 do digesto processual. De outra parte, a riqueza de recursos processuais, que se alia à pletora de processos nas varas e tribunais de todo o país, constitui extraordinária fonte de inspiração à parte - o réu, diga-se - que pretenda arrastar, por anos ou décadas, a solução do processo. Urge, pois, como uma das medidas apenas para minorar tal problemática, a alteração do artigo 520 do Código de Processo Civil, como já se ensaia no 15º

Anteprojeto de sua Reforma, para dar à apelação o efeito meramente devolutivo como regra e suspensivo como exceção.

Por fim, temos as causas de ordem material e humana. Decorrendo do nenhum prestígio do Poder Judiciário junto aos demais poderes, às repartições judiciárias, destituídas das chaves do cofre do Estado, são reservadas instalações no mais das vezes inadequadas a um razoável aparelhamento do serviço, especialmente no que toca às unidades de primeira instância. Recursos de informática ainda são de pequeníssima expressão. Juízes são desenganhadamente insuficientes para dar conta da pleora de processos em andamento no país³⁵. Só no Estado de São Paulo são mais de dez milhões de feitos para pouco mais de 1.900 juízes de primeiro grau. Média aproximada de 5.300 feitos por magistrado. A relação juiz-jurisduccionado também é ruim: 1/29.000, quando na Argentina é de 1/17.000 e na Alemanha 1/3.000. O modelo de magistratura, igualmente, o chamado *tecno-burocrático*, também contribui, por não estimular a criatividade mas, antes a reprodução dos valores próprios do *stablishment*, para com o problema da morosidade da prestação jurisdiccional.

Há, porém, uma luz no fim do túnel: é possível melhorar a prestação jurisdiccional, especialmente tornando-a mais célere, se dispostos os operadores do direito a promover, em si mesmos, uma “operação de saneamento mental”, eliminando de suas estruturas de pensamento diversos mitos que obnubilam sua visão da realidade.

A par disso, a administração da justiça, que nada ou muito pouco tem de diferente de uma empresa privada de prestação de serviços, comporta a adaptação à sua realidade de conceitos empresarias de qualidade.

Considerando, aliás, as peculiaridades da administração pública, sugere-se a implantação em unidades judiciárias, da ferramenta de qualidade desenvolvida no Japão em 1950 pelo engenheiro KAORU ISHIKAWA denominado “Programa dos Cinco ‘S’”, baseado em cinco *sensos*, quais sejam, os *sensos* de utilização, de ordenação, de limpeza, de saúde e de autodisciplina.

Trata-se de um programa de fácil adoção pela estrutura estatal na medida em que *a.* é de pouca e simples teoria, favorecendo a adesão das pessoas envolvidas, *b.* é eminentemente participativo e *c.* não requer praticamente nenhum investimento de ordem pecuniária porque centrado na questão comportamental humana.

Problemas há e são muitos. Sua minoração começa, no entretanto, dentro de cada um de nós.

BIBLIOGRAFIA

- ASSIS, Araken de. *O direito comparado e a eficiência do sistema judiciário*, in Revista do Advogado, São Paulo, 43:1994.
- BENETI, Sidnei Agostinho. *Da conduta do juiz*, São Paulo, Saraiva, 1997.
- CASTRO FILHO, José Olímpio de. *O problema da lentidão dos processos e sua solução*, in Revista Forense, Rio de Janeiro, 233:1971.
- COELHO, Luiz Fernando. *Ideologia e direito*, in Revista Seqüência nº 11, p. 72.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo. Uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo, Saraiva, 1996.
- FARIA, José Eduardo de. *A crise do Judiciário*. O Estado de São Paulo, 06.07.99.
- GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. *Durata media dei processi di giurisdizione ordinaria nello Stato de S. Paolo, del Brasile*, in Legalità e giustizia, nº 2-3, 1992.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.
- Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Procedimento e ideologia no direito processual brasileiro*, in Ajuris nº 33:1985
- PRESTES MOTTA, Fernando C. *O que é burocracia*. Editora Brasiliense, 1981.
- SADEK, Maria Tereza. *A crise do judiciário vista pelos juízes*. Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo, 1994.
- SILVA, João Martins da. *O ambiente da qualidade na prática - 5S*. Fundação Christiano Ottoni, 1996.
- WILLOUGHBY. *Principles of Judicial Administration*.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário, crise, acertos e desacertos*, trad. Juarez Tavares, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

NOTAS

- (1) Cf. estudo de Winter levado a efeito em 1628 sob o título "*Parthenius litigiosus, sive discursus politico-irudicus de litigiosis nostri seculi malittis, et de remediis abbreviandarum litium*", apud CHIOVENDA in Ensayos, trad. esp., vol. II, p. 125, apud JOSÉ OLÍMPIO de Castro Filho, *O problema da lentidão dos processos e sua solução*, RF 233/349-55.
- (2) Crise cuja origem, segundo José Eduardo Faria, está no fato de o Judiciário haver sido concebido para exercer suas três funções – instrumental, política e simbólica – no âmbito de uma sociedade estável, com níveis minimamente eqüitativos de distribuição de renda e um sistema legal integrado por normas padronizadoras, unívocas e hierarquizadas em termos lógico-formais (A crise do Judiciário, O Estado de São Paulo, A-2, 06.07.99).
- (3) Tempo e Processo, p. 11-2.
- (4) Luiz Guilherme MARINONI, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, p. 20.
- (5) Castellano, C. Pace, C., Palomba, G. & Raspini, G., *L'efficienza della giustizia italiana*, p. 23 ss.
- (6) Bergel, J. L., *Théorie générale du droit*, p. 356 ss.
- (7) Amtsgerichte, Landsgerichte e Oberlandesgerichte são órgãos judiciários.
- (8) Nicolò TROCKER, *Processo civile e costituzione*, p. 274 ss.
- (9) *idem*, op. cit., p. 276.
- (10) Nicola PICARDI, *Il processo civile svizzero*, p. 674 ss.
- (11) Ada Pelegrini GRINOVER e Kazuo WATANABE, *Durata media dei processi di giurisdizione ordinaria nello Stato de S. Paolo, del Brasile*, p. 2-3.
- (12) Sidnei Agostinho BENETI, *Da conduta do juiz*, p. 220.
- (13) Op. cit., p. 99.
- (14) O poder dos juízes, p. 77.
- (15) Poder judiciário, crise, acertos e desacertos, p. 27.
- (16) *idem*, *ibidem*, p. 27 ss.
- (17) Procedimento e ideologia no direito processual brasileiro, p. 81.
- (18) Efetividade do processo e tutela de urgência, p. 15-6.
- (19) Maria Tereza SADEK, *A crise do judiciário vista pelos juízes*.
- (20) José Rogério CRUZ E TUCCI, op. cit., p. 102.
- (21) Comissão coordenada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual e pela Escola Nacional da Magistratura.
- (22) Principles of Judicial Administration, p. XII.
- (23) Exemplo nesta região de Campinas: Fórum da Comarca de Pedreira, recentemente transferido para prédio de onde antes já saíra – por inadequação – porque sob risco de desabamento.
- (24) Dalmo de Abreu DALLARI, op. cit., p. 156-7.
- (25) O direito comparado e a eficiência do sistema judiciário, p. 12.
- (26) O Orçamento da União para o ano de 1998 destinou 0,07% ao STF e 0,16% ao STJ enquanto ao Senado Federal destinou-se 0,47% das verbas federais (cf. "Folha de São Paulo" de 30.12.97).
- (27) Conforme informação de dezembro/00 do Departamento da Magistratura - DEMA do Tribunal de Justiça de São Paulo.
- (28) Exatamente 10.089.077, assim distribuídos: 2.483.934 cíveis, 742.689 criminais, 136.794 relacionadas à infância e juventude e 6.725.660 execuções fiscais - cf. Movimento Judiciário de Primeira Instância de 1º a 30.11.00, publicado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo no D.O.E. - Poder Judiciário, Caderno I, Parte I, de 21.12.00, p. 2.
- (29) Op. cit., p. 158.
- (30) Fernando C. PRESTES MOTTA, *O que é burocracia*, p. 68.

- (31) *In* O Estado de São Paulo, p. A-2, 1998.
- (32) *In* Ideologia e direito, *Seqüência* nº 11, p. 72-4.
- (33) Exemplos: Companhia Vale do Rio Doce - CVRD, Companhia Energética do Ceará - COELCE, Telecomunicações da Bahia - TELEBAHIA, Aços Finos Piratini - Grupo Gerdau, Construtora Andrade Gutierrez entre diversas outras.
- (34) “*É necessária, com urgência, uma operação de saneamento mental da humanidade*” - Julián Mariás (grifei).
- (35) Na primeira década de vigência da nova Constituição Federal, os processos judiciais em curso no país aumentaram dez vezes, ao passo que o número de juízes sequer dobrou (cf. Juary C. Silva, *in* Pela instituição da obrigatoriedade das súmulas de jurisprudência, *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, nº 3, p. 30).

JUSTICE ET PAIX CHEZ PAUL RICOEUR

Constança Marcondes Cesar
São Paulo - Brasil

RÉSUMÉ

La paix est le but de la justice et celle-ci est envisagée par Ricoeur en tant que vertu et en tant qu'institution. Le philosophe met en relief la valeur politique de la non-violence, dans le sillage de Gandhi et de H. Arendt.

Justice et paix sont encore les piliers de la démocratie, en tant que celle-ci est caractérisée par le consensus conflictuel, par la liberté et le respect de l'autre.

La justice est un des thèmes les plus importants dans les derniers écrits de Paul Ricoeur. Nous essayerons de présenter ce thème, en ses rapports avec le problème de la paix.

Ricoeur envisage, d'abord, la justice en tant que vertu, c'est-à-dire, en tant qu' "excellence dans la conduite, dans la pratique (...) axée sur le jugement"¹. Elle est, sur le plan du sujet individuel, la recherche de la perfection morale, dans le sens aristotélicien du terme; elle est l'épanouissement de la personne, moyennant le respect de l'autre.

Elle implique la recherche du bien-vivre, de l'amitié, de la vie bonne. Cette vie bonne est, du point de vue du sujet individuel, une sagesse pratique, c'est-à-dire, le choix de l'action la plus parfaite, parmi les actions possibles, à chaque instant donné, de façon à réaliser, à travers de l'action, l'excellence, la plénitude de l'humain. La justice, en tant que vertu, est, d'abord, cet équilibre qui nous permet d'exprimer notre humanité à travers notre action.

La vertu de la justice se trouve donc dans la vie bonne, celle où le désir de bien-vivre est estime de soi et sollicitude, “*la dimension dialogale de l’estime de soi*”². Le bien-vivre se déploie dans l’amitié et la justice; l’amitié est la vertu qui s’établit entre des égaux, favorisant le bon partage, le vivre-ensemble; la justice est la vertu qui rend possible le bien-vivre entre êtres inégaux, interdisant le meurtre et la violence, et favorisant “*l’estime de l’autre comme un soi-même et l’estime de soi-même comme un autre*”³.

Et la justice est aussi institution, c’est-à-dire qu’elle implique l’existence des magistrats, des juristes, des lois; le bien-vivre doit être établi moyennant le dépassement des conflits, par l’arbitrage d’un tiers. Ce tiers est, d’abord, l’État; il est figuré aussi par des lois écrites et par des tribunaux. La justice, en tant qu’institution, est une structure du bien-vivre ensemble; elle est “un système de partage, de répartition, portant sur des droits et des devoirs, des revenus et des patrimoines, des responsabilités et des pouvoirs; bref, des avantages et des charges”⁴.

La justice, en tant qu’institution est une expression sociale de la vie éthique⁵; elle établit une relation entre l’éthique et le politique, entre l’individu et l’être-avec-l’autre; dans sa dimension institutionnelle, elle est associée aux notions d’équité, de distribution, d’égalité, d’universalité, de valeur de la personne. À ce niveau, elle est rupture avec la violence des conflits.

La justice est ce qui rend possible le débat, la liberté, l’interprétation des lois __ des règles générales __ pour protéger l’égalité des individus devant la loi, pour garantir l’écoute de l’autre partie, pour assurer la qualité même de la discussion.

Ricoeur, bien des fois, dans plusieurs de ses écrits, reconnaît le conflit comme un élément inéluctable de la vie humaine; c’est ce que le philosophe appelle le *tragique de l’action*. La société est, dit notre penseur, “de part en part un phénomène consensuel-conflictuel”⁶; la justice en tant qu’institution a pour but de surmonter les conflits; en tant qu’expression de la sagesse pratique, qui mène au bien-vivre, elle est recherche de la paix sociale. La “finalité courte” de la justice est l’établissement de l’équitable, de la juste distribution; sa “finalité longue” est le développement d’un art de la réconciliation.

Cette recherche de la paix sociale est liée à l'amnistie, dont la fonction est "d'exercer la vertu curative d'un oubli volontaire, qui n'est pas un oubli des faits, mais qui est un oubli de la dette (...). On ne peut pas indéfiniment poursuivre, accuser, traîner devant les tribunaux. Il y a la nécessité d'une sorte d'arrêt de la colère et de la vengeance"⁷.

On trouve la paix publique, on assure la paix, prenant la justice dans son sens le plus haut : celui d'un oubli, "oubli non pas de la faute, mais de la dette", oubli qui permet "libérer le futur du poids excessif du passé"⁸.

On retrouve, dans ce texte, quelques résonances des écrits de Ricoeur sur Gandhi et sur la valeur morale et politique de la non-violence⁹. La justice, au niveau de la vie sociale, est, au-delà de la punition ou de la distribution équitable, un effort pour surmonter les conflits, moyennant l'amnistie et le pardon. L'homme non-violent n'est pas un être fragile, au contraire, sa force est fondée sur la vérité intérieure, sur la fidélité à soi-même et aux autres.

La philosophie de Ricoeur est, avant tout, dénonciation de la violence, visage du mal dans notre siècle, comme H. Arendt, Jan Patocka et Gandhi l'ont démontré.

La méditation sur la justice et sur la paix, chez Ricoeur, est essentiellement liée à la critique des totalitarismes et à l'affirmation de la valeur de la démocratie. Il s'agit de mettre en rapport la réflexion politique et "un projet philosophique inlassablement formulé dans les termes d'une 'ontologie de l'agir'¹⁰. La critique ricoeurienne du *paradoxe du politique* __ menace toujours présente, au sein même de la vie sociale, de l'injustice et de l'inégalité __ "retrouve la question du bien et de la justice au coeur de l'agir et du 'consensus conflictuel' qui seul soutient le cours de la démocratie"¹⁰. Il s'agit de déboucher une réflexion sur l'opinion droite, devant l'inéluctabilité du conflit inhérent à tout partage.

La philosophie de Ricoeur est aussi un éloge du pouvoir de la parole, de la valeur du débat, afin qu'il soit possible d'arriver à la paix sociale; et c'est dans ce sens qu'il nous faut comprendre son éloge de la démocratie __ règne du débat et de la pluralité d'opinions, règne de la liberté et garant de la citoyenneté.

Justice et paix sont donc, chez Ricoeur, les piliers de la société démocratique, la seule permettant l'épanouissement de l'humanité de l'homme,

étant donné qu'elle est la seule forme de vivre ensemble capable d'assurer le respect de l'autre, moyennant la justice et les lois.

NOTES

- (1) Paul Ricoeur, " La justice, vertu et institution", in J.A.Barash et M. Delbraccio (dir.), *La sagesse pratique. Autour de l'oeuvre de Paul Ricoeur*, Amiens, CND/CRDP de l'Académie d'Amiens, 1998, p.11.
- (2) id., *Lectures I*, Paris, Seuil, 1991, p.258.
- (3) id., *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990, p.226.
- (4) id., *Lectures I*, p.259.
- (5) id., p.271.
- (6) id., " La justice, vertu et institution", p.18.
- (7) id.
- (8) id., *História e Verdade*, RJ, Forense, 1968, p.232 et suivantes.
- (9) Mongin, " De la justice à la conviction", in J.-C. Aeschliman (org.), *Éthique et responsabilité - Paul Ricoeur*, Neuchâtel, À la Baconnière, 1994, p.52.
- (10) id., pp.53-54.

A HERMENÊUTICA DE SCHLEIERMACHER

Gerson Leite de MORAES

1. VIDA E OBRA

Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher, teólogo, filólogo e filósofo alemão, nasceu em Breslau no dia 21 de novembro de 1768, e morreu em Berlim em 12 de fevereiro de 1834. Criado num ambiente protestante, numa comunidade de morávios¹, descendendo de uma família de pastores protestantes. Schleiermacher é chamado de muitas coisas, como por exemplo, "pai da hermenêutica moderna", "pai do liberalismo teológico", "campeão da teologia romântica", "restaurador da fé cristã", "inimigo da ortodoxia". Esta figura extremamente polêmica é odiada e amada, despertando ódio por parte de alguns e admiração em muitos. Um fato é evidente; não se pode de maneira alguma ignorá-lo.

A partir de 1794, já ordenado pastor, entre em contato com um grupo de românticos, evidenciados nas figuras de F. Schlegel e E. Herz. Em 1799, publica sua primeira grande obra, *Über die Religion (Sobre a Religião)*², e no ano seguinte, publica a obra *Monólogos*, ambas dedicadas à problemática da religião. Em 1805, Schleiermacher ingressa no magistério, assumindo o cargo de professor extraordinário de teologia em Halle. Publica então, uma série de textos menores-sobre teologia e religião, até que em 1807, após receber um convite de Humboldt, volta para Berlim e trabalha efetivamente na fundação da Universidade de Berlim, em 1809, na qual ingressou como professor titular da cadeira de teologia em 1810. Schleiermacher lecionou por vinte e quatro anos na Universidade de Berlim, concorrendo com Fichte (1810-1814) e Hegel (1818-1831).

¹ É teólogo, professor de História em Cursos Pré-Vestibulares e mestrando em Filosofia na Área de Ética pela PUC-Campinas.

A produção acadêmica de Schleiermacher foi extremamente significativa em seu período de docência, no entanto, as obras de filosofia e hermenêutica ficaram registradas somente em manuscritos. Após sua morte, alguns amigos resolveram publicá-las. Vale a pena elencarmos algumas destas obras: *Projeto de um sistema da doutrina ética* (Entwurf einer System der Sittenlehre); *Hermenêutica e crítica* (Hermeneutik und Kritik, 1838); *Dialética* (Dialektik); *História da Filosofia* (Geschichte der Philosophie, 1839) e *Compêndio de ética filosófica* (Grundriss der philosophischen Ethik, 1841).

Somente em 1864, completou-se a publicação das Obras Completas (Samtliche Werke), em 33 volumes, assim dispostos: 1^o) *Zur Theologie*, vol. 1-13; 2^o) *Predigten*, vol. 14-23; 3^o) *Zur Philosophie und vermischte Schriften*, vol. 24-33.

2. O PROJETO DE SCHLEIERMACHER DE UMA HERMENÊUTICA UNIVERSAL

No que tange à interpretação de textos literários desenvolveram-se, a partir da Antiguidade Clássica e especificamente em Aristóteles, as chamadas regras *hermenêuticas*. Como já vira Aristóteles, a primeira exigência é a *análise formal* da estrutura e também do estilo de uma obra literária. O ato de interpretar deve levar em consideração a composição da obra, deve-se entender o *detalhe* a partir do *todo* e o *todo* a partir do *detalhe*, criando assim aquilo que podemos denominar como "círculo hermenêutico". A partir do momento em que se passou a interpretar textos em outras línguas ou em línguas antigas, manifesta-se a necessidade, ou mesmo uma exigência de se interpretar segundo as *regras da gramática*. Já os alexandrinos complementaram a exigência do conhecimento gramatical da língua com o conhecimento do uso *linguístico peculiar do autor*, isto visando a resolução de problemas de autoria, quando há desconfiança da autenticidade de autoria de uma determinada obra.

A hermenêutica da Idade Média segue uma orientação eclesiástica, "que procura extrair um *quadruplo sentido (sensus) dos textos: o sentido literal; o sentido alegórico ou espiritual; o sentido moral; e o sentido anagógico ou escatológico*"³. Com o caminhar do tempo, o sentido quadruplo é deixado de lado e o sentido literal (*sensus litteralis*) passa a ser o único considerado legítimo. Isso ocorreu principalmente nos meios protestantes,

onde o princípio de *Sola Scriptura*⁴, ou seja, somente a Escritura pode interpretar-se a si mesma, pois *ipse per sese certissima, facillima, apertissima, sui ipsius interpres* (por si mesma muito certa, fácil, aberta; ela é o seu próprio intérprete).

No período do Iluminismo, a questão do *uso linguístico individual do autor* é desenvolvida no sentido de se perguntar pelo uso linguístico peculiar à época do texto. A filologia ganha uma importância extremamente significativa, e a evolução desta mostra que a hermenêutica como arte de compreensão científica de forma alguma está definida suficientemente pelas regras hermenêuticas tradicionais. O grande problema da filologia é que esta acaba imiscuindo-se com a ciência histórica, onde os textos são vistos apenas como "documentos" ou "fontes" que servem para a reconstrução de uma época passada. Perde-se com isso, a noção de que toda interpretação deve acontecer em função da *compreensão*. E é justamente aqui que o nosso autor em foco ajuda-nos de maneira significativa no que tange ao *processo de compreender*.

Schleiermacher percebeu que uma *compreensão genuína* não pode ser obtida pela simples observação das regras gramaticais. O que está em jogo para Schleiermacher é o ato de compreender, do afastar-se do "mal entendido"⁵.

Gadamer nos diz que "em Schleiermacher a interpretação e a compreensão se interpretam tão intimamente como a palavra exterior e interior, e todos os problemas da interpretação são, na realidade problemas da compreensão"⁶.

Schleiermacher estabelece os seus próprios paradigmas, quando desenvolve, em lugar de uma "agregação de observações" (regras gramaticais), uma verdadeira doutrina da arte de compreender. E isto significa algo fundamentalmente novo para aquele momento.

A *interpretação gramatical*, enquadrada dentro das regras gramaticais tradicionais, não dá conta de levar o intérprete a uma *compreensão genuína*, tornando-se necessário o acréscimo ao processo de uma *interpretação psicológica*⁷. Schleiermacher está a dizer que composição e unidade de uma obra não podem ser apreendidas exclusivamente pelas categorias de uma análise formal lógica e estilística. Antes a obra precisa ser compreendida como um momento vital de determinada pessoa. "O que deve ser compreendido

*não é a literalidade das palavras e seu sentido objetivo, mas também a individualidade de quem fala e, conseqüentemente do autor. Schleiermacher entende que estas só podem ser compreendidas adequadamente retrocedendo até a **gênese das idéias**. Essa vai ser a pressuposição a partir da qual ele desenvolve a teoria da compreensão.*"⁸

A captação da **forma exterior** precisa ser acrescida da **forma interior**, o que é tarefa de uma interpretação **não objetiva**, e **sim subjetiva**⁹, portanto **divinatória**. *"A hermenêutica abrange a arte da interpretação gramatical e psicológica. É, em última análise, um comportamento divinatório, um transferir-se para dentro da constituição completa do escritor, um concéber o decurso interno da feitura da obra, uma reformulação do ato criador. A compreensão é, pois uma re-produção referida à produção original, um reconhecer do conhecido (Boeckh), uma pós-construção que parte do momento vivo da concepção, da decisão germinal' (Keimentschluss) como ponto de organização da concepção"*¹⁰. Podemos dizer então, que a interpretação é um **"reproduzir"**, um **"reconstruir"** em sua relação viva com o processo de produção literária em si. O compreender passa a ser a re-criação própria da associação viva das idéias, e essa re-criação é possível, porque a individualidade do intérprete e aquela do autor não se defrontam como dois fatos inconciliáveis. Há uma conciliação, existe algo de comum entre os dois (intérprete e autor), ambas individualidades se formam com base na **natureza humana universal**¹¹, o que possibilita a comunhão entre pessoas no que tange ao *falar e ao compreender*.

A contribuição de Schleiermacher para a hermenêutica moderna foi de grande valia. Gadamer diz que a *"interpretação psicológica de (Schleiermacher) tornou-se realmente determinante para a formação das teorias do século XIX - para Scrivigny, Boeckh, Steinthal e sobretudo para Dilthey"*. Contudo, isso não significa que "o pai da hermenêutica moderna" tenha fechado a questão. Inclusive existem aqueles que fazem severas críticas ao método de Schleiermacher, incluindo-se aqui o próprio Paul Ricoeur¹². Schleiermacher foi na verdade, o precursor de uma hermenêutica universal que ganha desdobramentos significativos¹³ e que até hoje serve como ferramenta para aqueles que aventuram-se no campo de Hermes, "o mensageiro dos deuses", como nos ensinou o mestre Heidegger, *"A expressão 'hermenêutico' deriva-se do verbo grego ερμηνευειν. Hermes é o mensageiro*

dos deuses. Ele traz a mensagem do destino; ερμηνευειν é a explanação que anuncia, na medida em que pode escutar uma mensagem. Essa explanação torna-se interpretação daquilo que já foi dito por meio dos poetas, os guais, segundo as palavras de Sócrates nos diálogos de Platão, 'são os mensageiros dos deuses'¹⁴.

NOTAS

- (1) Justo L. Gonzalez. *A Era dos Dogmas e das Dúvidas*. Ed. V.D,1984. Nesta obra, o autor sugere que a comunidade dos morávios, também conhecida como Unitas Fratrum (Unidade dos irmãos), seria um dos ramos do "pietismo alemão". p.p 156-173.
- (2) Esta obra já encontra-se em português. Friedrich D. E. Schleiermacher. *Sobre a Religião*. Ed. Novo Século, 2000.
- (3) Martin Volkthann, *A Origem do Método Histórico-Crítico*, CEDI,1992.
- (4) Sola Scriptura é um dos "slogans da Reforma".
- (5) Hans-Georg Gadamer, *Verdade e Método - Traços de uma hermenêutica filosófica*, Ed.Vozes, 1997. Gadamer citando Schleiermacher em sua *Hermeneutik*, nos diz que "o mal entendido se produz por si mesmo, e a compreensão é algo que temos de querer e procurar em cada ponto" p. 289.
- (6) Gadamer, p. 288.
- (7) Paul Ricoeur, *Do texto à ação. Ensaio de hermenêutica II*, Tradução de Alcino Cartaxo e Maria José Sabarando. Porto: Rés,1989. (Coleção diagonal). Segundo Ricoeur, "A interpretação gramatical apoia-se nas características que são comuns a uma cultura; e a interpretação psicológica, a que ele [Schleiermacher] também chama técnica, dirige-se à singularidade, até mesmo à genialidade, da mensagem do escritor". p. 87.
- (8) Gadamer, p.p. 290-291
- (9) Ricoeur, "É nesta segunda interpretação [psicológica ou técnica], que se cumpre o próprio projeto de uma hermenêutica. Trata-se de atingir a subjetividade..." p. 88.
- (10) Gadamer, 292.
- (11) Friedrich Erich Dobberahn, *Sobre a história do Método-Crítico*, CEDI,1992. "...existe uma natureza comum do ser humano que, como base do entendimento de geração em geração, transpõe a distância entre ontem e hoje e possibilita aquilo que Schleiermacher chama de 'divinação': um entender na base da congenialidade de todos os que falam e pensam, um entender na base de uma harmonia fundamental entre pensar e existir em toda a humanidade e em todos os tempos.
- (12) Ricoeur, p.88.
- (13) Ricoeur, p.88-89. "*Ricoeur diz que Dilthey alargou ainda mais o campo hermenêutico, quando subordinou a problemática filológica e exegética à problemática histórica. E seria este alargamento, no sentido de uma maior universalidade, que prepararia a deslocação da epistemologia para ontologia, no sentido de uma maior radicalidade*".
- (14) M. Heidegger citado por Gadamer, *Verdade e Método*.

EXECUÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA*

Ersio MIRANDA**

INTRODUÇÃO

A Execução da Tutela antecipada é provisória, porque pode ser modificada ou revogada a qualquer tempo, e deverá se proceder pela forma compatível com os efeitos a serem antecipados. O ato concessivo da tutela pode ter natureza constitutiva, antecipando as situações novas desejadas pelo demandante, como mandamental, ao determinar ao sujeito a abstenção de uma determinada conduta e autorizando medidas coercitivas para a realização do comando. Nesse sentido a doutrina italiana nega aplicação às regras do processo de execução na atuação da tutela urgente, atribuindo ao juiz um amplo poder para estabelecer os meios executórios que poderão ser usados para a observação da decisão.

Assim, se a decisão importar em efeitos executivos *lato sensu* ou mandamentais o juiz tem um amplo poder para determinar o cumprimento da decisão, procedendo-se a execução nos próprios autos ou por simples mandado. É o caso de uma ação de reivindicação de propriedade, onde se dá o deferimento da tutela para a imissão na posse. A questão surge quando a decisão diz respeito a ato que importe em constrição no patrimônio do devedor. Ou seja, se a decisão tiver efeitos executivos de tutela condenatória, poderá a execução importar em atos que cheguem a expropriação dos bens do

(*) Trabalho apresentado ao CPPG - Centro de Pesquisa e Pós-Graduação da UniFMU, Faculdade Metropolitanas Unidas, como requisito para obtenção de grau Lato Sensu em Direito Processual Civil, sob coordenação do Prof. Roberto Armelin.

(**) Pós-graduado pelas UniFMU - Faculdade Metropolitanas Unidas de São Paulo - CPPG - Centro de Pesquisa e Pós-graduação em Direito Processual Civil, Mestrando pela PUC-Campinas - Pontifícia Universidade Católica de Campinas em Direito Processual Civil. E-mail: ersio@uol.com.br

devedor? Estar-se-ia dando à tutela antecipatória uma eficácia maior do que a que é vedada à própria sentença não transitada em julgado?

Em se tratando de uma medida que visa garantir a efetividade do exercício do direito não se podem impor normas absolutas, devendo ser analisado cada caso concreto. Suponha-se um motorista de táxi que sofre um acidente de trânsito sem meios de atender às suas necessidades e às de sua família. Pedindo antecipadamente o pagamento de indenização, salário mínimo etc., não poderá o juiz antecipar um dos efeitos da sentença determinando, v. g., nos termos do pedido, o pagamento de um salário mínimo até o julgamento final? O mesmo exemplo, certamente, não obteria uma resposta afirmativa se a vítima dispusesse de outros recursos para se manter e a sua família.

Enfim, a tutela antecipatória visa realizar o direito do autor, portanto, deve ser concedida por ato judicial capaz de conduzir à efetividade do exercício do direito, do que se pode concluir que a execução da tutela antecipatória não pode seguir obrigatoriamente as regras que tratam da execução. A tutela antecipada situa-se no limite do processo de conhecimento e no processo de execução. Trata-se de executar provisoriamente uma decisão que, através de uma cognição sumária, se pronunciou sobre o mérito. A decisão da tutela visa, prioritariamente, dar efetividade ao direito, proteger o direito, e este não poderia ficar protegido com as amarras do processo de execução. O legislador, então, procurou dar maior amplitude, a fim de que o juiz tivesse maior liberdade de aplicação, estabeleceu parâmetros a serem seguidos, mas estabeleceu que tais normas devem ser aplicadas “no que couber”, a fim de que o juiz possa ter maior elasticidade na sua aplicação, diante de cada caso concreto.

1. ANTECIPAÇÃO, REVELIA E RECONVENÇÃO

”Problema que merece análise especial é o da concessão da medida em processo no qual houve revelia, devendo proceder-se ao julgamento antecipado da lide. Aqui só a existência de risco justificaria a antecipação, visto como omissivo o réu no tocante a sua defesa, de abuso do direito de defesa não se pode cogitar, nem de propósito protelatório. Para alguns autores, a

revelia importa confissão e sendo confissão impossível não se ter à espécie como de prova inequívoca, porquanto a confissão é prova por excelência, pois produzida pelo confitente em seu desfavor”.¹

”Vale lembrar que mesmo os que avançam tanto fogem de ter a confissão derivada da revelia como confissão real, considerando a espécie como configuradora de um caso de confissão ficta. Ora, a confissão ficta é, por definição, confissão que permite prova em contrário e deve estar, para ser aceita, em consonância com as demais provas dos autos. Assim, não se pode considera-la prova inequívoca, para fins de antecipação, situação em que o juiz forma seu convencimento com apoio nas regras que disciplinam a distribuição do ônus da prova. Se houver risco de ineficácia da futura tutela, como posto para a hipótese de solução com base nas regras do ônus da prova, deve o autor valer-se da cautela”.²

”Na proposta da Comissão nomeada pelo Ministro Fernando Lyra, permitia-se a antecipação, em caso de revelia, havendo prova documental convincente da pretensão do autor. É possível, sem dúvida, prova documental que se constitua prova inequívoca, como hoje reclamado. Nesta hipótese, havendo risco de dano, cabe a antecipação, pois há mais que simples plausibilidade do direito. No pedido de antecipação, far-se-á a prova do risco. Em razão da revelia, inexistirá o contraditório, dando-se ciência ao revel, concomitantemente, tanto da decisão de mérito quanto da decisão na antecipação.

Quanto à reconvenção, situação em que o réu assume a posição de autor, a ele também se defere a possibilidade de postular a antecipação da tutela objeto de sua reconvenção. Cumpre não esquecer, entretanto, a ineliminável conexão existente entre a causa principal e a reconvenção. Essa conexão importa implicações no caso concreto, a reclamar, certamente, ajustamentos e adaptações, v. g., alguém aciona outrem, querendo receber dívida já paga. O réu se defende, alegando o pagamento e reconvém pedindo a condenação do autor no pagamento do dobro do que indevidamente exige. Havendo prova inequívoca do pagamento, fato título da reconvenção, e mais algum dos pressupostos definidos na lei, pode o juiz antecipar a tutela por postulação do reconvinte, sem que ocorra antecipação na principal, até por haver incompatibilidade”.³

”O mesmo se poderá dizer, em outras hipóteses, quanto à antecipação na ação principal, sem que a existência de reconvenção seja

obstáculo, v. g., alguém propõe uma demanda, objetivando a condenação de réu à outorga da escritura definitiva de compra e venda, apoiado em promessa de compra e venda. O réu reconvém, alegando a invalidade da promessa, por exemplo, por ter havido vício de vontade. Convencendo-se o juiz quanto à existência de prova inequívoca da pretensão do autor, pode antecipar a tutela, presentes os outros pressupostos, sem que isso seja obstado pela reconvenção”.⁴

2. EXECUÇÃO PROVISÓRIA

2.1. Execução provisória peculiar

O parágrafo 3º do art. 273 do Código de Processo Civil prescreve que a execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588, os referidos dispositivos dizem respeito à execução provisória e preceituam que ela não abrangerá atos que importem em alienação do domínio nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro, ficando sem efeito, restituindo-se as coisas ao estado anterior, caso sobrevenha sentença que modifique ou anule a sentença que foi objeto de execução.

O parágrafo 2º do art. 273 já estabelecera não ser possível a concessão da antecipação havendo perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. Esses dispositivos reforçam, decisivamente, o entendimento de que a antecipação outra coisa não é senão emprestar eficácia executória, de caráter provisório, à decisão de mérito que dela seria desprovida. Cuida-se, em verdade, de uma hipótese de execução provisória, acrescida ao que prevê o art. 587 do Código de Processo Civil e com os temperamentos postos na lei.

Eliminou-se a referência ao inciso I do art. 588, que prevê a prestação de caução pelo exequente e diz correr por sua conta e risco a execução provisória. A execução provisória comum é quase um capricho do exequente, visto que sua decisão ainda não transitou em julgado e há recurso pendente de julgamento. Daí a exigência de caução e a responsabilidade objetiva do exequente. Na antecipação, pune-se em verdade, o comportamento do réu, litigante de má-fé, ou se atende a razões de natureza objetiva que põem em risco a efetividade da tutela, quando da execução definitiva. Mas seria

excesso, atendido a inexistência, ainda, de coisa julgada, admitir-se a inserção do bem no patrimônio do exequente, ou a perda definitiva do bem pelo executado. E foi mais cauteloso o legislador. Havendo perigo de irreversibilidade, isto é, do retorno ao estado anterior das coisas, torna-se inadmissível a antecipação. Não se pede a certeza da irreversibilidade. A probabilidade de irreversibilidade impede a antecipação.

Entendendo a antecipação de tutela como espécie de execução provisória, quanto cabível nesta será cabível naquela, com as limitações da lei.

ARAKEN DE ASSIS ensina que “Consoante o art. 587, 1ª parte, do Código de Processo Civil, que é definitiva a execução fundada em título extrajudicial ou em sentença (*rectius*: pronunciamento, porquanto acórdão e decisões se afiguram exequíveis). E, ao revés, a execução provisória se origina de sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo. Logo exsurgem duas conseqüências do dispositivo: 1ª Toda execução com base em título extrajudicial é definitiva; 2ª Apenas algumas execuções de título judicial, quando ainda passível de reforma mediante recurso, assumem o signo de provisional”.⁵

“Embora de uso corrente, a palavra provisória não representa adequadamente o fenômeno, porque se cuida de adiantamento ou antecipação da eficácia executiva”.⁶

2.2. O perigo da irreversibilidade

A antecipação está autorizada havendo fundado receio de que ocorrerá dano irreparável ou de difícil reparação e não será concedida se houver perigo de irreversibilidade. Há diferença de monta entre uma e outra situação? Há, numa e noutra hipótese, o risco, isto é, algo entre a certeza, que elimina toda e qualquer dúvida, e a impossibilidade de firmar um juízo fundado e seguro. Há risco quando algo é dotado de alto grau de probabilidade, sem que se possa assegurar sua ocorrência, seja como fato, seja em termos do tempo em que o fato inelutável ocorrerá, v. g., a morte, no seguro de vida. E todo risco importa perigo, donde nos parece que nenhuma diferença se deve construir entre as duas hipóteses.

O grau de convencimento que autoriza, em termos de prova, a antecipação, é o mesmo que a desautoriza, em caso de irreversibilidade. Foi acertado o comportamento do legislador? Em princípio, sim. Admitir a antecipação do que será irreversível é transformar em definitiva uma execução que dessa natureza não se pode revestir ou se colocar o executado, dada a falta da caução, sem garantia de ressarcimento. Mas a irreversibilidade pode ter apenas uma dimensão pecuniária, econômica, suscetível de estimação em termos de valor. Não será que, nessa hipótese, a prestação de caução idônea autorizará a antecipação? Vou tentar um exemplo: estou acionando o réu para que me entregue um determinado equipamento cujo uso foi assegurado contratualmente. Peço a antecipação, mas a entrega do equipamento envolve o risco de, amanhã, vencedor que seja meu adversário, receber o equipamento em estado deplorável e até nem mesmo logre sua recuperação, porque destruído ou desviado. No caso, ou se conclui por que a execução antecipada é impossível ou ter-se-á de dar tratamento igual ao que se daria na execução provisória comum - exigir-se caução se idônea, para possibilitar ao réu a aquisição de bem de igual natureza, com o que as coisas terão voltado ao seu estado anterior. Isso me parece perfeitamente razoável e em consonância com o que dispõe o § 2º do art. 273, porque a irreversibilidade do provimento antecipado em termos estritos não ocorre.⁷

”Já o mesmo não se pode dizer caso haja infungibilidade, seja por força da própria natureza das coisas, seja por algum valor estimativo, histórico, artístico etc., existente na espécie sob julgamento. A irreversibilidade não só é material como também econômico-financeira. Se a parte beneficiada com a antecipação não tem idoneidade financeira para repor as coisas no estado anterior, a antecipação só será possível mediante garanti de quem assuma tal responsabilidade. Não se está dizendo com isso, que a antecipação é por conta e risco do exeqüente, mas sim que, havendo necessidade de se reverterem as coisas ao estado anterior, o exeqüente deve estar em condições de atender a essa exigência, e a antecipação não pode ser deferida quando em risco essa possibilidade. Se a caução for idônea para afastar esse risco, presta-la significa eliminar o risco e, conseqüentemente, afastar o obstáculo à admissibilidade da antecipação”.⁸

3. PARTICULARIDADES DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE TÍTULO JUDICIAL

”Explica-se o caráter provisional da execução na circunstância de que todo pronunciamento do juiz nasce dotado da eficácia que lhe é inerente.

Inibe-a, porém, a previsão de recurso dotado de efeito suspensivo. Segundo Barbosa Moreira, antes mesmo de interposto o recurso,⁹ “a decisão, pelo simples fato de estar-lhe sujeita, é ato ainda ineficaz, e a interposição apenas prolonga semelhante ineficácia, que cessaria se não se interpusesse o recurso”.¹⁰ “Mas, desprovido o recurso desse efeito suspensivo, o ato impugnado, apesar de sujeito a alteração produz efeitos naturais”.¹¹ Por isso, existindo condenação no provimento condenatório, ao credor é lícito, a teor do art. 521, 1ª parte, executa-lo provisoriamente.

Entre nós, subsiste a regra do recurso suspensivo *op legis*. Tal sistema, averbado de anacrônico¹² conhece frisantes exceções. Por exemplo, o art. 58, V, da Lei 8245/91, eliminou a suspensividade das apelações interpostas contra sentenças em matéria de locações.

Ao aludir à sentença, o art. 587 do Código de Processo Civil comete a dupla impropriedade já acenada: decisões interlocutórias comportam execução, porque criam título judicial, inclusive a provisória, pois o agravo porventura interposto “não obsta o andamento do processo” (art. 497, 2ª parte), exceto nos casos do art. 588 ou se outro remédio (mandado de segurança e/ou medida cautelar) paralisar a eficácia do ato; e acórdãos, que substituem o provimento na parte impugnada (art. 512), igualmente amparam execuções provisórias.¹³

Enfim, é relativamente fácil catalogar as situações em que atos decisórios autorizam a execução provisória:

- a) Qualquer decisão interlocutória, cuja carga seja condenatória (art. 497, 2ª parte), principalmente a antecipação liminar da tutela (arts. 273 e 461, § 3º);
- b) Qualquer acórdão unânime e não embargado, pois os recursos especial e extraordinário carecem de efeito suspensivo (art. 542, § 2º);
- c) A sentença atacada por apelação que o juiz de primeiro grau, mediante decisão, não recebeu e deste ato agravou o apelante;
- d) A sentença agredida por apelação destituída de efeito suspensivo (art. 520, I a V).¹⁴

Assim, dentre as hipóteses dos incisos I a V do art. 520, se situam provimentos cuja força é executiva (demanda de divisão e demarcação) ou

mandamental (ação cautelar). Conseqüentemente, sua execução é estranha ao regime ora examinado.

Mas, certas demandas, formalmente cautelares, apresentam carga condenatória, v. g., a demolição de prédio, *ex vi* do art. 888, VIII, do Código de Processo Civil, e, portanto, seguem ao disposto acima. Igualmente, a sentença que julga improcedente os embargos do à execução (art. 520, V) possui eficácia condenatória em relação ao ônus de sucumbência.

Em que pese excepcional¹⁵ no curso da história dos ordenamentos jurídicos, a exeqüibilidade imediata dos pronunciamentos de primeiro grau abrevia o processo e coarcta a chicana.¹⁶ De qualquer modo, é assunto próprio da legislação infraconstitucional, considerando as particularidades sociais e econômicas de certo país. Pois bem,: o art. 2º - b da Lei 9494/97, com a redação da Medida Provisória 1906-8/99, proíbe a execução provisória da sentença condenatória a favor dos servidores públicos, antes de seu trânsito em julgado, e, cuidando-se de cautelar satisfativa, após se tornar indiscutível a sentença da ação principal. Neste último aspecto, a regra impede a execução definitiva, sob pretexto da pendência desta última demanda. De toda maneira, a solução é antiga: o art. 5º, § único, da Lei 4348/64, há largos anos vedava a execução provisória do mandado de segurança que condenou à reclassificação de servidores públicos, ou à concessão de aumentos, ou à extensão de vantagens pecuniárias.¹⁷ Acolheu a lição esquecida dos que pregavam o banimento da execução provisória.¹⁸

4. PRINCÍPIOS DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA

O artigo 588 do Código de Processo Civil esclarece quais os princípios expressos que governam a execução provisória. Implicitamente, há a estrita legalidade¹⁹ desta espécie de antecipação da atividade executiva, porque como já se sublinhou, a ausência de efeito suspensivo do recurso é *ope legis* no ordenamento pátrio.²⁰

O art. 588, *caput*, dispõe que a execução provisória far-se-á do mesmo modo que a definitiva.

Em outros termos, a escolha do meio executório obedece à mesma diretriz nas duas modalidades de execução, definitiva e provisória, contentando-se a lei em inibir parte da eficácia do expediente. O caráter

provisional não se refere, portanto, à eficácia do título ou aos meios executivos, mas à sua reforma eventual.²¹ Por isso, ao executar alimentos, o credor indicará um dos meios admissíveis - desconto, coerção ou expropriação -, observando a ordem legal.

4.1. Responsabilidade objetiva do credor

Reconhece o art. 588, I, o antiqüíssimo princípio *qui sentit commoda, et incommoda sentire debet*: à vantagem produzida pela execução provisional em suas expectativas processuais corresponde, simetricamente, a responsabilidade objetiva do credor, pelo dano por ele criado, na esfera jurídica do executado.

Este tipo de responsabilidade afina-se com o art. 574, do Código de Processo Civil. Em síntese, não se cogita, para efeito de pesar sobre o credor assumir dever de indenizar o devedor ante a posterior desconstituição do título executivo, através do provimento do recurso pendente, da noção de culpa *lato sensu*.²² O dever indenizativo surge tão-só do desfazimento do título, seja qual for o meio.

O artigo 588, I, impõe ao credor caução real ou fidejussória para demandar a execução. Embora prevista tal caução, seja para acautelar eventuais danos (art. 588, I, *in fine*), seja para o levantamento de dinheiro penhorado (art. 588, II), a simples instauração da execução provisória não obriga o credor a prestá-la, assentou a 5ª Turma do Supremo Tribunal de Justiça.²³ Ela também não se relaciona com a liquidação, na qual é disponível. Em realidade, o requisito se aplicará com temperamentos. Por exemplo, se mostrará desnecessária caução em execuções provisórias movidas por pessoas de direito público, cuja solvabilidade, em caso de dano, se presume.²⁴

5. RESTRIÇÕES DOS MEIOS EXECUTÓRIOS

Segundo o art. 588, II, do Código de Processo Civil, a provisoriedade executiva jamais importará atos de alienação de domínio ou levantamento de dinheiro sem caução idônea. Em vista disso, consagrou-se a fórmula, cujo rigor é duvidoso, de que a execução provisória vai até a penhora. O art. 588, II, atribui limites à expropriação, e, bem examinadas as hipóteses, de modo assaz parcimonioso.

Com efeito, se a penhora recair sobre dinheiro (art. 655, I); ou houver conversão dela em dinheiro (art. 668); ou, ainda, incidir a constrição sobre prestações periódicas (art. 675) ou crédito que, entretantes, se realizou (art. 671)²⁵ não há impedimento à entrega do produto. A cautela reside na caução que, de resto, deverá ter sido prestada na forma dos arts. 826 a 838²⁶ é obrigatória.²⁷

Idêntico raciocínio se aplica ao meio do usufruto, que dispensa a alienação do domínio: o levantamento pelo credor das quantias depositadas pelo administrador dependerá da caução prévia.

No demais, sem desprezar o disposto no art. 732, § único, ao permitir o levantamento do dinheiro penhorado na execução definitiva de alimentos, e ass exceções análogas, v. g., art. 3º, § 5º, do Decr.-lei 911/69, art. 5º, § 3º, da Lei 492/37; art. 41, § 3º, do Decr.-lei 167/67;²⁸ art. 67, parágrafo único, da Lei 8245/91, ficam proibidas a alienação coativa e a adjudicação, incluindo a etapa da avaliação, art. 680, do Código de Processo Civil.²⁹

O desapontamento se encerra com o depósito ou a entrega da coisa. Por coerência, o levantamento desta é admitido, uma vez caucionado. Lícita se afigura a realização da perícia de que trata o art. 634, parágrafo único, do Código de Processo Civil, no âmbito da transformação.

A coação pessoal, a coação patrimonial, e o desconto se ostentam completamente inadmissíveis. Eles sempre gerarão efeitos irreversíveis, o que é antagônico a idéia mesma de provisoriedade.

Portanto, a incidência do art. 588, II, graças à exegese teleológica, não se subordina à expropriação. Importante que seja a liquidação, no caso de condenação genérica, poupando ao credor tempo e esforços depois do desprovimento do recurso interposto pelo executado, o princípio em tela repercute em outros meios executórios.

5.1. Restituição ao estado anterior

Paralisada a execução provisória no patamar que o obstáculo à atuação permite, das duas uma: ou o executado não obtém êxito no recurso e o procedimento se solta dessas amarras; ou o pronunciamento judicial, que constitui o título, merece reforma no tribunal.

No primeiro caso, implementam-se os meios executórios e a caução, se o credor recebeu dinheiro; no último, conforme o art. 588, parágrafo único, a reforma poderá ser parcial ou total: naquela, prossegue a execução pelo que não foi atingido; nesta, incide o art. 588, III, cabendo promover o retorno ao estado anterior. Vale ressaltar que a execução provisória se transmuda, automaticamente, para definitiva, cabendo julgar os embargos, se ajuizados.³⁰

Em sentido contrário, a volta ao estado anterior obriga o desafortunado credor a restituir as quantias recebidas, com correção e juros, sob pena de execução; desconstitui-se o usufruto forçado, com a mesma devolução de quantias; e, de um modo geral, liberam-se os bens penhorados. Ainda resta, no desapossamento, a restituição da coisa levantada.³¹

Encerradas tais providências, a instâncias do executado ou por iniciativa do juiz, ao antigo executado compete promover a liquidação das perdas e danos, relativamente aos prejuízos suportados pelo próprio executado³² por qualquer dos procedimentos, nos próprios autos da execução provisória ou nos autos originais. Prescinde-se de qualquer processo para condenar o antigo exequente.³³

6. PROCEDIMENTO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA

O procedimento da Execução Provisória não difere da execução definitiva, a única diferença formal, a par das limitações à atuação dos meios executórios está no emprego de autos suplementares ou carta de sentença, conforme dispõe o art. 589, *in fine*, do Código de Processo Civil. O motivo reside na circunstância de que os autos principais - designados, no art. 159, parágrafo 2º, como autos originais -, onde corre execução definitiva (art. 589, 1ª parte), se encontram tomados pela tramitação natural do recurso. Por isto o art. 521, *in fine*, faculta ao interessado requerer carta de sentença, a fim de executar provisoriamente a sentença.³⁴

Este texto não prevê a hipótese de o juiz não admitir a apelação interposta contra a sentença. Então, surgem dois termos de alternativa: primeiro, o recorrente não impugna o ato e a sentença passa em julgado, tornando disponíveis os autos originais para execução definitiva do título (art. 589); segundo, o recorrente interpõe agravo de instrumento contra o ato, também liberando os autos originais para eventual execução, porém, provisória (art. 589, *in fine*), porque não transitou em julgado a sentença.³⁵ Nessa última

hipótese parece prudente requerer a expedição de carta de sentença (art. 590), pois o provimento implicará a subida dos autos originais, gerando a necessidade de expedi-la.³⁶

Oportunidade semelhante dar-se-á em caso de acórdão, que julgar apelação ou outro recurso suspensivo, impugnado por recursos especial e/ou extraordinário, pois tais impugnações não inibem a eficácia do provimento do Tribunal (art. 542, parágrafo 2º). Em sua redação primitiva, o art. 545 contemplava parágrafo único, hoje desaparecido, prevendo a extração de carta de sentença. É claro que a omissão, no texto atual, não implicou o desaparecimento do direito de promover a execução provisória.³⁷ É provisória, igualmente, a execução na pendência de agravo interposto contra a decisão que não admitiu tais recursos.

Ademais, ensejando a subida dos autos originais o provimento do agravo, se o julgamento “não contiver os elementos necessários ao julgamento” (art. 544, parágrafo 3º), convém requerer, neste último caso, a expedição da carta de sentença. O disposto no art. 589, 2ª parte, então sofrerá as devidas adaptações: a secretaria da Corte a expedirá e seu Presidente a assinará³⁸ observando as normas regimentais.

Enquanto pender de decisão a admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, não cabe expedir a carta de sentença, pois lhe faltaria o imprescindível despacho e recebimento do recurso (art. 590, V).

Em se tratando de decisão interlocutória, porém, a execução se processará nos autos principais, pois o recurso tramita em instrumento separado (art. 524). Denegado recurso especial e/ou extraordinário, os autos principais também ficam desimpedidos. Existindo capítulos líquido e ilíquido no título sujeito a recurso, e desejando o credor executar e liquidar simultaneamente, como lhe permite o art. 586, parágrafo 2º, é admissível a expedição de duas cartas de sentença.

Os autos suplementares só existem nas comarcas do interior dos Estados (art. 159 do Código de Processo Civil) e estão em quase completo desuso. Na sua falta, utilizar-se-á a carta de sentença³⁹ extraída pelo escrivão ou pelo chefe de secretaria antes da subida ao órgão *ad quem* dos autos principais.

A carta de sentença surgiu em razão do banimento progressivo dos autos suplementares.⁴⁰ Sua função, demonstrando a pretensão de executar, é

instruir a execução provisória.⁴¹ Ela conterà os elementos previstos nos incisos I a V do art. 590, abrangendo:

- a) Atuação (inciso I), para os efeitos do art. 166;
- b) Petição inicial e procuração das partes, aquela para se avaliar a inteligência e o alcance do pedido;
- c) Contestação;
- d) Título exequendo;
- e) Decisão que admitiu o recurso, impropriamente designada de despacho, para caracterizar a provisoriedade;
- f) A sentença que julgou a habilitação (art. 590, parágrafo único), se houver, pois há habilitações que dela não dependem (art. 1060), a fim de facilitar a prova da legitimidade superveniente.⁴²

Além desses elementos mínimos, toda e qualquer peça útil reproduzir-se-á na carta, a pedido do interessado, a exemplo da prova da sessão de direitos, que prescinde de habilitação. À falta de quaisquer das peças evidência simples irregularidade⁴³ cabe ao juiz ordenar a emenda ao despachar a inicial (art. 616).⁴⁴

7. CRÍTICA E PARTICULARIDADES DA EXECUÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Conforme estudamos, há um caminho a ser percorrido no sentido de aprimorar o momento e o modo de atuação das decisões jurisdicionais. A insatisfação dos jurisdicionados, como um sentimento, um fenômeno psíquico que costuma acompanhar a percepção ou ameaça de uma carência⁴⁵ está cada vez mais presente em razão da demora na prestação jurisdicional e precisa ser, na medida do que for, praticamente possível, debelada. Não há dúvida de que é a insatisfação, enquanto fenômeno de grande relevância social, que enseja e legitima a atividade jurídica do Estado.⁴⁶ Por isso, compete mais do que nunca ao Estado por fim a esses estados de descontentamento, de modo a impedir a perpetuação de decepções, prestigiando as condutas favoráveis e reprovando as desfavoráveis, oferecendo recompensas ou sanções e estabelecendo critérios de acesso aos bens da vida e às situações desejadas dentro de um processo justo, no menor espaço de tempo possível. O direito à prestação jurisdicional tempestiva constitui o mais importante aspecto na atualidade do processo justo.

A modificação legislativa no sentido de valorizar a antecipação dos efeitos da sentença não é tudo para a melhora da justiça. A educação da população é uma das formas de se evitar o processo e a proliferação de causa. Além disso, a modernização de todo o aparato dos órgãos do Poder Judiciário é indispensável para uma adequada resposta ao grande número de processos e à demora na prestação jurisdicional. Não há dúvida de que para um processo efetivo tornam-se necessários diferentes e indispensáveis ingredientes.

Relativamente ao tema desenvolvido ao longo do presente estudo, devem ser formulados os seguintes destaques:

1. É indispensável e fundamental a compreensão das regras referentes à execução provisória dos diversos casos em que ela se aplica;
2. É o Estado que estabelece a execução provisória das decisões dos órgãos jurisdicionais, proporcionando sua concreta atuação antes da autoridade da coisa julgada;
3. Ao determinar a execução provisória, o legislador vale-se de um critério político eminentemente comparativo: o estado de indecisão do litígio é mais prejudicial do que a projeção imediata dos efeitos decorrentes da decisão provisória. Esse critério político na execução provisória tem uma importância estrutural em relação aos órgãos do Poder Judiciário: valorização das decisões dos órgãos jurisdicionais de primeiro grau;
4. Na execução provisória, há uma antecipação de efeitos práticos e materiais, pois não se tem, ainda, uma decisão transitada materialmente em julgado;
5. A execução é chamada provisória em função da possibilidade de um resultado desfavorável ao atual titular da situação jurídica de vantagem em decorrência da pendência do próprio processo em primeiro grau de jurisdição ou de um recurso;
6. A provisoriedade é um atributo do título e não diz respeito à extensão dos atos executivos, que deve ser completa;
7. Execução provisória que não permite a satisfação do titular da situação jurídica de vantagem, na realidade, não é execução provisória, mas execução incompleta ou truncada, que objetiva, apenas e tão-somente, medidas preparatórias e acautelatórias, e não satisfativas. Tal é a sistematização presente no Código de Processo Civil;

8. É ilógico um sistema que estabelece uma regra geral, com raríssimas exceções, de impedir a execução da sentença enquanto pender o recurso. Na maior parte dos casos, a espera pelo processamento do recurso passa a ser fonte de injustiças em relação à parte titular de um direito;

9. A execução provisória significa uma importante alternativa aos órgãos jurisdicionais para evitar recursos manifestamente procrastinatórios;

10. A impossibilidade de se executar a sentença na pendência do recurso provoca prejuízos de grande monta em relação à parte que tem razão. Nas demandas de natureza condenatória, isso se torna mais evidente, pois o demandante é duplamente penalizado: pelo enfoque extraprocessual, em razão do inadimplemento do demandado; pelo prisma endoprocessual, em decorrência da longa espera pelo percurso dos graus de jurisdição;

11. É de admitir, desde que o ordenamento jurídico não disponha em sentido contrário, a execução provisória das sentenças de natureza constitutiva. Não é possível a execução provisória da sentença meramente declaratória, mas a antecipação de efeitos secundários e pedidos sucessivos ao principal de natureza declaratória;

12. As normas disciplinadoras do processo executivo devem ser aplicadas na execução da tutela antecipada e da sentença apelada apenas para garantir a rápida atuação da decisão. Isso significa que a execução simplesmente continuaria no caso de substituição ou absorção do provimento provisório pelo definitivo;

13. Se de um lado prevalece a sentença, confirmando ou revogando a tutela antecipada, em razão de ser esse ato decisório fruto de uma cognição exauriente e, por conseqüência, logicamente superior; de outro, deve ser afastado em tais casos o efeito suspensivo da apelação. Aqui, a disciplina da execução da sentença impugnada garante a efetiva satisfação, pois seria incoerente, por exemplo, suspender com o recurso de apelação a produção de efeitos de uma sentença que confirma uma tutela antecipada ainda em fase de execução;

14. A execução provisória pode ser outorgada em duas hipóteses: na primeira, a lei admite que efeitos substanciais sejam desde logo produzidos; na segunda, a lei autoriza que o próprio órgão jurisdicional emanador do ato decisório permita a produção de efeitos substanciais. A executoriedade decorre da lei, sozinha ou acompanhada de um provimento do juiz. Tal é a

diferença entre execução provisória *ope legis* e execução provisória *ope iudicis*;

15. Na execução provisória de sentença *ope iudicis*, a própria sentença estabelece a execução provisória. Há ainda a possibilidade de o juiz receber o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo, em momento ulterior e por decisão autônoma e independente da sentença;

16. Na execução provisória *ope iudicis*, o direito de determinar ou não a execução provisória é parte integrante do poder jurisdicional;

17. Nos sistemas em que se admite a execução provisória por expressa determinação legal, ao juiz de primeiro grau é vedado receber no efeito suspensivo o recurso interposto contra sentença;

18. A suspensão da execução provisória da sentença deve ser excepcional e motivada, dentro de situações bem delineadas. Não se pode admitir a suspensão da execução da sentença por decisões apenas alegando uma suposta existência de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora*, sem quaisquer justificativas. Decisões padronizadas, sem um mínimo de enquadramento com a realidade processual a respeito do caso concreto, são portadoras de vício insanável;

19. No sistema do Código de Processo Civil brasileiro, a suspensão da chamada execução provisória da sentença dá-se por meio da interposição de recurso de agravo, contra a decisão de recebimento do recurso de apelação;

20. Nas situações em que a decisão deve ser executada provisoriamente, pode-se admitir a suspensão da eficácia executiva dos atos executivos mediante caução, destinada a reparar prejuízo sofrido em razão da demora na prestação jurisdicional definitiva, caso a decisão recorrida seja definitivamente confirmada;

21. A possibilidade de não estar a execução provisória respaldada no direito material existe simplesmente em razão de ulterior decisão em sentido contrário. Em alguns países, v. g., a Inglaterra e Itália, o risco de inexistência de relação dos atos executivos com o direito é muitas vezes desconsiderado pelo legislador, que prefere a atuação prática de decisões antes da autoridade da coisa julgada sem qualquer garantia. Em outros países, v. g., Espanha e Portugal, esse risco é inexistente em função da imposição de caução como requisito para que se possa executar provisoriamente. Exigir do titular da posição jurídica de vantagem a prestação de caução idônea é uma

fórmula legítima que afasta os riscos de uma execução provisória sem correspondência com o direito material.

8. CONCLUSÃO

Diante do exposto, pode-se dizer que a tutela antecipatória visa realizar o direito do autor, portanto, deve ser concedida por ato judicial capaz de conduzir à efetividade do exercício do direito, do que se pode concluir que a execução da tutela antecipada não pode seguir, obrigatoriamente, as regras que tratam da execução. Trata-se de executar provisoriamente uma decisão que, através de uma cognição sumária, se pronunciou sobre o mérito.

A decisão da tutela visa, prioritariamente, dar efetividade ao direito, proteger o direito, e este não poderia ficar protegido com as amarras do processo de execução. O legislador, então, procurou dar maior amplitude, a fim de que o juiz tivesse maior liberdade de aplicação, estabeleceu parâmetros a serem seguidos, mas estabeleceu que tais normas devem ser aplicadas no que couber, a fim de que o juiz possa ter maior elasticidade na sua aplicação, diante de cada caso concreto.

BIBLIOGRAFIA

- ÁNGELIS, Dante Barrios de. *Introducción al Estudio del proceso*. Depalma, Buenos Aires: 1983.
- ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. Revista dos tribunais, São Paulo: 2000, 6ª ed.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Forense, Rio de Janeiro: 1998, 7ª ed.
- BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. *Teoria geral do processo de conhecimento*. Saraiva, São Paulo: 2000, 3ª ed.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Execução provisória e antecipação da tutela: dinâmica do efeito suspensivo da apelação e da execução provisória*. Saraiva, São Paulo: 1999.
- BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. Saraiva, São Paulo: 1989.
- CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. RT, São Paulo: 1976, 2ª ed.

EXECUÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

- CASTRO, José Antonio de. *Execução no Código de Processo Civil*. Saraiva, São Paulo: 1983, 3ª ed.
- CHIARLONI, Sérgio. *Prime riflessioni sui valori sottesi allà novella del processo civile*. RDP 46, Cedam, Pádua: 1991.
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Jurisdição, ação (defesa) e processo*. Dialética, São Paulo: 1997.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Forense, Rio de Janeiro: 1983, 7ª ed.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. Malheiros, São Paulo: 2000, 7ª ed. ver e atua.
- _____. *A instrumentalidade do Processo*. RT, São Paulo: 1987.
- FURTADO, Paulo. *Execução*. Saraiva, São Paulo: 1991.
- LEIBMAN, Enrico Tullio. *Eficacia ed autorità della sentenza*. Giuffrè, Milão: 1962, reimpressão.
- LIMA, Alcides Mendonça de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Forense, Rio de Janeiro: 1987, 5ª ed.
- LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Da intervenção de terceiros no processo*. C. Teixeira, São Paulo: 1930.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2000.
- _____. *Embargos à execução*. Saraiva, São Paulo: 1996.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. Revista dos Tribunais, São Paulo: 1999, 3ª ed. ver e atua.
- MONTELEONE, Girolamo. *Diritto processuale civile*. Cedam, Pádua: 1994/5.
- MOURA, Mário Aguiar. *O processo de execução*. Emma, Porto Alegre: 1975.
- NERY Jr., Nelson. *Execução Provisória*. RT, São Paulo: 1980, RePro 18.
- ORIONE NETO, Luiz. *Liminares no processo civil e legislação processual civil extravagante*. LEJUS, São Paulo: 1999.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Inovações no Código de Processo Civil*. Forense, Rio de Janeiro: 1995, 2ª ed.
- PAJARDI, Piero. *Procedura civile*. Giuffrè, Milão: 1989.
- PLÁCIDO E SILVA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Guairá, Curitiba: 1949, 3ª ed.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Forense, Rio de Janeiro: 1974, vol. IX.

- SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. Saraiva, São Paulo: 1985/9.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*. Forense, Rio de Janeiro: 2000, 5ª ed. ver e atua.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. RT, São Paulo: 1998, vol. III, 2ª ed.
- THEODORO Jr., Humberto. *Processo cautela*. LEUD, São Paulo: 1999, 18ª ed.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil*. Forense, Rio de Janeiro: 1985.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. Central de publicações jurídicas: centro brasileiro de estudos e pesquisas judiciais, São Paulo: 1999, 2ª ed. atua.

NOTAS

- (1) PASSOS, JJ Calmon de. *Inovações no Código de Processo Civil*, pág. 30.
- (2) PASSOS, JJ Calmon de. *Idem*, pág. 31.
- (3) PASSOS, JJ Calmon de. *Idem, ibidem*, pág. 31.
- (4) PASSOS, JJ Calmon de. *Idem*, pág. 32.
- (5) ARAKEN DE ASSIS. *Manual do Processo de Execução*, pág. 314.
- (6) PAJARDI, Piero. *Procedura civile*, pág. 174.
- (7) PASSOS, JJ Calmo de. *Inovações no Código de Processo Civil*, pág. 34.
- (8) PASSOS, JJ Calmon de. *Idem*, pág. 34/35.
- (9) ARAKEN DE ASSIS. *Manual do Processo Civil*, pág. 316.
- (10) BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, pág. 255.
- (11) LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficacia ed autoriità della sentenza*, pág. 397.
- (12) BATISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil*, pág. 36, vol. II.
- (13) ASSIS, Araken de. *Idem*, pág. 317.
- (14) ASSIS, Araken de. *Idem*, pág. 317.
- (15) LIMA, Alcides Mendonça de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, pág. 397.
- (16) CHIARLONI, Sérgio. *Prime riflessioni sui valori sottesi allà novella Del processo civile*, pág. 660/1.
- (17) BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*, pág. 273.
- (18) COSTA CARVALHO, Luiz Antônio da. *O espírito do Código de Processo Civil*, pág. 285.
- (19) BATISTA DA. Ovídio A. *Curso de Processo Civil*, pág. 35, vol. II.
- (20) ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*, pág. 318.
- (21) MONTELEONE, Girolamo. *Diritto processuale civile*, pág. 234, vol. II.
- (22) FURTADO, Paulo. *Execução*, pág. 17.
- (23) 5ª T. do STJ, Resp. 30.824-0-SP, 5.4.95, Rel. Min. Costa Lima. "A finalidade é, também proteger o credor".
- (24) ASSIS, Araken de. *Manual do Processo Civil*, pág. 319.
- (25) MOURA, Mário Aguiar. *O processo de execução*, pág. 157.
- (26) SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*, 89.
- (27) LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, pág. 417.

EXECUÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

- (28) MOURA, Mário Aguiar. *O processo de execução*, pág. 157.
- (29) ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*, pág. 320.
- (30) NERY Jr., Nelson. *Execução provisória*, pág. 211/4.
- (31) ASSIS, Araken de. *MANUAL DO Processo de Execução*, pág. 321.
- (32) CASTRO, José Antonio de. *Execução no Código de Processo Civil*, pág. 100.
- (33) SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de direito Processual Civil*, pág. 89.
- (34) ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*, pág. 321.
- (35) BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, pág. 471/2.
- (36) ASSIS, Araken de. *Idem*, pág. 322.
- (37) THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*, pág. 132, vol. II.
- (38) LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Da intervenção de terceiros no processo*, pág. 18.
- (39) PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao Código de Processo Civil*, pág. 434, vol. IX.
- (40) PLÁCIDO E SILVA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, pág. 1699, vol. IV.
- (41) FURTADO, Paulo. *Execução*, pág. 21.
- (42) BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*, pág. 188/9.
- (43) CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, pág. 66.
- (44) LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, pág. 434.
- (45) ÁNGELIS, Dante Barrios de. *Introducción al Estudio del Proceso*, pág. 56/7.
- (46) DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, pág. 160.

OPOSIÇÃO E PROCESSO CAUTELAR

Tarcísio Germano de LEMOS FILHO*

I - DA OPOSIÇÃO

O princípio da inércia exige que a atividade jurisdicional seja inicialmente impulsionada pela parte, como decorre do texto explícito do artigo 2º do Código de Processo Civil.

Cintra, Dinamarco e Grinover¹, escrevem que a inércia se justifica plenamente, uma vez que, do contrário, *"o exercício da atividade jurisdicional acabaria sendo contraproducente, pois a finalidade que informa toda a atividade jurídica do Estado é a pacificação social e isso, em muitos casos, viria a fomentar lides e discórdias, lançando desavenças onde e/as não existiam antes"*.

Ao consagrar o princípio da inércia, o dispositivo processual em tela faz, desde logo, alusão à parte, figura processual, que, em regra, confunde-se com o sujeito da relação de direito material litigiosa, ou, como escreveu Carnelutti² *"uma das pessoas que fazem o processo, seja no sentido ativo, seja no passivo"*.

Ainda que muitas vezes o sujeito da relação de direito material não seja, propriamente, o sujeito do processo, gerando, assim, a figura do substituto processual, consolidou-se a denominação de *autor* à parte que invoca a tutela jurisdicional, enquanto que aquele que fica na posição passiva, defendendo-se da pretensão, chama-se *réu ou demandado*.

Não obstante essa configuração triangular do processo, em que as partes, em pólos opostos, gravitam sob a figura do Juiz, hipóteses ocorrem em que alguém ingressa, como parte ou coadjuvante da parte, em processo já pendente entre partes primitivas.

¹) Faculdade de Direito Mestrando em Processo Civil Processo Cautelar.

Ocorre, nessas situações, a chamada *intervenção de terceiros*, sempre dita voluntária, conforme expõe Humberto Theodoro Júnior³, ao propor sua classificação de acordo com dois critérios diferentes:

I - Conforme o terceiro vise a *ampliar ou modificar* subjetivamente a relação processual, a intervenção pode ser: a) "*ad coadjuvando*": quando o terceiro procura prestar cooperação a uma das partes primitivas, como na assistência; b) "*ad excludendum*": quando o terceiro procura excluir uma ou ambas as partes primitivas, como na oposição e na nomeação à autoria;

II - Conforme a iniciativa da medida, a intervenção pode ser: a) *espontânea*: quando a iniciativa é de terceiro, como geralmente ocorre na *oposição e na assistência*; b) *provocada*, quando, embora voluntária a medida adotada pelo terceiro, foi ela precedida por citação promovida pela parte primitiva.

A oposição, portanto, enquanto modalidade de intervenção de terceiros "*ad excludendum*" e espontânea, caracteriza-se pela pretensão que o terceiro tem sobre a coisa ou o direito em controvérsia. *A controvérsia é tomada em seu sentido técnico, bastando que seja eventual*, o que levaria à conclusão de ser possível mesmo na hipótese de revelia⁴.

Ora, a idéia de pretensão sobre *direito ou coisa em controvérsia*, conduz diretamente ao processo de conhecimento, até pelo texto expresso do artigo 56 do CPC, de forma que vê-se, no instituto, uma demanda declaratória proposta contra o autor, e de uma natureza condenatória contra o réu⁵.

Em linhas gerais, portanto essa postulação contra as partes originárias, antes da sentença, e a ser por ela resolvida, traduz busca de tutela jurisdicional inerente ao processo de conhecimento.

II - DO PROCESSO CAUTELAR

Pontes de Miranda, ao cuidar de uma pretensão à segurança, registra que aquela, por seu próprio nome, deixa de atingir a satisfação⁶.

Com efeito, como aponta o doutrinador: "não é pretensão à declaração, que sendo proferida sentença declarativa, favorável ou não, estaria afirmada ou negada: o deferimento do pedido de segurança não satisfaz à pretensão à declaração. Não se diz, por ele, que a relação jurídica é ou não é".

O processo cautelar, assim, apesar de não comportar a satisfação do direito em si, contribui para que a prestação jurisdicional confirme-se segura, o que o faz situar entre o processo de conhecimento e o processo de execução.

A respeito, escreveu Carnelutti⁷, citado por Celso Neves⁸

"Così per ottenere un provvedimento di sequestro giudiziario ou conservativo si svolge un processo di cognizione e, d'altra parte, per metterlo in atto, un processo esecutivo. Cib vuol dire che la figura del processo cautelare há un suo proprio rilievo dal lato della struttura, onde il lettore vedrà che, quando lo studio del processo sarà fatto da questo secondo punto di vista, codesta figura scomparirà per essere riassorbita o in quella del processo di cognizione o in quella del processo esecutivo".

Bem por isso, acrescenta:

"Il che non esclude, naturalmente, che, entro lo schema dell'uno o dell'altro il processo cautelare possa, almeno sotto certi aspetti, rappresentare una sottospecie distinta per qualche desviazione dagli ordinari caratteri strutturali del processo giurisdizionale o esecutivo, la qual desviazione si intende come possa rispondere sua particolare finalitá":

Observa, por isso, Celso Neves, com base nos ensinamentos de Calamandrei, que *"o provimento cautelar não é fim, em si mesmo, tendo por escopo, apenas, contribuir para o melhor êxito do provimento principal, quando favorável a quem pedir a medida cautelar"*.

Essas observações resultam do texto da lei processual, que consigna a acessoriedade da cautelar, no artigo 796, a sua provisoriedade, no artigo 798 e a sua eficácia restrita, conforme artigos 807 e 808.

III - CAUTELAR E OPOSIÇÃO

Não se pode reconhecer compatibilidade entre a segurança pretendida pela via cautelar e a declaração do direito, enquanto providência jurisdicional satisfativa, que se busca através da oposição.

Tem-se, pois, a modalidade de intervenção de terceiros como inerente ao processo de conhecimento, já que não é possível cogitar-se a respeito de oposição à segurança.

Em verdade, dado o caráter acessório da cautelar, não haveria como restringir a oposição a este processo, sem desvinculá-la da ação de conhecimento à qual a pretensão acautelatória se vincula.

De mais a mais, a legitimidade para a cautelar é conferida a quem é parte no processo principal, seja em face daquele, ou daqueles, que postulam, ou daquele, ou daqueles, que se defendem da postulação. Assim, uma vez oferecida oposição, ou presentes os pressupostos para tanto, pode o oponente apresentar a cautelar que entender assecuratória do direito a ser buscado na ação principal. Nunca, entretanto, será admissível o instituto da oposição em face das partes do processo cautelar, por si só, sem que haja disputa pelo direito, ou da coisa, na demanda principal.

IV - CONCLUSÃO

Assevera Arruda Alvim⁹, com muita propriedade, que *“a oposição é exercício do direito de ação e, portanto, se insere na temática e no campo do processo de conhecimento”*.

Essa busca de tutela jurisdicional, em caráter excludente em relação aos litigantes originais, portanto, não se contenta com situações de provisoriedade, acessoriedade e eficácia restrita, que norteiam o processo cautelar.

Assim, embora não se possa retirar do oponente a possibilidade de valer-se dos provimentos cautelares que lhe propiciem segurança no que toca à preservação do direito perseguido, é de se ver que o instituto somente se compatibiliza com a prestação jurisdicional definitiva e, como tal, inerente ao processo de conhecimento.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

- CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Buenos Aires: 1973
Introduzione allo Studio Sistemático dei Procedimenti Cautelari.
 Padova: 1936
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. Dinamarco, Cândido Rangel. Grinover, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- GOMES, Flávio Luiz. Silva, Ovídio A. Baptista da. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.
- MIRANDA, Francisco Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil de 1939*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- NEVES, Celso. *Estrutura Fundamental do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- SANTOS, Ernane Fidélis. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NOTAS

- (1) Cintra, Antonio Carlos de Araújo. Dinamarco, Cândido Rangel. Grinover, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 85/86.
- (2) Carnelutti, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Buenos Aires: 1973, Volume I, p. 175.
- (3) Theodoro Júnior. Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. Volume I/114: 115.
- (4) cf. Santos, Ernane Fidélis. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999. Volume I/86.
- (5) cf. Gomes, Flávio Luiz. Silva, Ovídio A. Baptista da. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997, p. 187.
- (6) Miranda, Francisco Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil de 1939*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. Volume IV, p. 393.
- (7) Carnelutti, Francesco. *Introduzione allo Studio Sistemático dei Procedimenti Cautelari*. Padova: 1936, p. 95.
- (8) Neves, Celso. *Estrutura Fundamental do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 205.
- (9) Alvim, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. Volume 2, p. 145.

QUESTÕES CONTROVERTIDAS ACERCA DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO*

Renata Peixoto FERREIRA

DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Lei nº 1.533 de 31.12.1951 e Lei nº 4.348 de 26.6.1964

Art. 5º da Constituição Federal de 1988:

LXIX - Conceder-se-á Mandado de Segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.

LXX - O Mandado de Segurança coletivo pode ser impetrado por.

- a) Partido Político com representação no Congresso Nacional;
- b) Organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa de seus membros ou associados.

INTRODUÇÃO

O Mandado de Segurança coletivo foi dos institutos criados pela Constituição Federal de 1988 - art. 5º, LXX. A atual Carta Magna, pela primeira vez, em nosso direito, permitiu a impetração do mandado de segurança por parte de quem não fosse titular do direito subjetivo material.

(*) Trabalho realizado para Seminário na matéria de Teoria Geral do Processo Civil, dentro do Curso de Mestrado de Direito Processual Civil.

O impetrante agora propõe a segurança, em seu nome, mas defendendo direito de outrem. Entretanto, não se trata de instituto processual novo, pois os fundamentos para sua concessão são os mesmos que os do mandado de segurança tradicional. Ovídio Baptista da Silva, inclusive, entende que o mandado de segurança coletivo é o mesmo que mandado de segurança individual, "a que apenas se outorgou legitimidade especial às entidades representativas de grupos sociais na defesa do mesmo direito subjetivo - pertencente aos respectivos grupos sociais - quando ameaçados ou violados por ato ilegal da autoridade." (Curso de Processo Civil, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990, Vol. II, pgs. 313-314).

Trata-se, portanto, de instituto processual cujo objetivo é conferir legitimidade para agir a partidos políticos, organização sindical, entidade de classe e associações civis, objetivando a defesa dos direitos coletivos.

O Mandado de Segurança coletivo segue o mesmo procedimento comum do Mandado de Segurança Individual, inovando apenas na legitimidade ativa das entidades, que podem impetrá-lo na defesa de seus associados ou filiados, e sempre em nome próprio da entidade.

É controvertida a questão sobre o fato de se prestar ele à defesa de direito de alguns filiados de partido político, sindicato ou associação, ou se deve ele servir à toda categoria, ou seja, da totalidade de seus filiados que tenham um direito ou uma prerrogativa a defender em juízo.

1. Titularidade Ativa: quem pode impetrar o mandado de segurança coletivo?

Têm legitimidade para impetrar o mandado de segurança coletivo:

- a) O Partido Político com representação no Congresso Nacional,
- b) a organização sindical,
- c) a entidade de classe,
- d) a associação legalmente constituída.

a. Partido Político com representação no Congresso Nacional

Cabe observar que o partido político adquire personalidade jurídica na forma da lei civil e perfeitamente poderia representar seus membros

judicial ou extra-judicialmente mesmo sem representação no Congresso Nacional. Entretanto, a Constituição Federal exige tal representatividade para impetrar o mandado de segurança coletivo, o que mostra uma restrição à legitimidade .

Uma questão polêmica que se levanta é: **os partidos políticos podem defender através do mandado coletivo todo e qualquer direito de todo e qualquer cidadão ou apenas os direitos de seus eleitores e filiados?**

Parte da doutrina entende que o partido terá legitimidade ativa para defender interesses ou direitos que lhe sejam próprios, repercutindo na esfera dos interesses de todos os seus membros. Caso venham a defender interesses outros que não os inerentes à de sua natureza, teremos, nessa hipótese, a figura da representação processual estipulada no inc. XXI do art. 5º, em que o partido defende, em nome dos representados, interesses individuais de seus integrantes. Para a impetração do mandado de segurança coletivo, e conseqüentemente substituição processual, seria necessário, segundo essa corrente, que seu objeto fosse compatível com o art. 1º da Lei 9.096/95:

Art. 1º - O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal"

Nesse ponto, há inúmeros entendimentos:

- a) Os direitos pleiteados devem ser compatíveis com o programa partidário;
- b) os direitos questionados devem vincular-se à tutela constitucional, como por exemplo, o direito à liberdade;
- c) o partido político deve apenas satisfazer ao requisito previsto no art. 5º, de representação no Congresso;
- d) os interesses defendidos devem coincidir com os objetivos sociais;
- e) a legitimação só poderá ocorrer com a concordância das entidades representativas dos indivíduos a que se vinculam os interesses e só na hipótese de inexistência dessas entidades é que os partidos teriam legitimação direta; e por último,
- f) o direito a ser pleiteado deve ser de natureza política ou referente a partido político e limitado a seus filiados.

A jurisprudência está bem dividida, mas há maior representatividade nas que decidem que o partido político só pode impetrar Mandado de Segurança Coletivo em nome de seus filiados quando autorizados, para defender direitos políticos vinculados aos fins sociais, à soberania, cidadania, regime democrático, política urbana e demais direitos sociais.

b. Organização sindical

A Organização Sindical é livre, desde que observado o disposto nos diversos itens do art. 8º da Constituição Federal. Ao sindicato cabe a defesa dos interesses de seus membros ou associados. Discute-se se compreende apenas os direitos dos filiados ou de toda a categoria. A posição dominante é que decisões que beneficiem a categoria profissional, representada pelo sindicato único, por força do art. 8º II/Constituição Federal deve, ser estendidas a toda ela, independente da filiação, que é livre (art. 8º V/Constituição Federal).

Discute-se também se a matéria do Mandado de Segurança deve se ater à área exclusiva do sindicato

Essa é a orientação jurisprudencial:

"O interesse exigido para a impetração do mandado de segurança coletivo há de ter ligação com o objeto da entidade sindical, e, portanto, com o interesse jurídico desta, o que se configura quando estiver em jogo a contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas previstas na Lei 7.689/88. Na espécie, a controvérsia está relacionada com a própria atividade desenvolvida pelas empresas, o lucro obtido e a incidência linear, considerada toda a categoria, da contribuição social. Portanto, se as atribuições do sindicato se fazem em prol daqueles que congrega, forçoso é concluir pelo nexa" (STF, RE 157.234-5 DF)

A legitimidade dos sindicatos também sofre a restrição, uma vez que poderiam perfeitamente representar seus membros, já que é livre a associação profissional ou sindical, mas há a condição de que sejam constituídas e em funcionamento há mais de um ano. A restrição é ainda maior se observarmos que o art. 513 da CLT já autorizava o sindicato a representar os interesses da categoria e os individuais dos associados judicialmente e, assim, tinham implicitamente autoridade para impetrar Mandado de Segurança.

Com a Constituição Federal de 88, têm agora que estar em funcionamento há mais de um ano.

Entretanto, embora nos tribunais se reconhecesse a legitimidade do sindicato, os juízos trabalhistas restringiam tal direito, de modo a permitir a representatividade apenas na área trabalhista, ou seja, apenas para direito próprio e na defesa de direitos trabalhistas e não para agir perante outros juízos e para outros direitos. Antes de 1988, muitos tribunais já aceitavam a legitimidade dos sindicatos para a impetração do Mandado de Segurança a favor de seus membros. Com a Constituição Federal de 1988, acaba-se de vez com a controvérsia a respeito, conferindo legitimidade aos sindicatos de forma expressa.

c. Entidades de Classe ou Associações

Tais entidades, desde que estejam em funcionamento há pelo menos um ano, legalmente constituídas em defesa de seus membros e associados, podem impetrar mandado de segurança coletivo, independentemente da denominação, seja sociedade ou associação, federação ou confederação.

Embora o inc XXI do art. 5º da Constituição Federal já conferisse às tais associações legitimidade para representá-las judicial ou extrajudicialmente, este inciso confere legitimidade exclusivamente para impetrar Mandado de Segurança Coletivo, outorgando a elas um status de substituto processual e não de representante.

Assim, podemos concluir, que, no tocante à legitimação ativa, todos os entes só podem impetrar Mandado de Segurança Coletivo em nome de seus filiados, em assuntos integrantes de seus fins sociais, quando devidamente autorizadas pela lei ou por seus estatutos.

Entretanto, nada impede que os legitimados possam impetrar o Mandado de Segurança:

a) singular, com fulcro no inc. LXIX do art. 5º, em defesa de interesse próprio, com o objetivo específico de tutelar direito líquido e certo da impetrante como pessoa jurídica;

b) impetrar mandado também singular, mas em regime de representação processual para defender seus associados, não necessariamente

todos, devidamente identificados na petição inicial e por eles devidamente autorizada, sem afetar, contudo, os fins da entidade. O fundamento da impetração é o inc. XXI do art. 5º, uma vez que o mandado de segurança coletivo trás sempre em seu bojo a figura da substituição processual e não da representatividade;

c) Impetrar mandado coletivo, exercendo, pois legitimação direta, não intermediária, em regime de substituição processual, com o escopo de tutelar direito líquido e certo da entidade, cujos objetivos principais devem ser ressaltados

Isso nos leva a outra questão:

• Pode o Mandado de Segurança Coletivo ser impetrado tendo em vista o interesse de apenas parte dos associados/filiados ou deve ele abranger necessariamente toda a categoria?

Muitos entendem que o mandado de segurança coletivo não se presta à defesa de direito individual de um ou de alguns filiados de partido político, sindicato ou associação, mas sim da categoria, ou seja, **da totalidade de seus filiados** e que tenham um direito ou uma prerrogativa a defender em juízo.

Outros, que as entidades legítimas poderiam defender não só os interesses de toda a categoria, que seriam reputados como essencialmente coletivos, como também os interesses de parte dela, desde que tenham amplitude suficiente para assumir a qualidade de coletivos, ainda que acidentalmente coletivos. Esse é o entendimento dominante do TJSP. Para ilustrar tal corrente, colamos aqui decisão proferida no Mandado de Segurança 10.503-0:

"Os direitos resguardáveis pelo Mandado de Segurança Coletivo transferidos à titularidade de sindicatos, entidades de classe ou associações não serão exclusivamente os de toda a classe ou categoria, porque essa contenção do instituto sequer se concilia com a letra da cláusula constitucional, que alude aos interesses dos integrantes dessas organizações, não aos interesses que envolvam todos esses membros, ou mesmo, da "classe" como pessoa distinta, absorvendo claramente os interesses de parte dessa comunidade, desde que com a abrangência suficiente para assumir a condição de coletivos ("acidentalmente coletivos").

Grande parte da doutrina e jurisprudência é partidária dessa opinião porque julgam que a dimensão coletiva da impetração vale quando o

interesse ferido é de coletividade menor, mas coletividade essa inserida na maior. Se, por exemplo, for estabelecido pedágio ilegal em rodovia, o sindicato ou qualquer outra entidade representativa dos condutores de caminhão poderá impetrar o mandado de segurança coletivo, ainda que só se busque proteger os que trafegam naquela rodovia, obviamente não beneficiando os que por ela não trafeguem.

Outra questão:

• O direito alegado deve ter vínculo com o objeto da entidade impetrante ou com a atividade de seus associados?

O objeto do mandado de segurança coletivo há de ser um direito dos associados que guarde certo vínculo com os fins próprios da entidade, ou poderá ser um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade?

A maioria entende que sim, que o direito deve ter alguma espécie de vínculo com a área de atuação da entidade, mas não se exige que este direito seja peculiar e próprio daquela classe.

Por exemplo, determinado sindicato impetra segurança tendo como objeto a contribuição do PIS. O interesse de não pagar o imposto é de todos os associados do impetrante, mas tal pretensão não tem vínculo com os fins próprios da entidade. Seria o sindicato-impetrante parte ilegítima? A maioria entende que não.

O que se defende é que o objeto deve ser um interesse ou direito subjetivo dos associados, independentemente de haver vínculo com os fins da entidade. Se exigiria que esse direito esteja compreendido na titularidade dos associados e que exista ele em razão das atividades exercidas pelos associados, não se obrigando, todavia, que tal direito ou interesse seja peculiar da classe representada pela associação.

Por exemplo: faltaria legitimidade à OAB para impetrar segurança coletiva em favor de seus inscritos, a fim de eximi-los do imposto predial incidente sobre os seus imóveis residenciais, ainda que a postulação eventualmente se ativesse a interesse a todos e a cada um dos advogados da cidade? É evidente que não. Isso explica a irrelevância da titularidade do direito por parte de todos integrantes do grupo, no momento da impetração. "Aliás, completa sobre o assunto Sepúlveda Pertence, a legitimidade de uma organização não exclui a que, eventualmente também caiba a outra, como na

hipótese de exigência de um tributo inconstitucional de caráter geral, o qual, desenganadamente, pode ser impugnado, ao mesmo tempo, por mais de um sindicato ou entidade de classe, em substituição às categorias por ele afetadas. É de se exigir, portanto, para o exercício do mandado de segurança coletivo, tão somente, que a entidade autora reúna em seu quadro social, em função de uma relação social que se os aproxime, os titulares do direito subjetivo individual cuja violação represente um dano que pode ser dimensionado coletivamente não importando que seja ele também apto a prejudicar o direito dos integrantes de outras coletividades” STF, MS 20.936, RTJ 142/446.

Conclui o Min. Carlos Velloso sobre o tema, dando seu voto no RE 181.438-1, "in" RT 734/230: "Concluo então, o meu voto, a irmando que a restrição posta no acórdão recorrido é ofensiva ao preceito constitucional instituídos do mandado de segurança poderá CF, art. 5º, LXX, b. É dizer, o objeto do mandado de segurança poderá ser um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade, exigindo-se, entretanto, que esse direito ou interesse esteja compreendido na titularidade dos associados e que exista ele em razão da atividades exercidas pelos associados, não se exigindo, todavia, que tal direito ou interesse seja próprio ou peculiar da classe”.

Outro exemplo: já se admitiu, em matéria fiscal a impetração coletiva se o direito líquido e certo for relativo ao não-pagamento de um imposto intimamente ligado à atividade dos associados da entidade impetrante (STF, RE 157.234-5-DF, RT 724/228, TRF 3ª, ApCMandado de Segurança nº 14.298).

Em sentido contrário, Hely pensa que a OAB bem como associações de magistrados teriam legitimidade para impetração contra ato de efeitos concretos que afetem o exercício das atividades inerentes à profissão e não contra atos estranhos a ela.

Ainda, voltando aos partidos políticos, é de entendimento de boa parte da doutrina de que o mesmo só pode impetrar a segurança para a defesa de seus próprios filiados em questão políticas quando autorizado pela lei e pelo estatuto (não lhes sendo possível pleitear direitos da classe de aposentados em geral, por exemplo).

2. O OBJETO DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

O objeto do Mandado de Segurança Coletivo seria, basicamente, a retificação ou desconstituição do ato ou omissão da autoridade, que seja lesivo ou ameace lesão de direito líquido e certo, sendo que tal direito não é do requerente, mas de outrem a que se liga àquele por associação.

Portanto, teria o mesmo objeto do Mandado de Segurança Individual, ou seja, a proteção de direito líquido e certo, ferido por ato de autoridade. Entretanto, aqui se coloca um entrave: se ele é coletivo, há que se dispensar uma prova específica de cada uma dos possíveis beneficiários. O que se tem que fazer é descrever a pretensão, fazendo prova da existência do ato impugnado, assim como dos elementos necessários faticamente. Dispensa-se, no caso, que essa prova se repita indefinidamente no tocante a todos os membros da entidade.

Quanto à entidade impetrada, ao cumprir a decisão judicial, poderá ela requerer:

- que o postulante faça prova de que pertence à entidade beneficiada e,
- que também faça prova de que se encontra na situação de fato descrita na impetração.

3. A COISA JULGADA NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Art. 103 COC: Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:

I - "erga omnes"; exceto se o pedido for julgado improcedente, por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso/do parágrafo único do art. 89;

II - "ultra partes", mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art 8; 1

III - "erga omnes" apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

Parágrafo 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

Parágrafo 2º - Na hipótese do inc. III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes, poderão propor ação de indenização a título individual

Art. 104 CDC: As ações coletivas previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais mas os efeitos da coisa julgada "erga omnes" ou "ultra partes" a que aludem os incisos II e III do art anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva."

Como em quaisquer situações de legitimação extraordinária, substituição processual ou ação coletiva, existe a possibilidade de rejeição do pedido sem que o indivíduo, que é o verdadeiro titular do direito, tenha a oportunidade de intervir no processo e produzir as suas razões e documentos. A questão levantada pela doutrina é se o indivíduo estaria impedido de ajuizar sua demanda em separado, ou se, ajuizado o pedido, a coisa julgada na ação coletiva interferiria em sua ação individual.

Os efeitos da coisa julgada do Mandado de Segurança coletivo não possuem regramento específico. A posição dominante na doutrina hoje é aconselhar que se adote uma posição semelhante à que é consagrada pelo Código de Defesa do Consumidor. A solução dada por tal regramento procura harmonizar a índole da coisa julgada nas ações coletivas e sua necessária extensão a terceiros com as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, os quais obstam que o julgado possa desfavorecer aquele que não participou da relação jurídico-processual sem o efetivo controle sobre a representatividade adequada e sobre a segurança da concreta possibilidade de utilização de técnicas de intervenção no processo e de exclusão da coisa julgada.

Mesmo porque, tendo em vista a indivisibilidade dos interesses coletivos, não poderia ser de outra forma: freqüentemente importará na extensão dos efeitos da sentença a pessoas estranhas ao vínculo associativo.

Por exemplo, quando uma entidade associativa ingressa em juízo com uma ação coletiva que vise à tutela dos interesses coletivos de seus filiados, será a todos estes - tenha ou não havido autorização expressa - que se estenderão os efeitos da sentença para beneficiá-los. Mas a própria indivisibilidade do objeto estenderá necessariamente os efeitos favoráveis da sentença a todos os que se encontrarem na mesma situação em relação à parte contrária: assim, todos os contribuintes de um determinado tributo, ou todos os mutuários do sistema habitacional, pertençam ou não à associação autora, serão necessariamente beneficiados pela sentença que declarar a nulidade da imposição tributária ou fixar benefícios em geral para os mutuários. Eis aí a eficácia *ultra partes*, mas sempre circunscrita ao grupo, classe ou categoria ligada pelo vínculo jurídico, sejam ou não associadas ou filiadas ao impetrante.

Hely pensa que se deva utilizar a mesma solução que é aplicada para a ação popular e para a ação civil pública, ou seja, a coisa julgada afetaria toda a coletividade representada ou substituída pelo impetrante **se o pedido for julgado procedente** (no caso do mandado de segurança, se a ordem for concedida).

Agora, **se a segurança for denegada por falta de prova pré-construída do direito sustentado na inicial, a impetração individual não será afetada**. Entretanto, se a segurança for improcedente *por motivo de mérito*, o problema se agrava porque em princípio, deve também haver o efeito "*ultra partes*". Nesse ponto, diz Hely Lopes Meirelles, "o mais correto é aproveitar por analogia as regras do art. 104 do CDC* para as ações coletivas, ou seja, o **Mandado de Segurança coletivo não induz litispendência para o Mandado de Segurança individual, mas os efeitos da coisa julgada "erga omnes" ou "ultra partes" só beneficia o impetrante individual se ele requerer a suspensão de seu processo dentro de trinta dias a contar a ciência da existência da demanda coletiva. Ou seja, a impetração individual tenderia a prevalecer**.

Desta forma, dentro do prazo de 120 dias (decadencial), o indivíduo inserido no âmbito de uma possível impetração coletiva, pode optar por impetrar seu próprio Mandado de Segurança individual. Caso seja ajuizado também o Mandado de Segurança coletivo, ele pode prosseguir com sua ação individual (caso em que a decisão de mérito no seu processo, em relação a ele, vai prevalecer sobre a decisão do Mandado de Segurança coletivo), **ou pode pedir a suspensão do processo até o julgamento do outro**. Caso não haja

impetrado a ação individual, ele poderá ingressar como assistente no mandado de segurança coletivo, ou mesmo não fazer nada, integrando mesmo assim automaticamente o pólo ativo da demanda e aderindo ao resultado final. "Nesse sistema - continua Hely - que merece adoção mediante legislação específica, evita-se que o indivíduo seja inadvertidamente prejudicado por uma impetração coletiva juridicamente deficiente ou mal fundamentada".

Jurisprudência há no sentido de no caso de sobrevir impetração individual do associado, ao lado da impetração coletiva pelo sindicato, a egrégia 5ª T do STJ decidiu que "salvo anuência expressa à impetração coletiva, não há litispendência com a sobrevinda suplicação individual" (REsp 63.593-0 SP).

O Mandado de Segurança coletivo transitado em julgado não impede promoção de ações pessoais **após** a rejeição da demanda coletiva. Um mandado de segurança coletivo improcedente impede a renovação da ação (salvo a hipótese de improcedência de provas - no caso de improcedência de provas, toda a coletividade pode impetrar a ordem novamente) por parte de todos os legitimados, mas não obsta que Caio ajuíze seu mandado de segurança individual sobre o mesmo assunto. Em outras palavras, em caso de derrota do autor coletivo, demandas posteriores somente podem ser propostas por pessoas físicas em caráter individual. A demanda não poderá ser repetida a título coletivo (repetindo: salvo no caso de improcedência por falta de provas) e a coisa julgada que se formar nas ações individuais terá seus efeitos restritos às partes.

Caso haja conflito entre coisas julgadas, ou seja, caso haja decisão favorável no processo coletivo e desfavorável no processo individual, o art. 104 do CDC resolve expressamente o problema pela exclusão da coisa julgada coletiva do demandante individual que não requereu a suspensão de seu processo individual.

Nesse sentido, Ada Grinover: "é a coisa julgada *ultra partes* em caso de procedência da demanda, mantida a faculdade dos interessados, a título individual, de se ajuizar sua ação pessoal em caso de sentença desfavorável ao autor do litígio. Tudo, ainda, com o temperamento da inexistência de coisa julgada na hipótese de rejeição da demanda por insuficiência de provas.

Dentro do sistema da coisa julgada, assim, parece coerente fixar os limites subjetivos nos moldes no art. 103 do CDC, ou seja a doutrina

inclina-se no sentido de se admitir a coisa julgada "*secundum eventum litis*" (de acordo com o resultado do processo)". Outra corrente ainda vai mais longe e fixa os resultados "in utilibus". Em outras palavras, a coisa julgada vai **apenas atingir aquele que não participou como parte no processo** mas componente da classe, **se a sentença lhe tiver sido favorável** ("in utilibus"), se tiver sido desfavorável, não atinge. Desfavorável aí entendendo-se de uma maneira geral, de acordo com o inc. III do art. 103 do CDC - pouco importando se a procedência se deu por falta de provas ou por motivo de mérito.

Entretanto, como exceção à regra sobre a extensão subjetiva do julgado "*in utilibus*", temos o fato de que, se autor individual não requerer a suspensão de seu processo para usufruir dos eventuais efeitos de sentença coletiva favorável, na hipótese da ação individual prosseguir seu curso, não haverá aproveitamento da coisa julgada coletiva.

O sistema jurídico brasileiro escolheu o critério da existência legal e da pré-constituição das associações legitimadas às ações coletivas para fixar os limites da coisa julgada. Foi esse o caminho traçado pela LACP e que depois foi incorporado pela Constituição Federal ao mandado de segurança coletivo e depois ao CDC. Já faz parte também da tradição jurídico brasileira, desde a Ação Popular, um regime de coisa julgada que até certo ponto pode ser qualificado como atuando "*secundum eventum litis*" (de acordo com o resultado do processo)", pelo menos em casos de insuficiência de prova. Assim o legislador atualmente consagrou a extensão subjetiva do julgado "*secundum eventum litis*" (de acordo com o resultado do processo)".

No caso do mandado de segurança coletivo, desta forma, a doutrina estabelece os limites subjetivos da coisa julgada da sentença nas ações coletivas fixadas de acordo com o art. 103 do CDC, posto que não colidem tal dispositivo com a ordenação constitucional e legislativa.

Segundo Ada Grinover, **"Especificamente para o Mandado de Segurança coletivo, há uma peculiaridade interessante quanto à coisa julgada: a incidência da regra dos incisos II e III do art. 103 do CDC, pertinente à inexistência de coisa julgada em caso de improcedência por insuficiência de provas, se verificará sempre que a segurança for rejeitada por inexistir a liquidez e certeza do direito. Nesse caso, não fica impedida ao impetrante a renovação da segurança, desde que baseada em nova prova documental que configure a liquidez e certeza do direito"**.

(Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993).

Assim, a questão não definida ainda pela doutrina é:

- poderia ser aplicada a regra da não-extensão da coisa julgada no caso de improcedência do pedido pura e simplesmente, como no caso do art. 103 III ou

- poder-se-ia considerar que a coisa julgada não tem eficácia somente no caso da sentença julgar improcedente o Mandado de Segurança por inexistência de liquidez e certeza, conforme inc. II do art. 103

Não se aceita aqui o sistema das "class actions" do direito americano, onde os limites da coisa julgada seriam considerados pelo juiz em processo futuro, observada a representatividade adequada do representante da classe e desde que tenha utilizado todos os meios de que dispunha para defender, naquele processo, os direitos e os interesses da classe. Além disso, nesse sistema, o indivíduo pode pedir que não lhe sejam estendidos os efeitos da coisa julgada.

Resumindo, o mandado de segurança terá sua coisa julgada estabelecida de acordo com o interesse. Novamente, observa-se que a maioria da doutrina não admite o mandado de segurança coletivo para interesses difusos, pela dificuldade em se identificar a liquidez e certeza do direito.

Tampouco, há consenso na aplicabilidade do mandado de segurança coletivo nas ações individuais homogêneas, posto que o que liga os interessados não é uma relação jurídica, como ocorre nas ações coletivas, mas sim uma situação fática

Interesses	Grupo	Divisibilidade	Origem
Difusos	Indeterminável	Indivisíveis	Situação de fato
Coletivos	Determinável	Indivisíveis	Relação Jurídica
Ind.Homog.	Determinável	Divisíveis	Situação de fato

(Tabela retirada do livro "A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, Hugro Nigro Mazzilli, 11ª, São Paulo, Saraiva, 1999.)

4. DA NECESSIDADE OU NÃO DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA POR PARTE DOS ASSOCIADOS/FILIADOS DOS LEGITIMADOS ATIVOS

Discute-se na doutrina se haveria necessidade de autorização expressa de cada um dos associados para impetração do mandado de segurança coletivo.

Para uma exposição adequada do tema, há que primeiro colocar a questão da representatividade processual.

Normalmente, as posições dos sujeitos do processo são assumidas pela própria pessoa, física ou jurídica que afirma ser titular da relação de direito material deduzida. Excepcionalmente, no entanto, admite-se que alguém, que não é titular daquela relação, ingresse em juízo em seu próprio nome, agindo como parte, para atuar no processo por um direito alheio. E o que Chiovenda chamou de substituição processual, denominação que permanece até os dias de hoje.

O substituto processual demanda, em nome próprio, sobre direito alheio, tendo, para tanto, a legitimação extraordinária, desde que autorizado por lei (federal) ou pelos estatutos da entidade.

Tal instituto é essencialmente diferente da chamada representação processual, na qual o representante postula em nome alheio sobre direito alheio quando expressamente autorizada pelo titular do direito material em pauta.

A favor da anuência expressa de todos os associados/filiados, encontramos alguns poucos acórdãos, basicamente sob o argumento de que cada um poderia preferir ajuizar sua própria demanda escolhendo e sustentando os argumentos jurídicos que entendesse mais relevante (RSTJ 73/166 - R. Mandado de Segurança n. 3.365-1-GO). Segundo essa decisão, a denegação do mandado de segurança coletivo seria oponível a todos os associados, e, desta forma, teriam eles a opção de opinar sobre a impetração. Mas decisões como essa são cada vez mais raras.

É essencialmente dominante o entendimento de que não se necessita de autorização expressa, posto que o inc. LXX dispõe da figura da substituição processual dentro de uma legitimidade extraordinária, o que não acontece com o inc. XXI, que trataria de representatividade, exigindo a autorização expressa dos membros. (*“as entidades associativas, quando expressamente*

*autorizadas, têm legitimidade para **representar** seus filiados judicial ou extrajudicialmente”).*

No mandado de segurança coletivo, os legitimados demandam em NOME PRÓPRIO sobre direito alheio, e desta forma, não há necessidade de autorização dos associados ou filiados, No caso do inc. XXI, haveria tal necessidade, posto que se pressupõe que as associações estejam simplesmente representando seus membros, como mandatárias.

O Pretório Excelso, no RE 182543-SP, decidiu sobre esse tema:

EMENTA: Constitucional. Processo Civil. Mandado de Segurança coletivo. Substituição Processual. Autorização Expressa. Constituição Federal, art. 5º, LXX, art. 5º XXI.

I - A legitimidade das organizações sindicais, entidades de classe ou associações para a segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, a substituição processual. Constituição Federal art. 5. LXX.

II - Não se exige, tratando-se de segurança coletiva, a autorização expressa aludida do inciso, XXI do art. 5º da Constituição Federal que contempla hipótese de representação

Voto:

"...alguns autores vêem, no inc. LXX, uma legitimação extraordinária e que, dispensa, como já decidi esse E. Tribunal, qualquer autorização expressa, o que tornaria inócuo o próprio Mandado de Segurança coletivo, devendo ser entendida a exigência contida no inc. XXI como dirigida genericamente às ações judiciais, reclamando, além disso, uma autorização específica, enquanto que a do Mandado de Segurança coletivo é uma regra especial, que dispensa tal pressuposto...a legitimidade das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, para a segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, a substituição processual (inc. LXX), pelo que não é exigível a autorização expressa prevista no inc. XXI... trata-se, nesse caso, de representação. As associações litigam em nome próprio, representando os associados, mas nos processos de índole coletiva, as associações agem por direito próprio."

É de consenso comum da doutrina moderna de que não tem cabimento, tratando-se de Mandado de Segurança coletivo, exigir a autorização expressa a que alude o inc. XXI do art. 5º da Constituição Federal de 88.. Nem poderia ser de outra forma. Suponhamos que o Ministro da Previdência

Social, ilegal e arbitrariamente, reduza o valor das pensões dos aposentados. Ninguém poderia recusar legitimidade à Confederação Nacional dos Aposentados a legitimidade, como substituto processual, para propor Mandado de Segurança coletivo, em seu próprio nome, para a defesa dos interesses da categoria. Imaginem a dificuldade de se obter, no prazo decadencial de 120 dias, a autorização de milhões de pensionistas ou mesmo a relação nominal de todos os possíveis beneficiários do writ. Utilizando-se o instrumento de tutela coletiva de direitos, através de legitimação extraordinária, é irrecusável a pertinência subjetiva da lide pela presença, por si só, do órgão de classe.

Ainda na jurisprudência, sobre esse assunto:

Mandado de Segurança COLETIVO - Legitimidade ad causam - Impetração por sindicato - Admissibilidade. Por tratar se de substituição processual - Desnecessidade de autorização dos seus membros para defesa dos interesses de toda a categoria, ou de parte dela, desde que tenham a qualidade, e ainda que acidentalmente, de coletivos.

"Ementa: O mandado de segurança coletivo encerra o instituto da substituição processual, pois admite excepcionalmente, que as organizações sindicais e as entidades de classe, que não se afirmem nem se apresentem como titulares do direito material deduzido na lide, ingressem em juízo, em seu próprio nome, agindo como parte, para atuarem no processo por um direito alheio, podendo defender, independentemente de autorização dos seus membros, não só os direitos de toda a categoria, como também os de parte dela, desde que tenham a qualidade, ainda que acidentalmente, de coletivos" - RT 751/132

Mandado de Segurança COLETIVO - Exigência da relação nominal dos possíveis beneficiários do "writ" - Inadmissibilidade - Hipótese que coaduna com a extensão subjetiva e amplitude dos direitos a serem tutelados.

"Ementa: No Mandado de Segurança coletivo não se pode exigir a relação nominal dos possíveis beneficiários do writ, sob pena de se ignorar, por completo, a extensão subjetiva e amplitude dos direitos que este tipo de ação visa tutelar" - RT 751 /132.

Alguns acórdãos, no entanto, dirigem-se no sentido de concordar com a desnecessidade de representação, mas desde que o mandado de segurança coletivo tenham por objetivo assunto integrante de seus fins sociais, que estivesse relacionado em seus estatutos:

"A exemplo dos sindicatos e das associações, também os partidos políticos só podem impetrar Mandado de Segurança coletivo em assuntos

integrantes de seus fins sociais em nome de filiados seus, quando devidamente autorizados pela lei ou por seus estatutos. Não podem eles defender direitos subjetivos de cidadãos a ele não filiados ou interesses difusos, e sim, direito de natureza política, como, por exemplo, os previstos nos arts. 14 a 16 da Constituição Federal" (EDMandado de Segurança 197, DJU DE 15.10.1999, Rel. Min. Garcia Vieira).

Outro acórdão (STJ, Mandado de Segurança 197/DF, rel. Min. Garcia Vieira, 1ª Seção, 20.8.1990) deu ilegitimidade a partido político para vir a juízo defender cinquenta milhões de aposentados, que não são, em sua totalidade, filiados ao partido, e que, quando a Constituição Federal autoriza um partido político a impetrar Mandado de Segurança coletivo, só pode ser no sentido de defender os seus filiados e em questões políticas, ainda assim quando devidamente autorizados por lei ou pelo estatuto."

Parece que seria mais racional considerar que, enquanto defende seus membros dentro de sua esfera de atuação, as associações/partidos/entidades funcionam como substitutos processuais, não possuindo necessidade de autorização expressa de seus membros para impetrar o mandado de segurança coletivo. Entretanto, quando resolverem atuar fora do estabelecido em seus estatutos, mesmo que na defesa de seus membros e filiados, as associações/partidos já não funcionariam como substitutos processuais e sim como representantes - teremos aí a figura de representantes processuais, de acordo com a figura do inc. XXI - defendendo, em nome dos representado, interesses individuais de seus integrantes, e, necessitando, desta forma, de autorização expressa de seus membros, havendo nesse caso substituição ordinária.

Ada Grinover, todavia, não obstante distinguir casos de substituição ordinária e substituição extraordinária, é categórica no afirmar que não tem cabimento, tratando-se de Mandado de Segurança coletivo, exigir a autorização expressa a que alude o inciso XXI do art. 5º da Constituição Federal.

5. CABE MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PARA PROTEGER DIRETO DE APENAS PARTE DOS ASSOCIADOS DE UMA ENTIDADE?

É muito polêmica essa questão. Por um lado, a jurisprudência predominante tem entendido que não é cabível a impetração quando há interesse de apenas parte dos associados de uma entidade.

Outros entendem que o escopo do mandado de segurança coletivo pode ser ampliado, no sentido de admiti-lo quando o interesse for de "coletividade menor, mas coletividade inserida na maior". - RT 657180

6. A QUESTÃO DA LEI 8.437/92

A Lei 8.437 de 30.6.92 modifica, mesmo que minimamente, o processo de mandado de segurança coletivo, diferenciando-o do individual, pois em seu art. 2º, dispõe que a liminar só será concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.

Hely Lopes Meirelles afirma ser tal artigo inconstitucional, uma vez que não há diferença entre o mandado de segurança coletivo e o Mandado de Segurança Individual, a não ser pela legitimidade ativa, o que é colocado por dispositivo constitucional. Assim, não seria admissível que a lei ordinária fizesse distinções não previstas pela Constituição Federal, principalmente no que se refere aos instrumentos processuais básicos que asseguram os direitos individuais e coletivos.

Pertinente é observação sobre o assunto de Cássio Scarpinella Bueno, quando afirma que:

"Mas desde que em determinado caso concreto, a prévia oitiva do representante judicial de pessoa jurídica de direito público (ou quem lhe faça as vezes, acrescentamos, à luz do inc. LXIX do art. 5º da CF) no prazo de setenta e duas horas seja providência que acarrete a ineficácia do ato, não poderá o juiz sujeitar a concessão de medida ao regime deste art. 2º à liminar requerida no bojo do mandado de segurança coletivo ou ...à ação civil pública. Evidentemente que, para chegar a tal conclusão, já deverá o magistrado ter realizado juízo de delibação favorável à tese do impetrante, concluindo pela militância em seu favor da conservação da 'ordem pública'" (Liminar e Mandado de Segurança: um tema com variações, RT, São Paulo, 1997).

Entende-se, majoritariamente, que em casos excepcionalíssimos, nos quais a demora da tutela antecipada colocaria em risco valores exponenciais, o juiz afastará a incidência dessa regra, para prover a liminar com fundamentação diretamente estipulada na Constituição.

7. QUESTÕES ACERCA DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

a. O Mandado de Segurança coletivo vincula-se de alguma forma ao Mandado de Segurança individual?

O Mandado de Segurança coletivo é um simples tipo do Mandado de Segurança comum, apenas modificando-se pela sua titularidade ativa. Ambos possuem caracteres e requisitos básicos iguais.

b. São necessárias as mesmas condições do mandado tradicional para o Mandado de Segurança coletivo?

O impetrante do Mandado de Segurança tradicional tem que ter:

- direito líquido e certo
- direito próprio e individual

O Mandado de Segurança coletivo protege interesses coletivos, líquidos e certos

- lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, excluído de habeas data ou habeas corpus;
- ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública ou agente prestadora de serviço público.

Ou seja, o que difere é o caráter coletivo do direito líquido e certo, em lugar do caráter individual. Processo e procedimento são idênticos, apenas diferenciando-se pela legitimidade ativa.

c. Pode o Mandado de Segurança coletivo ter por objeto os interesses difusos?

De um modo geral, podemos definir os direitos em:

- a) individuais, específicos à própria pessoa, ao impetrante.
- b) superindividuais ou metaindividuais, acima do indivíduo, ainda que difusos, quando não sendo de nenhum indivíduo particularmente nem de

membro ou associado de entidades, podem ser do interesse de todos ou de certa categoria ou de determinada área ou setor.

c) comuns, quando houver comunhão de direitos, que equivaleria no plano processual, à figura do litisconsórcio.

d) coletivos, quando houver pluralidade de direitos individuais que podem ser defendidos ou protegidos através de um Mandado de Segurança coletivo impetrado pelo sindicato, associação de classe, clube, em favor de seus membros.

Assim, os direitos coletivos não se confundem com os direitos difusos, uma vez que os primeiros:

- não são direitos próprios do sindicato ou da associação, mas de seus membros e afiliados;
- não há necessidade de que sejam de todos os associados e membros, bastando que sejam de alguns deles;
- devem ser necessariamente de associados, sócios, filiados ou membros e
- devem ser conexos entre si.

São difusos os interesses metaindividuais, de índole indivisível, que sejam titulares pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias variáveis, momentâneas. Sua titularidade pertence a sujeitos indeterminados, entre os quais inexistente relação base bem definida. Seu objeto não é passível de repartição. Ex.: meio-ambiente, segurança no acesso às fontes de informação, proteção de bens históricos, honestidade na propaganda comercial, etc. O art. 5º, LXX, da Constituição Federal, literalmente fala em "interesses de seus membros ou associados" e desta forma, poder-se-ia concluir que uma associação poderia impetrar o mandado de segurança coletivo para a defesa do meio-ambiente, da fauna, da flora, do equilíbrio ecológico, da paisagem, do patrimônio histórico, artístico, estético, ou contra a poluição?

Para responder, teríamos antes que nos ater a duas questões:

a) Para a defesa dos interesses difusos, temos especificamente a Ação Civil Pública ou a Ação Popular.

b) O Mandado de Segurança depende de direito líquido e certo, sem o quê não pode ser admitido.

Ora, os interesses difusos não se configuram como direitos líquidos e certos. Conforme define Hely Lopes Meirelles, "Direito líquido e certo no mandado de segurança há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa, se sua extensão ainda não estiver delineada, se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais... sua existência há de ser certa e sua extensão, delimitada. É o direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo. Fatos e situações devem ser precisos. Justamente por exigir situações e fatos comprovados de plano é que não há instrução probatória no mandamus. Há, apenas, dilação para informações. Se depender "de com provação posterior, não é líquido nem certo para fins de segurança". (Op. cit., pg 35).

Justamente esse requisito de certeza e liquidez, tem sua verificação judicial condicionada por prova documental, o que descarta a hipótese dos direitos difusos serem resguardados pelo mandado coletivo. A índole sumária do writ coletivo exige observância de prova documental, para que ele seja reconhecido por parte do julgador como algo existente, independentemente de qualquer investigação probatória que não seja a produzida, liminarmente, por via de documentos. Assim, grande parte da doutrina pensa que os interesses difusos, por serem espalhados, muito amplos, fluídos, amortos, não podem ser comprovados documentalmente na petição inicial.

Desta forma, a situação litigiosa do mandado de segurança coletivo exige, para ser apurada, a certeza e a liquidez do direito, requisitos tais que seriam de difícil comprovação no caso dos interesses difusos.

Entretanto, José da Silva Pacheco é da opinião de que a Constituição Federal, ao ter enunciado expressamente que "todos têm direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado", conforme art. 225, deixa subentendido que, não só qualquer pessoa residente no país teria esse direito como líquido e certo, mas todos ou cada grupo intermediário da sociedade. "Se o poder público não conservá-lo ou tomar medidas que o destruam ou afetem, inequívoca a pertinência do Mandado de Segurança, que pode ser individual ou coletivo. Diga-se o mesmo com relação ao direito à educação, previsto no art. 205 da Constituição Federal" (O Mandado de Segurança e outras ações constitucionais típicas", Editora RT, 3ª edição, pg. 313).

- Considerações sobre o writ coletivo e interesses individuais homogêneos

Interesses individuais homogêneos são aqueles em que seus titulares são pessoas determináveis, detectadas por questões que têm a mesma origem, e são divisíveis. Quando os aposentados da Previdência social pleitearam o reajuste dos 147%, o interesse aí em pauta foi o individual homogêneo, porquanto decorrente de origem comum. De modo diverso, a ação da OAB impugnando ato de nomeação de juiz em vaga de advogado (quinto constitucional), é um típico exemplo de interesse coletivo, cuja titularidade pertence ao grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si, por uma relação jurídica base. É muito sutil a diferença entre os interesses individuais homogêneos e os interesses coletivos. Já se disse que os interesses individuais homogêneos são interesses acidentalmente coletivos, ao contrário dos interesses metaindividuais, que seriam essencialmente coletivos (José Carlos Barbosa Moreira)

8. LIMINAR E MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Em que pese toda a discussão jurídica sobre o alcance da coisa julgada, é certo que não pode existir dúvidas quanto à possibilidade de concessão de liminares em seu bojo.

Entretanto, o aspecto subjetivo da impetração coletiva possui maior amplitude. Conforme ressalta Calmon de Passos, ... "em virtude desta maior abrangência da liminar, sua capacidade de paralizar a atuação da pessoa jurídica de direito público é muito maior e por muitas vezes indesejada. Por esta razão, os magistrados deverão ter mais rigor na concessão de liminares em mandado de segurança coletivo, de forma que seu deferimento somente ocorra em casos de manifesta ilegalidade ou inconstitucionalidade do ato" ("in" Liminares no processo civil. São Paulo: RT, 1993, p. 164).

De acordo com José Lázaro Alfrêdo Guimarães, juiz do TRF da 5ª Região, nesse sentido, afirma que:

"Mais que mera formulação e realização do direito concreto, a justiça se exerce mediante atos fundamentados na melhor e mais justa solução do caso. Quando essa atuação atinge dimensão multitudinária, com maior intensidade se revela a sua conotação política. Isso não significa

comprometimento do magistrado com os interesses em litígio. Mantém-se a posição suprapartes do órgão judicante, o dever de tratamento igual dos litigantes, a sujeição ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa. O que acontece é que a decisão se projeta sobre um número elevado e muitas vezes individualmente determinados, mas entre grupos, cujos componentes podem ou não estar identificados" (As ações coletivas e as liminares contra atos do Poder Público, 2. ed., Brasília: Brasília Jurídica, sem data, p. 24).

No mandado de segurança coletivo, há um conflito entre o interesse público e a realização "in concreto" do interesse coletivo, de forma que até mesmo a motivação da decisão concessiva, ou mesmo denegatória da liminar, no *mandamus* coletivo, ocupa, por todas estas circunstâncias, uma posição fundamental.

Como exemplo, podemos citar o caso recente de concessão de liminar em mandado de segurança coletivo impetrado pelo Sindicato dos Bares e Restaurantes do Estado de São Paulo contra decreto do prefeito municipal da Cidade de São Paulo, que vedava o fumo em restaurantes. Desde que aquele ato normativo dirigia-se para aqueles estabelecimentos, se admitíssemos que os efeitos da coisa julgada pudessem extrapolar os componentes do ente legitimado para a impetração, uma liminar que suspendesse a aplicação do ato seria equivalente a excluí-lo do ordenamento jurídico, de forma idêntica a uma liminar concedida em ação direta de inconstitucionalidade. Os efeitos de tal liminar seriam, indiscutivelmente, "erga omnes".

COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS - QUADRO SINÓPTICO

Segundo a natureza do interesse:

<i>Difusos</i>	Sentença de Procedência	Sentença de	Sempre tem eficácia "erga omnes"
	Sentença de Improcedência	Por falta de provas Por outro motivo	Sem eficácia erga-omnes Com eficácia Erga-omnes
<i>Coletivos</i>	Sentença de Procedência		Tem eficácia ultra partes limitadamente ao grupo, categoria ou classe
	Sentença de Improcedência	Por falta de provas Por outro motivo	Sem eficácia ultra-partes Com eficácia Ultra-partes
<i>Individuais Homogêneos</i>	Sentença de Procedência		Com eficácia erga omnes para beneficiar vítimas e sucessores
	Sentença de Improcedência		Não tem eficácia erga-omnes

Segundo o resultado do processo:

Sentença de Procedência		- Beneficia a todos os lesados, observado o art. 104 do CDC, tratando-se de interesses coletivos, seus efeitos limitam-se ao grupo, categoria ou classe de pessoas atingidas.
Sentença de Improcedência	Por falta de provas Por outro motivo	- Não prejudica lesados - Prejudica os lesados, exceto em matéria de interesses individuais homogêneos, observado o art. 94 do CDC.

QUESTÕES CONTROVERTIDAS A CERCA DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO:

- Trata-se de instituto autônomo ou vinculado ao Mandado de Segurança Tradicional, de que cogita o mesmo artigo?
- São necessárias as mesmas condições da ação prevista no art. 5º LXIX da Constituição de 88?
- Pode ter por objeto os interesses difusos?
- Pode o indivíduo ajuizar a sua demanda em separado, fazendo parte da associação que impetrou o Mandado de Segurança coletivo sobre o mesmo objeto? Como fica a coisa julgada nesse caso?
- É necessária autorização expressa dos membros/filiados/associados dos legitimados ativos para impetração de mandado de segurança coletivo?
- Os partidos políticos podem defender através do mandado coletivo todo e qualquer direito de todo e qualquer cidadão ou apenas os direitos de seus eleitores e filiados?
- O direito alegado deve ter vínculo com o objeto da entidade impetrante ou com a atividade de seus associados?
- Pode o mandado de segurança coletivo ser impetrado tendo em vista o interesse de apenas parte dos associados/filiados ou deve ele abranger necessariamente toda a categoria?
- Como é tratada a questão da coisa julgada dentro do mandado de segurança coletivo? Haveria litispendência entre o "mandamus" individual e o coletivo?

QUESTÕES CONTROVERTIDAS ACERCA DO MANDADO...

BIBLIOGRAFIA

- BASTOS, Celso Ribeiro - Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2.
- BULOS, Uadi Lammêgo - Constituição Federal Anotada, São Paulo, Saraiva, 2000.
- FILOMENO, José Geraldo Brito - Manual de Direitos do Consumidor, 4ª ed. - São Paulo: Atlas, 2000
- GRINOVER, Ada Pellegrini e outros - Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, 6ª ed. - São Paulo, Forense, 1999.
- PACHECO, José da Silva - O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas, 3ª ed.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- MAZZILLI, Hugo Nigro - A Defesa dos Interesse Difusos em Juízo, 11ª ed. - São Paulo : Saraiva, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes - Mandado de Segurança, 19ª ed.- São Paulo: Editora Malheiros, 1998.
- SILVA, Ovídio Baptista - Curso de Processo Civil, Porto Alegre: Sergio Antio Fabris Editor, 1990.
- SCARPINELLA, Cássio - Liminar e mandado de segurança: um tema com variações - São Paulo: RT, 1999.

SEMINÁRIO SOBRE A AÇÃO POPULAR

Fábio Rodrigues FAZUOLI*

INTRODUÇÃO

A ação popular aparece claramente delineada no sistema jurídico brasileiro, derivando seu *nomen iuris* do direito romano, o qual conhecia diversas *actiones populares*.

Ela é adotada em vários países: na Itália é a *azione popolare*, na Alemanha a *popularklage*, na França o recurso por excesso de poder, na Inglaterra a popular action. Também existem manifestações similares na Bélgica, Argentina, Portugal, Espanha.

Apesar das diferentes regulações normativas que recebe nesses vários ordenamentos há pelo menos um item em comum, qual seja, a defesa dos interesses do povo, da comunidade, advindo exatamente daí o seu nome. A idéia básica é que o legitimado ativo, representando o povo, pleiteia tutela jurisdicional de interesses que não lhe pertencem *ut singoli*, mas sim à própria coletividade, de modo que somente enquanto participante desse grupo social é que o interesse defendido lhe cabe.

No mundo ocidental moderno, o Poder Público não pode ser visto, mesmo na sua esfera de discricionariedade, a salvo de qualquer controle preventivo ou repressivo. Aliás, somente assim se poderiam considerar como não violados alguns princípios constitucionais de importante vulto como o amplo acesso à justiça. Disso se extrai a função cívica, o corretivo moralizador da ação popular e daí porque, geralmente, está legitimado ativamente para essa ação, o cidadão. A tônica do instituto é que o cidadão tem o direito de ver-se governado segundo os princípios de legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade. Sendo tal direito ferido, pode invocar a proteção do Judiciário para restaurar a dignidade administrativa violada. É

(*) Mestrando do Curso de Direito Processual Civil da PUC-Campinas.

instituto de natureza essencialmente democrática, pelo qual o povo participa, direta ou indiretamente, da gestão da coisa pública.

Há grupos que reclamam da inutilidade da ação popular, mas há quem a exalte como um fenômeno notável (Ihering), ou ressalte sua função educativa (Bielsa). Seabra afirma que “num país como este, onde a educação política atravessa um estágio primário, agravado hoje, pelos hábitos de um regime de governo pessoal, a ação popular admitida à larga, poderia exercer relevante papel no aperfeiçoamento da mentalidade política, chamando os cidadãos a cooperar, ativamente, na prática de um regime de legalidade efetiva e criando para os agentes executivos o hábito da submissão à ordem legal. (...) E se, por indiferença, explicável ao começo pelo desuso, não fôra utilizada com freqüência, bastaria que o fosse em um caso de repercussão nacional para se tornar prestigiosa na opinião pública e eficiente nos seus efeitos morais”¹. Esse pensamento do mestre pode ser comprovado pelos números fornecidos pelo Professor José Luiz Gavião de Almeida² de que até 1988 havia uma média de 10 ações populares, a maioria em época eleitoral, já em 1990 foram 28 ações, em 1991 foi-se para 29 ações, em 1992 existiam 35 ações e em 1993 se contava com mais de 40 demandas dessa natureza.

Alguns exemplos, citados por Luís Roberto Barroso, de casos de ações populares podem ser mencionados: o pleito de anulação de ato que aprovara o projeto do aeroporto de Brasília sob o fundamento de que ele não se harmonizava com a concepção estética que inspirara a concepção capital; ou a dos atos Administrativos relacionados com o aterro parcial da Lagoa Rodrigo de Freitas, no Rio de Janeiro, alegando-se que isso desfiguraria local de beleza paisagística; ou da demolição de edifício de valor histórico em São Paulo para a construção de uma estação de metrô; ou para anular compras desnecessárias feitas por um governador que estava a deixar o poder para adversário político.

ANÁLISE HISTÓRICA

Perfazer-se-á, agora, uma breve análise histórica do instituto em questão, pois se acredita que com isso podem-se descobrir importantes aspectos sobre a atual regulação legal e constitucional, bem como obter dados auxiliares para a correta interpretação quanto aos aspectos que hoje se

apresentam mais polêmicos nesse remédio constitucional que é a ação popular.

O nascimento da ação popular, ao que indica a totalidade das fontes históricas consultadas foi o direito romano. Em Roma se conheciam não uma, mas pelo menos 12 ações populares, tendo todas elas em comum, pelo menos, dois aspectos: a defesa do interesse coletivo e a legitimidade *ad causam* para qualquer pessoa do povo (*cuivis et populo*). Pinto Ferreira³, citando outros autores, classifica as ações populares em puras ou por afinidade, mencionando a ação de *sepulcro violato, de effusis et delectis, de positione et suspensis, de albo corrupto, de aedelitio edicto et redhibione et quanti minoris, de termino moto, de tabulis, a assertio in libertatem, o interdictum de homine libero exhibendos*⁴, *de collusionione detegenda, a accusatio suspectitretoris* e para legados *ad pias causas*. Outras ainda poderiam ser citadas na modalidade de interditos proibitórios e restituitórios.

A natureza jurídica das acciones populares em Roma é discutida, devendo para alguns ser consideradas como de natureza procuratórias, agindo-se em defesa de um interesse público, para outros se atuava ao mesmo tempo em busca de tutela de um interesse público e particular. O que se extrai é justamente que a ação popular possuía uma enorme amplitude e podia ser exercida sempre que estivesse em tela o interesse coletivo, mesmo que apenas para concretizar interesses individualizados que se identificassem com a coisa pública.

No direito medieval, a ação popular desaparece. Trata-se de um curioso evento, na medida em que vários institutos romanos foram preservados ou retomados na Idade Média, inclusive sendo considerados como norma jurídica válida e vigente⁵. A explicação de Geraldo Ataliba⁶ é, sem sombra de dúvidas, extraordinária e permite melhor compreender a verdadeira força, natureza e função do instituto em voga. Para o referido autor esse sumiço se deveu basicamente ao contexto que a civilização ocidental viveu, onde um espírito profundamente individualista, privatista e baseado em um conjunto de instituições medievais, nas quais a presença do povo não tinha qualquer cabimento, prevalecia. Não havia, sobretudo, responsabilidade dos governantes. Como afirma Ruy Cerne Lima, pode-se ante um bem sempre adotar duas diversas posturas. Pode-se agir como dono ou como um administrador. No primeiro, não se deve nada a ninguém e não há porque prestar contas dos seus atos. No segundo, sempre há alguém que pode exercer

o controle dos atos do administrador, esse exerce posição de terceiro, daquele que cuida de uma coisa, desenvolve-a, preserva-a, mas não é dono.

Ora, no direito medieval e mesmo com o advento do Estado Moderno Absolutista, com o poder provindo de Deus ou das elites ou de qualquer outra origem que não fosse o próprio povo, não havia como se cogitar de um instituto como a ação popular, vez que não cabia ingerência política ou judiciária do povo sobre a ação dos governantes.

Somente com o movimento constitucionalista e com a força das revoluções americana e francesa é que um novo modelo de pensamento toma conta da situação. E para confirmar tais afirmações tem-se que o primeiro país a restaurar a ação popular foi a Bélgica, uma Monarquia Constitucional, um estado que, embora monárquico reconhece que a fonte de poder, de alguma maneira, reside no povo.

Nas Ordenações Manuelinas, podem-se extrair dois casos em que qualquer do povo pode provocar a jurisdição para o fim de corrigir abusos e ilegalidades praticadas por certas autoridades públicas, sem atingir, no entanto os atos de El Rei ou seus ministros e conselheiros.

Teixeira de Freitas, no Brasil, admitia a ação popular para a defesa de logradouros públicos, das coisas de domínio e uso comum do povo. Correia Telles⁷ manifesta expressa concordância com essa tese.

Mas foi sem sombra de dúvidas a Constituição do Império de 1824 que, pela primeira vez, consagrou o *nomen iuris* ação popular⁸. É a retomada da *actio de corrupto albo* romana para o resguardo da pureza da jurisdição.

Além daí, a ação popular foi prevista no decreto nº 2691 de 19/11/1860 regulando o caso de falência dos bancos e sociedades anônimas, permitindo, a qualquer pessoa do povo, o requerimento contra a emissão ou circulação dos títulos ilegais por parte do Banco falido.

A Constituição Republicana de 1891 e o Código Civil de 1916 aboliram a possibilidade de ação popular. Prevaleceu a necessidade de interesse moral ou econômico pessoal para a propositura de qualquer ação.

Durante esse período, entretanto, a Lei baiana nº 1384 de 24/05/1920 admitiu uma ação popular supletiva em âmbito municipal.

A Constituição Republicana de 1934⁹ resgata a ação popular, mas tem vida efêmera e não há relatos, no período, de que ela tenha sido efetivamente utilizada. Em 1937, com a constituição polaca, a ação popular

foi novamente afastada por não se compatibilizar com um estilo tão personalizado¹⁰ do poder e com um modo de tratar a coisa pública como se fosse apenas mais um bem à disponibilidade da vontade dos donos do poder.

Em 1946¹¹, a ação popular ressurgiu. Sob a égide desse ordenamento constitucional foi feita a lei nº 4717 de 20/06/65. E a lei, logo no seu início, ao dispor dos legitimados passivos para a ação popular assume caráter nitidamente ampliativo por trazer à tona entidades públicas que não eram cogitadas especificamente no texto constitucional. A lei se divide em cinco partes. Na primeira parte regula-se o conjunto das condições e requisitos para o exercício da ação popular e amplia o número de entidades sindicáveis por atos lesivos ao patrimônio público. A segunda parte exaure a matéria concernente ao procedimento judicial. A terceira menciona em face de quem se pode propor a ação, aqueles que podem habilitar-se como litisconsorte ou assistentes, bem como a intervenção do Ministério Público. A quarta parte regulamenta o processo e procedimento de conhecimento e também executório. A quinta parte trata das entidades autárquicas para os fins da lei e da prescrição.

A Constituição de 1967¹², a qual é repetida nesse ponto pela Emenda Constitucional de 1969¹³, não traz maiores novidades e inclusive foi alvo de discussão se teria restringido o campo da ação popular ao tratar genericamente de “entidades públicas” sem mencionar especificamente as empresas públicas e as sociedades de economia mista já que, segundo alguns autores como Arnaldo Wald, elas estariam no regime da atividade privada e não no campo da Administração Pública, como se isso afastasse o fato de estarem vinculadas ao patrimônio público. Esse argumento foi usado apesar da Lei da Ação Popular (LAP) mencionar essas empresas especificamente no rol das legitimadas passivas. Para não deixar espaço aberto para argumento tão restritivo, a Constituição da República de 1988 no seu artigo 5º, inciso LXXIII, menciona expressamente a sujeição à ação popular de “entidade de que o Estado participe”.

A AÇÃO POPULAR NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Finalmente chega-se à Constituição Republicana de 1988. Antes de se poder analisar as inovações trazidas por esse texto constitucional e as discussões que vêm com essas novidades, têm-se de, necessariamente, efetuar

algumas considerações que influenciam amplamente a própria técnica hermenêutica constitucional.

Em primeiro lugar, destaque-se o apelido ganho pela Constituição de 1988 e que reflete o estado de espírito de seus constituintes, tal seja, a Constituição Cidadã. Após longo período ditatorial militar, o poder civil conseguia se reorganizar e levar a cabo obra gigantesca para a reconstrução de um efetivo Estado Democrático de Direito, que não é somente o Estado que tem leis, haja vista que mesmo em regimes totalitários a lei é instrumento usado, aliás, é um dos mais importantes meios de controle “legitimado” que esses regimes podem ter. O Estado Democrático de Direito é um Estado que possui leis e, ao mesmo tempo, possui um órgão independente para verificação e controle da correta aplicação dessas leis, órgão ao qual o próprio Estado se submete de boa fé. Ora, se o que se percebe pela mera intelecção das definições estipulativas do conceito de ação popular é que seu conteúdo vai sendo ampliado ao longo da história, não seria lógico que uma constituição que se pretenda libertária possa, de alguma maneira, restringir o objeto do instituto. A exegese ampliativa é possível, a restritiva não.

Em segundo lugar, ressalte-se que a Constituição da República de 1988 estabelece em seu artigo 60, § 4º, inciso IV, norma de sobre-valência material. Não se aceitará, determina o referido preceito, sequer emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, entre elas a ação popular. Ora, restringir demais é uma forma de abolir, ainda que parcialmente, de modo que, se nem emenda limitativa pode ser aceita, quanto mais mera interpretação doutrinária. Vê-se, portanto, que a eventual interpretação restritiva de uma garantia político-individual é inaceitável frente ao ordenamento constitucional e deve ser totalmente repelida.

Ante as várias inovações introduzidas pela CR-88, fica o intérprete em dúvida se a LAP, promulgada e estabelecida sob a ordem jurídica da CR-46, continuaria sendo sustentada pela CR-88. Ou seja, teria sido ela recepcionada? Teria ela mantido como fundamento de sua validade a atual constituição, levando-se em conta a enorme defasagem dos preceitos da lei reguladora da ação popular e o alcance do atual sistema constitucional? Aparentemente sim. Apesar de defasada, ela continua materialmente compatível¹⁴ com a nova ordem estabelecida. Por óbvio, sendo o objeto da ação ampliada a lei deverá ser lida em conformidade com esse novo preceito ampliativo.

Entendidos esses aspectos, resta a análise específica das cláusulas componentes da garantia ação popular. É o que se procurará efetuar a partir de agora.

Art. 5º, LXXIII, CR-88. “Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus de sucumbência”.

A doutrina tradicional enxerga e exige três requisitos para a ação popular: ser o autor cidadão brasileiro, a ilegalidade ou ilegitimidade do ato a anular e a lesividade do ato ao patrimônio público.

CIDADANIA

A ação popular é tradicionalmente vista como um instrumento de participação política do povo através do controle jurisdicional dos atos de seus representantes, para a fiscalização e exigência do cumprimento do exercício do poder nos moldes em que, constitucional e legalmente, ele está posto. Em outras palavras, pela ação popular, o cidadão participa efetivamente do poder, na formação da vontade do Estado.

Com efeito, a palavra cidadão é usada constitucionalmente de forma técnica e deverá ser compreendida dentro das balizas dadas pelos artigos 14 e 15 da CR-88. Cidadão é o nacional no gozo de seus direitos políticos. Embora existam vários autores que propugnam, *de lege ferenda*, a alargamento da legitimidade ativa na ação popular, somente uma voz parece ter se erigido contrariamente a esse posicionamento. Geraldo Ataliba afirma que é necessário ser nacional do Estado, mas não que ele esteja no pleno exercício de seus direitos políticos. Afirma isso com base no fato de que se o *habeas corpus*, que também é uma ação popular especial, pode ser impetrada inclusive pelo estrangeiro, a limitação da ação popular ao cidadão com poderes políticos diminuiria aqueles que porventura se encontram desprovidos de seus referidos direitos.

Os direitos políticos são adquiridos através do alistamento eleitoral e a prova da cidadania¹⁵ é feita com a apresentação do título eleitoral.

Uma outra questão controvertida advém da possibilidade de um menor de 18 anos poder ter se alistado eleitoralmente e, portanto, ser cidadão ativo. Será que ele poderia mover ação popular independentemente da autorização dos pais? Será que ele poderá ser considerado como tendo *legitimatío ad causam* para a discutida ação? Qual seria a responsabilidade dele e dos pais caso ele fosse condenado ao décuplo das custas por litigar de má-fé? São respostas que ainda não podem ser decisivamente respondidas, mas pelos princípios informativos da presente ação e pela única restrição ser a cidadania, a qual se prova pelo alistamento, o menor de 18 anos poderá promover demanda popular, independentemente da autorização e auxílio de seus pais e, assim sendo, estando o menor fora da área de fiscalização e controle dos pais, por disposição constitucional, a regra geral de responsabilidade subsidiária dos pais pelos filhos deve quedar afastada.

ILEGALIDADE OU ILEGITIMIDADE DO ATO A ANULAR E A LESIVIDADE

“A lesividade é pressuposto que se basta em si mesmo, ou o autor popular da ação deve demonstrar, além daquela, contemporaneamente, que os atos são nulos ou anuláveis (ilegalidade)?”, pergunta Péricles Prade.

Não há no texto constitucional qualquer alusão direta à ilegalidade ou ilegitimidade, as quais são utilizados como sinônimos pela maioria dos autores, como requisito para o cabimento da presente ação. Não obstante, doutrina e jurisprudência majoritária estabelecem tais pontos como requisitos obrigatórios.

O problema todo reside em saber como interpretar o termo “anular” utilizado na constituição. Se se considera o “anular” de modo técnico estrito, isto é, que somente se pode anular atos eivados de vício e que estes decorrem de ilegalidade, então essa é, ao lado da lesividade, requisito essencial para o exercício da ação popular.

A palavra “anular” realmente não se encontra bem posta na norma constitucional. Isso se deve ao fato de que o direito possui vocábulos específicos para disciplinar sua realidade. O termo anulação é ruim por basicamente dois motivos. Em primeiro lugar, porque o conceito de anulação tem forte matriz conceitual no Código Civil. Em segundo lugar, essa posição civilista tem o grande inconveniente de permitir a interpretação de norma constitucional sob os parâmetros da legislação infraconstitucional, o que,

diga-se de passagem, é o que ocorre em sede pretoriana. Os Tribunais não se aperceberam claramente que a constituição tem um método diferenciado de exegese, cingindo-se essa ao âmbito interno do texto maior, uma interpretação de caráter nitidamente endógeno. Ao usar os critérios da técnica jurídica civil, talvez estejam se afastando da verdadeira disposição normativa, haja vista que dado a típica heterogeneidade da Assembléia Constituinte a Constituição está permeada de uma série de termos não técnicos.

Fábio Konder Comparato é amplamente favorável a que se utilizasse a expressão “desconstituir” ao invés de “anular”. Geraldo Ataliba, ainda em 1986, afirmava que “anular” no texto maior não soa tecnicamente. A Carta Magna deve ser interpretada com a visão de grandeza própria do documento político que é. E para o autor, ela só pode ser interpretada com o significado mais amplo, mais lato, mais abrangente. Para ele significa revogar, fazer desaparecer, retirar a eficácia, tirar os efeitos, destruir, negar aquele ato errado praticado, aquele abuso cometido, aquela ilegalidade, inconstitucionalidade que se traduziu no ato de autoridade pública, que esse ato desapareça da forma mais cabal, perfeita e irreduzível. E se já afirmava isso durante a vigência da CR-67, quanto mais hoje que se tem uma constituição muito mais libertária, garantidora dos direitos e democrática (a qual conta com inúmeros instrumentos de participação popular¹⁶, sendo a ação popular apenas um deles)?

Essa dúvida sobre o verdadeiro sentido e alcance de “anular” é, como já se afirmou, uma das principais causas engendradoras da discórdia doutrinária.

Podem-se encontrar de modo geral, segundo Prade¹⁷, três tipos de entendimento no tocante à relação existente entre a legalidade e a lesividade na ação popular.

Um primeiro grupo entende dever haver concomitância entre lesividade e a ilegalidade. O ponto aqui é justamente o de que não pode haver invalidade sem ilegalidade. Sem essa simplesmente não haveria o que anular, ainda mais que o direito pátrio não reconhece a lesão como causa de nulidade ou anulabilidade. Seabra Fagundes¹⁸ segue essa corrente alegando que é a única interpretação passível de se coadunar com a constituição de 1946, embora afirme que a LAP em algumas passagens dispense essa co-atração. Frederico Marques adota postura idêntica. José Afonso da Silva entende que os dois requisitos são necessários, não por determinação constitucional, dado

que a então constituição de 1967 não mais exigia a ilegitimidade, mas sim pela disposto na LAP que ainda impõe tal confluência. Hely Lopes Meirelles é claramente favorável aos três requisitos: cidadania, ilegalidade e lesividade. Pinto Ferreira e Alfredo Buzaid também compartilham dessa posição.

Um segundo grupo crê na suficiência da lesividade: José Afonso da Silva, embora adstrito ao entendimento anterior, afirma que a lesividade é requisito constitucional sem o qual não é possível cogitar-se de ação popular. É ela quem predomina no binômio ilegalidade/lesividade. Brandão Cavalcanti e Alcino Pinto Falcão encontram-se nesse grupo. Amaral Vieira afirma que simplesmente não consegue ver o que os outros doutrinadores alegam para declarar existir um duplo requisito no texto constitucional.

O terceiro grupo acredita que a lesividade contém a ilegalidade. Celso Ribeiro Bastos¹⁹ e Michel Temer expressam tal pensamento com clareza impar. Chegam mesmo a indagar se alguém conseguiria dar um exemplo em que a lesividade não contivesse a ilegalidade. Sempre que um ato lesasse o patrimônio público acabaria sendo também ilegal. E, se um ato trouxesse prejuízo sem, contudo, ser ilegal, não seria lesivo posto que a lesividade nada mais é do que a perda de patrimônio sem motivo legal. Poderia, ainda, haver atos ilegais extremamente lucrativos para o Estado, bastando pensar no caso de algum tributo ilegal, ou existir ato ilegal neutro do ponto de vista patrimonial.

Hoje, uma nova postura assevera que a ilegalidade em sentido amplo deve ser entendida como contrário ao direito, isto é, que o ato infrinja as normas específicas que regem sua prática ou se desvie dos princípios básicos que norteiam a Administração Pública, sendo que esses princípios não mais se encontram na estratosfera dos princípios gerais de direito, mas estão positivados em norma constitucional inserta no artigo 37, CR-88. Eles são quatro regras de observância permanente para o bom administrador, a saber, a publicidade, a impessoalidade, a legalidade e a moralidade. Violando quaisquer desses princípios, estar-se-ia no campo do inconstitucional e, portanto, do ilegal. Assim, o ato imoral seria necessariamente ilegal e, por via de consequência, atacável por via da ação popular.

Ao se afirmar isso, a dúvida é se essa ampliação do conceito de legalidade para abarcar também a moralidade vai para além do limite do razoável ou se é admissível. Outra postura que levaria ao mesmo resultado é

manter-se a atual configuração da legalidade, mas abandoná-la por não ser um requisito constitucional.

A par de toda essa discussão doutrinária, a jurisprudência entende de forma absoluta haver a necessidade de conjugação do binômio retro-referido. Não se encontrou um único acórdão, na limitada pesquisa efetuada, que exigisse tão somente a lesividade.

Compreendidas as principais discussões no tocante à exigência da ilegitimidade e vistos que a lesividade é o elemento primordial e indispensável, deflagrador mesmo da demanda popular, cabe fazer, sobre essa, algumas considerações gerais, após o que, de modo específico, os objetos se analisarão sobre os quais a lesão pode incidir.

Deste modo, ato lesivo pode ser entendido como qualquer manifestação, geral ou especial, de efeitos concretos, do Poder Público ou ente a ele equiparado, que cause dano a bens ou interesses públicos. Pode ser portaria, resolução ou outra manifestação de vontade da Administração Pública. Não obstante, ressalte-se, se fale basicamente de ato lesivo, ficam incluídas no âmbito da ação popular as omissões ao Poder Público²⁰. Essa lesão pode causar tanto dano direto quanto indireto, dado que não tendo o texto constitucional limitado a uma dessas modalidades, como fez expressamente o Código Civil ao tratar da responsabilidade contratual, ambas estão incluídas na responsabilidade apurada em sede de ação popular. Nem seria de se imaginar o contrário, vez que o que está em jogo são interesses públicos dotados de supremacia quando em confronto com os interesses particulares.

PATRIMÔNIO PÚBLICO

Antes de tudo, haja vista a forma textual utilizada pelo constituinte no artigo 5º, inciso LXXIII, CR-88, discute-se se foi adotada a técnica de *numerus clausus* ou *numerus apertus*. A verificação de uma ou outra traz em si enormes e diversas conseqüências. No primeiro caso, que é o que parece ocorrer pela leitura do artigo, as hipóteses expressamente previstas na norma esgotam toda a regulação, não cabendo ao intérprete ampliar os casos, nem mesmo de forma indireta. Todavia, resta a dúvida se a constituição quis delimitar de forma exclusiva o assunto ou tão somente procurou explicitar o

possível conteúdo já previamente incluído na expressão “patrimônio público”. Isso é importante para a correta delimitação do vero e próprio significado de cada um dos objetos da ação popular. É o que se fará agora.

Em primeiro lugar tem-se de analisar o que seja “ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade que o Estado participe”. Patrimônio público é termo genérico e dotado de vagueza ínsita, a qual pode gerar, dependendo do local e modo em que ela se encontra, ambigüidade e, conseqüentemente, infundável discussão doutrinária. Por sua fluidez, a expressão é daquelas de difícil conceitualização.

Patrimônio cinge-se aos aspectos materiais? Aos aspectos pecuniários? Aos monetários? Ou poder-se-ia incluir aí o imaterial? Grande parte da doutrina restringe seu uso aos bens materiais. É uma visão economicista inaceitável. A própria LAP desde 1977 usa patrimônio em sentido amplo abrangendo tanto bens e direitos de valor econômico, como também os de valor artístico, estético, histórico ou turístico. O legislador apercebeu-se que determinados interesses difusos²¹, de sobremaneira importantes para a sociedade, encontravam-se desabrigados de proteção e ante a própria ausência de sensibilidade por parte da Administração no trato desses bens, afasta da lei a restrita noção econômica de patrimônio público e aí engloba aqueles bens, funde-os para que, na exata medida em que todos contribuem para uma significativa melhora no nível de vida da sociedade, em pé de igualdade, sejam defendidos.

Aliás, deve-se acrescentar, que a lei, ao mencionar que o patrimônio público é composto por bens e direitos de valor econômico, não faz qualquer restrição ao sentido desse. Seria então possível compreender que aí somente se encontra o imediatamente econômico ou também se poderia incluir o patrimônio indireto e mediato? Optando-se por essa segunda proposição, o patrimônio biológico e genético que, se não são diretamente econômicos, o serão de modo mediato, dadas as possibilidades de amplíssimas receitas advindas de seu uso pela indústria farmacêutica de ponta, seria defensável por via de ação popular já anteriormente à norma constitucional que fala do meio ambiente, com base exatamente no art. 1º, § 1º da Lei 4717/65. Curioso notar que o patrimônio mineral sempre foi mais ou menos reconhecido como dotado de valor econômico, não assim o patrimônio biológico.²²

Não fossem essas naturais discussões, há um problema que a redação constitucional traz em si ao mencionar “ato lesivo ao patrimônio

público ou de entidade que o Estado participe”. Isso dá a entender, a princípio, uma participação econômica nessas entidades, o que levaria a crer que o patrimônio público ali mencionado seria somente o econômico, vez que o Estado não participa de entidades contribuindo com o embelezamento, mas sim aplicando capital. Tal pensamento possui a força do entendimento literal, mas pelo menos duas considerações devem ser feitas antes de se aderir a essa tese. Em primeiro lugar, achar que o Estado não pode participar de entidades a não ser com o capital é uma visão antiquada. O Estado é sim responsável pelo embelezamento de suas praças, de seus rios, de sua natureza, de seus monumentos, de suas cidades. Se assim não fosse porque insistiria tanto em movimentos como os de recuperação dos centros das cidades, de prédios históricos como a Estação da Luz ou do Pelourinho na Bahia? Por óbvio que isso perpassa pelo econômico, como, aliás, tudo nesse sistema capitalista altamente desenvolvido de começo de milênio, mas são valores outros que aí estão contando. Em segundo lugar, a Constituição entraria em choque com a LAP, porque se aquela houvesse mencionado tudo o que é defensável por via de ação popular e não afirmasse o patrimônio artístico e estético, de duas uma: ou essas modalidades de patrimônio não mais podem ser defendidas pela ação popular ou a Constituição, no mínimo, as incluiu no âmbito de patrimônio público. A primeira opção é duvidosa, considerada a postura da democrática que a constituição cidadã exhibe. Só restando a segunda hipótese como aceitável, a tese literal de que patrimônio público estaria por patrimônio público econômico cai por terra.

Bem se vê, pois, que a vagueza tradicional da expressa patrimônio público não se esgotou. Cabe agora aos Tribunais a delimitação da abrangência de seu conceito.

MORALIDADE ADMINISTRATIVA

A introdução da moralidade administrativa como um dos objetos da ação popular foi a maior inovação constitucional nessa matéria. Isso se deve a uma quase subversão da sistemática jurídica dessa ação. Até aqui todos autores, sem discussão, colocavam como imperativo a lesão para a reação popular contra atos ilegítimos. Concordava-se que a mera ilegitimidade não bastava para iniciar-se a demanda popular. Agora, não mais há necessidade da lesividade material dado que, na maioria das vezes, a ilegitimidade traz

consigo a vulneração da moralidade. A moralidade permite, pois, atacar atos não lesivos aos cofres públicos. Ela possibilita, inclusive, atacar por via de ação popular, atos imorais extremamente lucrativos para o Estado, como é o caso de impostos inconstitucionais.

Ribeiro Lopes²³ indica como um dos fatores que mais contribuíram para a positivação desse princípio da moralidade administrativa o posicionamento de parte da Nação que exigiu dos constituintes uma tomada de posição ante às várias práticas administrativas imorais existentes naquele momento²⁴. Por óbvio, essa positivação abre novo espaço de controle para o Poder Judiciário, na exata medida que tudo o que é imoral passa a ser ilegal. E inclusive, estabelecem-se sanções violentas para o administrador ímprobo (CR-88, art. 37, § 4º).

O que se pode perceber é que as exigências que se fazem ao particular e à administração são diversas. Do particular se exige que tenha uma conduta meramente lícita, da administração que além de lícita seja legal e, agora, que o comportamento mais do que legal seja ético.

Uma das grandes distinções que se pode fazer entre os atos administrativos se dá entre atos vinculados e discricionários. Para os primeiros há uma prévia tipificação legal de modo fechado, permitindo um único tipo de comportamento da administração em face da situação fática prevista. Os segundos, por sua vez, são aqueles em que se atribui certa margem de escolha ao administrador, para que ele opte levando em conta critérios de oportunidade e conveniência. A lei estabelece essa margem discricionária para que o administrador em face da dinamicidade da vida possa escolher entre mais de uma opção, a fim de que a finalidade precípua da norma possa ser atingida. Hoje, esses atos devem ser visualizados muito mais como um dever discricionário do que como um poder. Celso Antônio ensina exatamente que a discricionariedade “é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente”²⁵.

Hauriou explicou que “o espírito da lei é o limite a impor direitos no interesse da justiça, o espírito da moralidade é a diretiva a impor aos

deveres no interesse do bem, havendo assim uma nítida separação entre o que é justo e o que é bom”²⁶. Segundo esse autor, “qualquer ser capaz de atuar é forçosamente levado a distinguir o Bem do Mal. Ser atuante, a Administração Pública não foge a essa regra. Para atuar tem de tomar decisões; mas, para decidir, tem de escolher; e não só entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto. O seu comportamento deve, sem dúvida, conformar-se à lei jurídica. Mas não basta. O ato conforme à lei jurídica nem sempre é ato irrepreensível do ponto de vista moral; “*non omne quod licet honestum est*” já dizia Paulo. Se os particulares não podem cometer vilanias respeitando formalmente a lei, o mesmo acontece aos administradores. No entanto, assim como há uma Moral positiva, que, para os primeiros, se acrescenta à lei vigente, também para os segundos há uma moral institucional, que se sobrepõe à lei de suas atribuições e competência. Esta é-lhes imposta de fora, pelo Poder Legislativo, e apenas traça o âmbito de sua atividade e fixa os meios a utilizar. Quanto aos preceitos da moralidade administrativa, são-lhe impostos de dentro, vigoram no próprio ambiente institucional e condicionam a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo discricionário. A noção de moralidade administrativa é, assim, mais ampla do que a noção de legalidade jurídica. E, por isso, as exigências da moralidade administrativa são mais fortes que as exigências da legalidade jurídica”.²⁷ A função da moralidade para Gordillo²⁸, como princípio constitucional que é, reside no fato de que ela determina de forma integral qual deve ser a substância do ato pelo qual se lhe executa. “A norma é o limite, o princípio é limite e conteúdo”.

Pelo que se viu tanto ferem a moralidade aquele que atua movido por fins imorais, quanto aquele que age com zelo, mas invade esferas de outras funções.

De qualquer maneira, a violação a esse princípio constitucional só pode ser averiguada *in concreto*. A indisponibilidade dos interesses públicos e a supremacia dos interesses públicos sobre o particular são vetores básicos que servem de parâmetros e limites à atividade do administrador, constituindo os verdadeiros alicerces da moralidade.²⁹ E os juizes indagados se o ato é lesivo ou não ao patrimônio público terão de “ater-se antes a um critério moral, que de legalidade”³⁰, já afirmava Seabra Fagundes nos idos de 1946.

O objetivo com todo esse controle não é quebrar a separação de poderes, que é princípio fundante do Estado brasileiro, mas que os princípios

norteadores de um desses poderes sejam efetivamente cumpridos, afinal “a lesividade ao patrimônio moral da Administração não pode ser premiada pelo esquecimento”³¹.

MEIO AMBIENTE

Os meios de comunicação de massa são contundentes quando tratam da devastação do meio ambiente. Mas, mesmo sem eles, todos começam a perceber os perniciosos efeitos do desrespeito à natureza. Quem não se preocupa com a destruição da camada de ozônio e o conseqüente aumento nos casos de câncer de pele ou com o esquentamento global e fenômenos desestabilizadores de invernos e verões mais rigorosos? Quem poderia negar os nocivos efeitos da poluição diante de, por exemplo, uma inversão térmica em São Paulo?

Apesar dessa situação alarmante, e talvez por causa dela, garante a constituição pátria a todos o direito ao meio ambiente equilibrado e sadio, não só às pessoas existentes, bem como às gerações futuras. Transforma-o em *res communis omnium* e impõe o dever de sua defesa não só ao Poder Público, mas ainda à coletividade. Ora, se impõe o dever de proteção dar meios para que isso ocorra. E em se tratando de bem de uso comum do povo e compondo assim, inegavelmente, o patrimônio público nacional, senão mundial, nada mais correto que a sua defesa se efetuasse também pelas mãos do cidadão através do instrumento que, historicamente, lhe foi atribuído, qual seja, a ação popular.

Existe, como afirma Miguel Teixeira de Souza³², ao mesmo tempo um direito e um dever. Tal direito concretiza-se na possibilidade de exigir de outrem certas condutas ou omissões. O dever de defender o meio ambiente tem uma dupla conotação. Primeiro surge com um conteúdo “omissivo e preventivo” como dever de não contribuir para a degradação do meio ambiente. Em segundo surge como o dever de reagir contra qualquer violação àquele. A titularidade desse poder-dever ao meio ambiente pode ser examinada em termos individuais ou meta-individuais. Assim, quando alguém impede o mau uso da propriedade vizinha, por exemplo, exigindo que se deixe de expelir nessa fumaça ou outros gases tóxicos, age individualmente na defesa do meio ambiente. Se, todavia, reage alguém, não prejudicado patrimonialmente, contra indústria poluidora, ter-se-á

agido com base no interesse difuso. Há, pois, uma relação de complementariedade.

A Lei de Bases do Ambiente portuguesa define ambiente como o “conjunto dos sistemas físicos, químicos biológicos e suas relações e dos factores econômicos, sociais e culturais com efeito direto ou indireto, mediato ou imediato, sobre os seres vivos e a qualidade de vida do homem”³³.

Sendo ampla a extensão de tal conceito, a atuação causadora de dano pode tanto advir do Estado³⁴, enquanto agente econômico ou não, quanto do particular. Surge aí uma dúvida no tocante ao uso da ação popular. Bastaria a existência de um ato ilegal lesivo do particular ou, para além desse, seria necessária uma omissão do poder público? Se ambas devem estar presentes, a partir de qualquer momento a omissão queda configurada? Seria a partir do ato lesivo em si mesmo ou do momento em que o Estado tomando ciência não age, faltando assim ao seu poder de polícia? Alguns exemplos podem ser dados. Se a despeito de estudo de impacto ambiental desfavorável o poder público conceder a licença requerida, cabe ação popular para a invalidação desse ato. O mesmo ocorre caso a Administração aceite estudo de impacto ambiental carente de fundamentação básica ou sem atender os requisitos mínimos dispostos em lei. E se a irregularidade chegar ao conhecimento do cidadão antes de consumada, pode ele intentar ação preventivamente de modo a obter liminar e evitar o dano.

COMPETÊNCIA

Seguindo a proposta desse trabalho de somente trazer o que fosse relevante para o aprofundamento das discussões existentes em matéria de ação popular, vale ressaltar, no tocante à competência, duas questões.

A primeira vem pela possível inadequação do sistema de competência estabelecido na LAP, voltado para a defesa do patrimônio público econômico, e o eventual uso da ação popular para a proteção do meio ambiente. Esse é típico interesse difuso de ampla abrangência e grande é o risco de nada se poder resolver em sede da ação popular pela eventual limitada esfera de atuação da jurisdição competente, a qual perde a velocidade necessária para atuar fora de sua área territorial. Imagine-se que um dano ao meio ambiente tenha ocorrido na fronteira de duas unidades da federação. Em primeiro lugar, surgiriam dúvidas processuais se realmente o juiz de um

estado e não de outro é competente para o julgamento da ação popular. Em segundo, qual seria a eficácia da decisão do juiz de uma unidade em outra? E qual a velocidade dos mecanismos tradicionais de exercício da jurisdição em outras comarcas, principalmente em outro estado? A demora que isso pode causar pode se tornar insuportável para o meio ambiente e pode ser que quando tudo se resolve processualmente o dano já esteja absolutamente irreversível. O processo perde assim toda a sua efetividade.

A segunda dúvida foi proposta por Lisboa Neiva³⁵ nos seguintes termos: seria lícito ao legislador infraconstitucional fazer equiparações para fins de enquadramento na competência da Justiça Federal? A competência do artigo 109, da Constituição de 1988 é expressa e enumerada, de natureza absoluta, sem qualquer possibilidade de alteração que não pelo constituinte originário ou derivado. A equiparação não seria uma burla à nova estipulação constitucional acerca da competência da Justiça Federal? E, se assim o for, inaceitável a manutenção desse dispositivo da LAP. Na Jurisprudência encontram-se decisões em ambos os sentidos.

ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA

A Constituição federal de 1988 veio a por fim em uma controvérsia quanto ao conflito da LAP e o CPC. Aquela só previa a condenação do autor popular no décuplo das custas quando esse litigasse de má-fé, mas nada se referia aos honorários advocatícios. O CPC, por outro lado, generalizou o princípio da sucumbência para todo tipo de ação, o que constituiria um largo desestímulo ao autor popular se considerados os altos valores dessas ações. A derrota poderia representar ruína. Foi essa discussão que a constituição findou, mas não resolveu todos os problemas. Há adiantamentos que devem ser levados a cabo no curso do processo, como o adiantamento de honorários periciais. Quem deverá adiantá-los? Além do que, certas despesas processuais não se incluem no conceito de custas, conquanto estejam incluídas nos ônus da sucumbência. Se vencido o autor popular quem arcará com elas, uma vez que aquele está por expressa determinação constitucional isento? Uma solução foi proposta por Hugo Nigro Mazzilli³⁶ em âmbito da ação civil pública e poderia muito bem ser aproveitada também para a ação popular. O poder público deveria reservar verba para o custeio dessa ação, financiando-

a, dividindo seus encargos por toda a sociedade em caso de improcedência e recuperando essa verba em caso de procedência da ação.

ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE OS OBJETOS E AS LEGITIMAÇÕES DAS AÇÕES VOCACIONADAS À TUTELA DOS INTERESSES METAINDIVIDUAIS³⁷

A comparação entre a legitimidade e o objeto, bem como das partes e causa de pedir, do Mandado de Segurança Coletivo, da Ação Civil Pública e da Ação Popular, vem pela necessidade de se efetuar a identificação técnico-processual dessas várias ações de modo a prevenir decisões contraditórias ao uni-las pela conexão ou continência e caracterizar fenômenos como litispendência e coisa julgada nessas ações de índole coletiva. Para ajudar numa rápida, mas eficaz diferenciação é que se trouxe a lume o quadro comparativo infra. Apesar de sua simplicidade, sua clareza é útil.

O artigo 25, IV, “b” da Lei 8625//93 (Lei Nacional do Ministério Público) atribui ao MP a legitimidade ativa para um especial tipo de ação civil pública para a defesa de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado. A diferença entre essa ação civil pública e a ação popular reside exclusivamente na legitimação ativa. Poder-se-ia afirmar como faz Ada Pellegrini Grinover³⁹ que essa ação civil nada mais é do que uma ação popular? Para tanto se tem de analisar as partes, a causa de pedir e o pedido. Dentro dessa tríade, a única situação que escapa à normalidade dos casos é relativa às pessoas. A eventual identidade de causa e de objeto, como ensina Seabra⁴⁰, é a comum da maioria dos casos. A identidade de pessoa muitas vezes coincide “com a identificação física das partes (autor e réu em sentido material). O seu sentido, porém não é esse”⁴¹. O que importa é haver identidade de “qualidade” entre elas. É situação semelhante, para Seabra, ao do credor solidário que demanda tudo do devedor comum. Se outro credor intentar ação para cobrança da mesma dívida haverá igualdade de partes e, provavelmente, no caso de objeto e pedido. Em ambas ações aqui retratadas, o MP e o cidadão agem como substitutos processuais da coletividade. Há “legitimações extraordinárias, disjuntivas e concorrentes”⁴². Se uma associação e o MP entram com ação civil pública para questionar o mesmo objeto há litispendência. Se cidadão e MP discutem o mesmo dano também haverá litispendência e uma das ações deverá ser extinta nos termos do artigo 267, V do CPC ou se determinará a reunião do processo se for o caso de

AÇÕES³⁸

Ação Civil Pública. Lei 7647/85 alterada pelos artigos 110 a 117 do CDC.

Com a alteração trazida à Lei nº 7347/85 pelo artigo 117 de CDC, que acrescentou àquela um artigo - 21 - c/c art. 83 desse Código, são agora possíveis, além dos pedidos ressarcitórios e cominatório (arts. 1º e 11 da Lei nº 7347/85) também pretensões de outra natureza (des)constitutiva, declaratória, mandamental ou cautelar, envolvendo patrimônio público *lato sensu*, meio ambiente e consumidores.

Ação Popular. Lei 4717/65, alterada pelas Leis 6513/77 e 6014/73

A CR-88 (art 5º, LXXIII) ampliou o objeto, que agora abrange, além de seu patrimônio público *lato sensu* (art. 1º da Lei nº 4717/65) e meio ambiente, também a moralidade administrativa. O pedido terá natureza (des)constitutiva e condenatória (arts. 3º e 4º da Lei nº 4717/65) ou ainda declaratória.

Mandado de Segurança Coletivo. Art. 5º, LXX e alíneas.

Interesses metaindividuais, correlatos à esfera de atuação dos partidos políticos, sindicatos, entidades de classe e associações, desde que referenciados a seus membros ou filiados, em sua dimensão coletiva. O pedido, à semelhança do mandado de segurança individual, terá caráter de mandamental, admitida a concessão de liminar após a oitiva do impetrado, que tem prazo de 72 horas (artigo 2º da Lei nº 8437/92).

LEGITIMADOS ATIVOS

Ministério Público, entes políticos e órgãos da Administração direta e indireta, associações velhas pelo menos um ano, observada a correlação entre seu fim estatutário e a natureza do interesse objetivado na ação (art. 5º e incisos da Lei nº 7347/85)

Cidadão brasileiro (nato ou naturalizado), eleitor (CR-88 art 5º, LXXIII e art. 1º, § 3º da Lei nº 4717/65), podendo ser menor de 18 anos (art 14, II, "c", CR-88), vedada a legitimação ativa às pessoas jurídicas (Súmula 365, STF), incluindo, pois, as associações e partidos políticos.

Partidos políticos com representação no Congresso Nacional, sindicatos, entidades velhas de um ano.

conexão ou continência. Contudo, e o disposto no artigo 1º da Lei 7347/85 (LACP)? Está expresso que a ação civil pública se põe sem qualquer prejuízo para a ação popular. Poderia ter ocorrido revogação tácita de parte da norma ali inserta?

Por fim, resta discutir ainda se, a par de toda a inovação constitucional de ampliação do objeto da defesa do meio ambiente e da moralidade administrativa por intermédio da ação popular, tem o procedimento dessa ação, estabelecido na Lei 4717/65, aptidão para a tutela desses interesses de caráter nitidamente difusos. Veja-se que a lei de improbidade administrativa simplesmente não menciona o cidadão como legitimado para as suas sanções. A LAP, feita sob a inspiração da Constituição de 1946, está plenamente adaptada para a lesão do patrimônio público econômico. A sua ligação com a tutela condenatória, intimamente relacionada ao processo de Execução e a todas as mazelas deste, acaba não permitindo, por exemplo, uma atuação preventiva mais eficaz, como é exigido pela realidade contemporânea. Não estará, portanto, este procedimento fazendo um desserviço à efetividade do processo? Se assim for, a função marcadamente educativa da ação popular estará afastada. O cavaleiro medieval⁴³ acabará por, mais uma vez, lutar contra moinhos de vento.

BIBLIOGRAFIA

1. ATALIBA, Geraldo. *Ação popular na constituição brasileira*. RDP 110/76, 1985, 283 p.
2. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Considerações sobre a ação popular*. RTDP, p. 59, v. 16, 1996.
3. BARBI, Celso Agrícola. *Ação popular - julgamento antecipado - prova de lesão*. RDP 81/100, 1991, 254 p.
4. BARROSO, Luís Roberto. *Ação popular e ação civil pública. Aspectos comuns e distintivos*. Cadernos de direito constitucional e ciência política, RT, p.233, n. 4, ano 1, 302 p.
5. BASTOS, Celso Ribeiro. *Ação popular e a noção de patrimônio público*. Cadernos de direito tributário e finanças públicas, RT, p. 188, n. 21, 380 p.
6. BEZDOS, Clóvis. *A ação popular e a ação civil pública em face da constituição federal de 1988*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo 17/30, 1988, 232 p.

7. BUZAID, Alfredo. *Bem público de uso comum - alteração de destino - ação popular*. RDA 321/84, 1966 468 p.
8. CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. *Ação popular: um direito-dever do cidadão e a moralidade administrativa*. Cadernos de direito constitucional e ciência política, RT 219/13, 1995, 312 p.
9. CRETILLA JÚNIOR, José. *Os "writs" na constituição de 1988*. 2 ed, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, 167 p.
10. CUNHA, Alcides A. Munhoz da. *Evolução das ações coletivas no Brasil*. Revista da Procuradoria-Geral da República, p. 246, n. 8, janeiro/junho, 1996.
11. FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. *Ação popular na constituinte*. RDP 126/86, 1988, 303 p.
12. FERREIRA, Pinto. *Da ação popular constitucional*. RDP 32/20, 1972, 410 p.
13. FINGER, Julio César. *Algumas notas sobre lesividade, ilegalidade e moralidade na ação popular*. Ajuris, p. 235, v. 74, 1998.
14. FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *A ação popular e a defesa do meio ambiente*. Revista do Advogado, n37, p. 27, setembro de 1992.
15. FLORES, Carlos Thompson. *Ação popular constitucional - pressupostos que autorizam o seu ajuizamento*. Revista de Processo p. 218, v. 16, n 61, 319 p.
16. GAVIÃO DE ALMEIDA, José Luiz. *A ação popular e a constituição de 1988*. RT 75/729, julho de 1996, 767 p.
17. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A ação popular portuguesa: uma análise comparativa*. Revista do Consumidor, abril/junho, 1996, 360 p.
18. _____ . *Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência*. Cadernos de direito constitucional e ciência política, RT, p. 53, n. 19.
19. LACERDA, Galeno. *Eficácia da prestação jurisdicional no atendimento às demandas sociais*. Ajuris, p. 49, v. 59, 1993.
20. LISBOA NEIVA, José Antônio. *A competência na ação civil pública e na ação popular*. Justitia 38/171, 1995, 375 p.
21. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Uma análise comparativa entre os objetos e as legitimações ativas das ações vocacionadas à tutela dos interesses metaindividuais: mandado de segurança coletivo, ação civil pública, ações do Código de Defesa do Consumidor e ação popular*. Justitia, p. 181, v. 160, 1992, 0462 p.
22. MEIRELLES, Hely Lopes. *Ação popular e a sua lei regulamentar e sua natureza jurídica*. RDA 1/84, 1966, 486 p.

23. _____ . *Mandado de segurança coletivo, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"*. 17 ed. at. São Paulo: Malheiros editores, 1990, 247 p.
24. PEREIRA, Milton Luiz. Política da administração e a moralidade administrativa. In: STJ: Dez anos a serviço da justiça. Brasília: Editora Consulex Ltda, 1999, 425 p.
25. PERRINI, Raquel Fernandes. *A ação popular como instrumento de defesa ambiental*. Cadernos de direito constitucional e ciência política, RT, p. 183, n. 11, 368 p.
26. PRADE, Pérciles. *Lesividade e ilegalidade como pressupostos da ação popular constitucional*. Revista de Processo, p. 259, v. 11, n 42, 311 p.
27. SEABRA FAGUNDES, M. *Da ação popular*. RDA 1/6, 1946, 439 p.
28. TAVARES, André Ramos; CAMPOS DA SILVA, Guilherme Amorim. *Requisitos no exercício da ação popular*. Cadernos de direito constitucional e ciência política, RT 225/16, 360 p.
29. TEIXEIRA DE SOUZA, Miguel. *Legitimidade processual e ação popular no direito do ambiente*. Revista de Processo p. 127, v. 19, n 76, 303 p.
30. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. São Paulo: Atlas, 1998, 195 p.

NOTAS

- (1) SEABRA FAGUNDES, M. *Da ação popular*. RDA 1/6, p. 6.
- (2) GAVIÃO DE ALMEIDA, José Luiz. *A ação popular e a constituição de 1988*. p. 75.
- (3) FERREIRA, Pinto. *Da ação popular constitucional*. RDP 32, p.34.
- (4) Sendo essa considerada como a origem remota do *habeas corpus*, que até hoje é vista como ação popular especial.
- (5) Na Alemanha o direito romano vigiu até o aparecimento do BGB em 1900.
- (6) ATALIBA, Geraldo. *Ação popular na constituição brasileira*. RDP 110, p. 111.
- (7) Corrcia Telles, na Doutrina das Ações, afirma que qualquer do povo pode intentar ação popular para questionar contra a usurpação de coisas de uso público, ou embargar obra nociva ao lugar público, a rua, ao mar. Para Pinto Ferreira aí já estaria aberto espaço para a defesa do meio ambiente.
- (8) Art. 157, CI de 1824. 'Por suborno, peita, peculato e concussão haverá contra eles (juizes) a ação popular, que poderá ser intentada dentro de um ano e dia pelo próprio quicixoso ou por qualquer do povo, guardada a ordem de processo estabelecida na lei'.
- (9) Art. 113. "Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou a anulação de atos lesivos de patrimônio Da União, dos Estados ou dos Municípios".
- (10) Ao invés de tratar dos três poderes como Poder Legislativo, Judiciário e Executivo, trata esse último como "Do Presidente da República". Isso demonstra claramente o personalismo da política da época e porque um instrumento de participação popular no governo, como é a ação popular, jamais poderia ter sido aceita.
- (11) Art. 141, § 38, CR-46. "Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos de patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista".

- (12) Art. 150, § 31, CR-67. “Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidade pública”.
- (13) EC 1/69. “Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidade pública”.
- (14) Materialmente compatível significa que o legislador ordinário, ao regulamentar dispositivos constitucionais, não poderá se desviar dos preceitos que informaram o constituinte originário. PERRINI, Raquel Fernandes. *A ação popular como instrumento de defesa ambiental*. Cadernos de direito constitucional e ciência política, p. 186.
- (15) Trata-se não do cidadão ativo, mas do eleitor porque, e essa é uma idéia recorrente, se ele tem o poder de eleger também terá o poder de controlar.
- (16) *Referendum*, plebiscito, iniciativa popular para leis.
- (17) PRADE, Péricles. *Lesividade e ilegalidade como pressupostos da ação popular constitucional*. Revista de Processo.
- (18) *Apud idem, ibidem*, p.261.
- (19) BASTOS, Celso Ribeiro. *Ação popular e a noção de patrimônio público*, p. 192.
- (20) PERRINI, Raquel Fernandes. *A ação popular como instrumento de defesa ambiental*. Cadernos de direito constitucional e ciência política, p. 192.
- (21) Ainda que à época não fossem tratados sob essa denominação, trata-se de verdadeiros interesses difusos.
- (22) A curiosidade desse fenômeno, em verdade, é meramente superficial. Os minerais já eram matéria prima usada pela indústria pesada da primeira e segunda revoluções industriais. Constituíam a própria base de sustentação delas. Já a possibilidade de obtenção de riqueza a partir da exploração da diversidade animal e vegetal somente surgiu, enquanto possibilidade econômica, para além do mero extrativismo ou da agropecuária, com a terceira revolução industrial, na qual, com os enormes avanços tecnológicos e genéticos, a biodiversidade é essencial para o progresso de toda a humanidade.
- (23) *Apud TAVARES, André Ramos; CAMPOS DA SILVA, Guilherme Amorim. Requisitos no exercício da ação popular*, p. 232.
- (24) Aliás, já existiam desde há muito tempo vez que o Brasil sempre foi o país da burocracia que cria “dificuldades para obter facilidades”.
- (25) *Apud TAVARES, André Ramos; CAMPOS DA SILVA, Guilherme Amorim. Requisitos no exercício da ação popular*, p. 233.
- (26) *Apud CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. Ação popular: um direito-dever do cidadão e a moralidade administrativa*, p. 226.
- (27) PEREIRA, Milton Luiz. Política da administração e a moralidade administrativa, p;288.
- (28) *Apud CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. Ação popular: um direito-dever do cidadão e a moralidade administrativa*, p. 226
- (29) PERRINI, Raquel Fernandes. *A ação popular como instrumento de defesa ambiental*. Cadernos de direito constitucional e ciência política, p. 195.
- (30) SEABRA FAGUNDES, M. *Da ação popular*, p. 19.
- (31) PEREIRA, Milton Luiz. Política da administração e a moralidade administrativa, 286 p.
- (32) TEIXEIRA DE SOUZA, Miguel. *Legitimidade processual e ação popular no direito do ambiente*, p. 127.
- (33) TEIXEIRA DE SOUZA, Miguel. *Idem, ibidem*.
- (34) Veja-se que tanto há interesse público primário, quanto secundário. O primeiro refere-se aos interesses da sociedade como um todo, seriam públicos em sua essência. Já o segundo refere-se exclusivamente aos interesses que pertencem à pessoa jurídica Estado. Eles são tão somente acidentalmente públicos e podem muitas vezes entrar em conflito com os interesses primários. Se a pessoa do Estado der preferência àqueles pode-se questionar por via de ação popular a lesão a estes.
- (35) LISBOA NEIVA, José Antônio. *A competência na ação civil pública e na ação popular*, p. 41.

- (36) BEZNOS, Clóvis. *A ação popular e a ação civil pública em face da constituição federal de 1988*, p. 29.
- (37) Título baseado em artigo do professor Mancuso. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Uma análise comparativa entre os objetos e as legitimações ativas das ações vocacionadas à tutela dos interesses metaindividuais: mandado de segurança coletivo, ação civil pública, ações do Código de Defesa do Consumidor e ação popular*.
- (38) Quadro do professor Mancuso. *Idem*, *ibidem*.
- (39) GRINOVER, Ada Pellegrini. *Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência*, p. 53.
- (40) SEABRA FAGUNDES, M. *Da ação popular*, p. 15.
- (41) SEABRA FAGUNDES, M. *Idem*, p. 15.
- (42) GRINOVER, Ada Pellegrini. *Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência*, p. 54.
- (43) “O autor popular é uma espécie de “cavaleiro cruzado” da legalidade e da moralidade pública. Nele se vê uma expressão de solidariedade para com todos os cidadãos honestos ou animados de espírito cívico. O interesse jurídico está em segundo plano para eles, mas em primeiro plano para a lei. É a lei que exige a extinção do ato e o castigo dos culpados, e, para isso, investe de um título legal todo aquele que tenha interesse em defender a ordem jurídica tutelar da moralidade administrativa, do patrimônio do Estado, do crário, da legalidade em suma”. Rafael Bielsa *apud* FERREIRA, Pinto. *Da ação popular constitucional*, p. 46.

COMO EXPLICAR O PARADOXO PROCESSO MODERNO - JUSTIÇA MOROSA?

João Batista LOPES*

INTRODUÇÃO

Os estudiosos do processo civil e os operadores do Direito em geral vêem-se diante de um paradoxo que pode ser assim sintetizado: nosso modelo de processo é moderno, mas nossa Justiça é morosa.

A preocupação com o aprimoramento do processo civil é uma constante, em congressos e seminários jurídicos, e tem sido incessante o trabalho da Comissão de Processualistas capitaneada pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

A despeito dos resultados alcançados até agora, é inquestionável a persistência de um mal endêmico, que vem comprometendo a boa imagem da Justiça: a morosidade processual.

Se é certo que o quadro de morosidade não é uniforme em todo o país, também é exato que ele envolve extensas coletividades, sem que se vislumbre possibilidade de solução a curto prazo.

Daí se pode concluir, sem maior esforço, que a simples reforma processual não é suficiente para garantir a presteza da jurisdição.

Cumpra, pois, explicar o paradoxo "processo moderno - justiça morosa", o que se tentará fazer nas páginas seguintes.

1. EVOLUÇÃO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O processo civil brasileiro vem atravessando fase de grande evolução no que respeita aos estudos doutrinários e ao aprimoramento da legislação.

(*) Professor Doutor de Direito Processual Civil da PUC-Campinas.

O número crescente de obras publicadas vem atestar o elevado nível alcançado na pesquisa científica, desenvolvida, principalmente, nos cursos de pós-graduação.

Sem embargo das críticas formuladas contra alguns aspectos da recente reforma processual, não se pode negar que, atualmente, o sistema processual pátrio logrou alcançar o reconhecimento da comunidade jurídica nacional e estrangeira, notadamente a italiana.

Exame perfunctório das alterações introduzidas no diploma processual é suficiente para demonstrar que muito se avançou em relação ao texto de 73.

Assim, por exemplo, foram introduzidas a tutela antecipada como regra geral e a tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer; o processo de execução sofreu várias alterações; admitiu-se a ação monitória; o regime do agravo de instrumento experimentou profunda modificação; disciplinou-se a arbitragem etc.

2. A "REFORMA DA REFORMA"

Fala-se, agora, na reforma da reforma, ou melhor, na segunda fase da reforma assim explicada pelo Des. SIDNEI BENETTI:

Não se trata, a rigor, de segunda reforma, mas, de prosseguimento da reforma iniciada, de forma que, verdadeiramente se cuida do seguimento da primeira reforma do sistema processual.

Em reunião realizada em Salvador, Bahia, ao ensejo de Seminário de Direito Processual, em outubro de 1998, foi dada redação final ao anteprojeto, oferecido, no dia 15 de março de 1999, à Presidência da República. Por solicitação da Presidência da República, foi o anteprojeto, posteriormente, dividido em três anteprojetos menores, para submissão em partes ao Legislativo, repetindo-se a técnica de projetos parciais, que norteou os trabalhos da Reforma de 1994-1995. Resultaram, pois, os atuais anteprojetos: 1º) relativo à complementação da Reforma (Anteprojeto nº 13); 2º) referente ao processo de conhecimento (Anteprojeto nº 14); relativo aos recursos (Anteprojeto nº 15). Resta em elaboração o anteprojeto

*sobre o processo de execução, um dos pontos mais delicados de qualquer reforma processual.*¹

Os aspectos de maior expressão desses anteprojetos são os seguintes:

1. admissibilidade da tutela antecipada, em caso de irreversibilidade, quando da denegação puder resultar maior e irreversível prejuízo ao Autor do que benefício ao Réu;
2. possibilidade, em casos restritos, de utilização de contador para elaboração de cálculo, na liquidação.
3. esclarecimento sobre a natureza do **registro** da penhora;
4. disposição sobre os deveres éticos das partes e repressão ao *Contempt of Court*;
5. exclusão do duplo grau de jurisdição em causas até 40 salários mínimos e em hipóteses de jurisprudência sumulada;
6. admissibilidade da execução provisória, como regra geral;
7. conhecimento do mérito em recurso contra a carência de ação (possibilidade de o tribunal julgar, desde logo, a lide se a causa versar questão exclusivamente de direito).
8. efeito meramente devolutivo da apelação, como regra, com possibilidade, porém, de atribuição do efeito suspensivo se houver risco de dano grave e de difícil reparação.
9. possibilidade de recebimento do agravo de instrumento como agravo retido.
10. admissibilidade do protocolo integrado nos Tribunais.

Mais recentemente, foram apresentados projetos de lei para alteração de vários artigos do C.P.C. entre os quais os seguintes:

Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

§ 1º *Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.*

§ 2º *Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente ao de quarenta salários mínimos, bem como nos casos de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.*

§ 3º *Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em sumula deste tribunal superior competente.*

Art. 515

§ 3º *Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.*

Art. 527. *Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator:*

I - negar-lhe-á seguimento, liminarmente, nos casos do art. 557;

II - poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido, quando não houver perigo de lesão grave e de difícil reparação, remetendo os respectivos autos do juízo da causa, onde serão apensados aos autos principais; III - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

IV - poderá requisitar informações ao juiz da causa, que as prestará no prazo de dez dias;

V - mandará intimar o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda no prazo de dez dias, facultando-lhe juntar cópias das peças que entender convenientes; nas comarcas sede de tribunal e naquelas cujo expediente forense

for divulgado no diário oficial, a intimação, far-se-á mediante a publicação no órgão oficial;

VI - ultimadas as providências dos incisos anteriores, mandará ouvir o Ministério Público, se for o caso, para que se pronuncie no prazo de dez dias.

.....
Art. 14. São deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer, forma participam do processo:

.....
V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. A violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

Art. 600

IV - não relaciona corretamente os seus bens sujeitos à execução (art. 599, II e 655, § 1º) ou não indica ao juiz onde se encontram e os respectivos valores.

Art. 273

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental no processo ajuizado.

Art. 275

I - nas causa, cujo valor não exceda a quarenta vezes o valor do salário mínimo;

.....
 Art. 280. *No procedimento sumário não são admissíveis os embargos infringentes, a ação declaratória incidente e a intervenção de terceiros, salvo a assistência, o recurso de terceiro prejudicado e a intervenção fundada em contrato de seguro.*

Art. 461

§ 5º *Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa, busca e apreensão, renzoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.*

§ 6º *O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.*

Art. 588. *A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:*

I - corre por conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os prejuízos que o executado venha a sofrer;

II - o levantamento de depósito em dinheiro, e a prática de atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução idônea, requerida e prestada nos próprios autos da execução;

III - fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior;

IV - eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo.

§ 1º *No caso do nº III, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução.*

§ 2º *A caução pode ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de 40 (quarenta) vezes o salário mínimo, quando o exequente se encontrar em estado de necessidade.*

Art. 604

§ 1º *Quando a elaboração da memória do cálculo depender de dados existentes em poder do devedor ou de terceiro, o juiz, a requerimento do credor, poderá requisitá-los, fixando prazo de até 30 (trinta) dias para o cumprimento da diligência; se os dados não forem apresentados no prazo assinado, ou no de eventual prorrogação, aplicar-se-á o disposto no art. 601.*

§ 2º *Poderá o juiz, antes de determinar a citação, valer-se do contador do juízo quando a memória apresentada pelo credor aparentemente exceder os limites da decisão exequenda e, ainda, nos casos de assistência judiciária. Se o credor não concordar com esse demonstrativo, far-se-á a execução pelo valor originariamente pretendido, mas a penhora terá por base o valor encontrado pelo contador.*

Art. 659

§ 4º *A penhora de bens inzóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exequente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 669), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, o respectivo registro no ofício imobiliário, mediante apresentação de certidão de inteiro teor do ato e independentemente de mandado judicial.*

§ 5º *Nos casos do parágrafo anterior, quando apresentada certidão da respectiva matrícula, a penhora de imóveis, independentemente de onde se localizem, será realizada por termo nos autos, do qual será intimado o executado, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado, e por este ato constituído depositário.*

Verifica-se, pois, que a recente reforma processual não é obra acabada, mas em permanente elaboração tendo em conta o dinamismo e a complexidade da vida moderna.

Em congressos e seminários têm sido oferecidas numerosas sugestões e propostas para aprimoramento do texto processual.

Nosso Curso de Mestrado não ficou alheio a esse debate nacional como se comprova pelas propostas encaminhadas à Comissão de Reforma, nestes termos:

PRIMEIRA. PROPOSTA:

Inclusão de § 2º no artigo 588, alterando-se o parágrafo único para § 1º:

§ 2º A caução pode ser dispensada nos casos de indenização a ser antecipada para superar estado de necessidade causado por ato ilícito, ou nos casos de comprovada pobreza do exequente.

SEGUNDA PROPOSTA:

Alteração do art. 513.

Redação atual:

Art. 513. Da sentença caberá apelação (arts. 267 e 269).

Redação proposta:

Art. 513. Da sentença caberá apelação (arts. 267 e 269), com exceção daquelas proferidas nas causas de menor complexidade previstas no art. 3 da Lei nº 9.099, de 26.9.95, de despejo, consignatória de aluguel, ação revisional de aluguel, ação renovatória, ação de alimentos e embargos à execução, contra as quais caberá recurso endereçado à turma recursal, composta por juizes de primeiro grau de jurisdição, respeitado o disposto no art. 475, assim como o duplo grau de jurisdição previsto para as ações relativas ao estado e à capacidade das pessoas.

§ 1º - A turma recursal, em comarca onde houver mais de quatro (4) varas, será composta pelos três (3) juizes das varas de numeração subsequente à daquele que proferiu a sentença.

§ 2º - Nas comarcas onde o número de varas for inferior a quatro (4), a turma recursal será composta por um período de dois (2) anos, levando em conta a antiguidade dos juizes na circunscrição judiciária respectiva, com as substituições pela ordem decrescente de antiguidade, a cada dois (2) anos, e nos casos de reexame das sentenças proferidas pelos integrantes da mesma.

§ 3º - *Aos Tribunais de Justiça competirá estabelecer as causas civis de menor complexidade além das enumeradas no "caput" do artigo.*

TERCEIRA PROPOSTA:

Alteração do inciso III do art. 575

Redação atual:

Art. 575. A execução, fundada em título judicial, processar-se-á perante:

I -

II -

III - O juízo que homologou a sentença arbitral;

Redação proposta:

I -

II -

III - o juízo do foro em que se processou a arbitragem;

QUARTA PROPOSTA

Acréscimo de parágrafo único ao art 604.

Redação atual do artigo 604:

Art. 604. Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor procederá à sua execução na, forma do art. 652 e seguintes, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo.

Inclusão proposta:

Parágrafo único: O credor, beneficiário da assistência judiciária, poderá, em petição fundamentada, requerer ao juiz que a memória discriminada e atualizada do cálculo seja elaborada pelo contador judicial.

QUINTA PROPOSTA

Alteração dos artigos 522 e 524.

Redação atual:

Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, retido nos autos ou por instrumento.

Art. 524. O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente, através de petição com os seguintes requisitos:

Redação proposta:

Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo retido, no prazo de 10 (dez) dias, salvo o disposto no art. 524

Art. 524. Caberá agravo de instrumento, dirigido diretamente ao tribunal competente, se o recorrente demonstrar a necessidade de pronta decisão da segunda instância, para evitar prejuízo grave ou de difícil reparação, através de petição com os seguintes requisitos:

.....

SEXTA PROPOSTA:***Alteração do inciso IV do art. 649.****Redação atual:*

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

I -

II -

III -

IV - os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, o soldo e os salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia;

Redação proposta:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

...

IV - os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, o soldo e os salários, até 10 (dez) salários mínimos e 1/3 (um terço) do que exceder esse valor, salvo para pagamento de prestação alimentícia.

SÉTIMA PROPOSTA:***Alteração do inciso 11 do art 527.******Redação atual:***

Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, se não for o caso de indeferimento liminar (art. 557), o relator:

I -

II - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), comunicando ao juiz tal decisão.

Redação proposta:

Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, se não for o caso de indeferimento liminar (art. 557), o relator:

I -

II - poderá, nas hipóteses do art. 558, atribuir efeito suspensivo ao recurso ou conceder liminarmente a providencia negada, comunicando ao juiz tal decisão.

OITAVA PROPOSTA***Alteração dos artigos 508, 541, 542, 543, 544 e 545, para:***

Art. 508. Na apelação, nos embargos infringentes, no recurso ordinário e nos embargos de divergência, o prazo para interpor e para responder é de quinze dias.

Art. 541. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, no prazo de 30 dias, em petições distintas, para a formação de instrumentos distintos, que conterão:

I -

II -

III -

§ 1º Para a formação de cada instrumento, deve o recorrente instruir a petição:

a) obrigatoriamente, sob pena de inadmissão do recurso, com cópia da decisão de primeira instância; do recurso contra ela apresentado e das suas contra-razões; da decisão recorrida; da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do recorrente e do recorrido; do comprovante de pagamento das respectivas custas e do porte de remessa e retorno, quando devidos;

b) facultativamente, com outras peças que o recorrente entender úteis.

§ 2º (redação do atual par. único).

Art. 542. Recebida a petição pela secretaria do tribunal e aí protocolizada, será formado o instrumento, e intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista para apresentar contra-razões, no prazo de 30 dias, podendo instruí-las com outras peças que entender convenientes.

Parágrafo único. (redação igual ao atual § 2º).

Art. 543. Apresentados um ou ambos os recursos, e formado o ou os respectivos instrumentos, a secretaria do tribunal recorrido:

I - certificará acerca da tempestividade dos recursos, do pagamento do preparo, e da presença das peças obrigatórias, e remeterá os mesmos ao Superior Tribunal de Justiça;

II - certificará nos autos principais a interposição dos recursos e os remeterá ao juízo de origem.

§ 1º Caso interpostos ambos os recursos, concluído o julgamento do recurso especial, serão os instrumentos remetidos ao Supremo Tribunal Federal, para apreciação do recurso extraordinário, se este não estiver prejudicado.

§ 2º (redação atual).

§ 3º (redação atual).

§ 4º Sendo manifestamente protelatório qualquer dos recursos, o tribunal competente, ao julgá-lo, condenará o recorrente a pagar ao recorrido multa não excedente a 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo.

Art. 544. Inadmitido o recurso pelo tribunal recorrido, nas hipóteses de ausência das peças ohrigatórias, de intempestividade, ou de ausência de preparo, caberá agravo, no prazo de 10 dias, no mesmo instrumento, ao tribunal competente para apreciar o recurso inadmitido.

Parágrafo único. Distribuído e processado o agravo na, forma regimental, o relator proferirá decisão, sendo que, em caso de provimento do mesmo, observar-se-á, dai em diante, o procedimento relativo ao recurso então admitido.

Art. 545. Da decisão do relator que não admitir o agravo de instrumento, ou negar-lhe provimento, caberá agravo para o órgão julgador, no prazo de 5 dias.

Parágrafo único. Mantida a decisão, serão os instrumentos remetidos ao tribunal recorrido, que os remeterá ao juízo de origem.

A essas sugestões podem ser acrescidas outras como a reforma do procedimento da prova pericial, a simplificação do sistema recursal e a agilização do processo de execução.

3. ALTERAÇÕES NO PROCEDIMENTO DA PERÍCIA

No que respeita à prova pericial, são conhecidos os problemas decorrentes da atual disciplina: burocratização da atividade do perito; distanciamento do juiz em relação aos objetivos da perícia; papel simbólico dos assistentes técnicos etc.

Em nosso livro *A prova no Direito Processual Civil* assim discorremos sobre o tema:

... o perito deve ser um profissional qualificado e especializado na matéria discutida nos autos e deve fornecer ao juiz elementos concretos para o esclarecimento das questões de, fato da causa.

*Sua atuação nos autos está, assim, limitada aos aspectos eminentemente técnicos de sua especialidade (engenharia, contabilidade, medicina, agricultura etc.) não podendo intrometer-se em questões jurídicas que competem ao juiz (*iura novit curia*).*

Como é cediço, não cabe ao perito a tarefa de interpretar textos de lei ou invocar jurisprudência ou doutrina, ainda que pertinentes à matéria discutida.

Por exemplo, o perito não pode concluir pela procedência do pedido de indenização formulado pelo locador contra o locatário ou pela improcedência dos embargos opostos por contribuinte contra a cobrança de ISS.

Poderá, porém, após vistoriar o imóvel, concluir que os danos apurados resultam do mau uso da coisa ou da ação do tempo; e, na hipótese de cobrança do ISS, deverá analisar a atividade do contribuinte a ver se ela se enquadra na hipótese legal.

Na prática do foro, porém, são comuns os excessos cometidos pelos peritos, que, muitas vezes, oferecem longos relatórios, com cansativa repetição das alegações das partes para, ao final, apresentarem conclusões inexpressivas ou inconsistentes.

Por outro lado, a doutrina não tem emprestado a devida importância ao estudo do papel do juiz na prova pericial.

E, em razão disso, e também do excesso de serviço, que constitui a regra nas varas civis, os juizes às vezes se limitam a nomear o perito sem traçar-lhe as diretrizes do trabalho a ser efetuado.

O ideal seria que o juiz presidisse efetivamente a realização da perícia, isto é, que ela fosse efetuada segundo roteiro por ele traçado.

Como isso, porém, é inviável, em razão da pleora de serviços, é necessário ao menos que o juiz, ao nomear o perito, formule os quesitos do juízo e, posteriormente, examine com vagar os que forem formulados pelas partes, para indeferir os impertinentes.

Além disso, deve o juiz fiscalizar o cumprimento do prazo concedido ao perito para evitar abusos, tão freqüentes no dia-a-dia forense.

Esclareça-se que, conquanto dependa a perícia, em regra, da iniciativa das partes, casos haverá em que o juiz, de ofício, determinará sua realização, sob pena de não lograr esclarecer aspectos eminentemente técnicos da causa.

Posto não seja o juiz um investigador de provas, há que pôr em relevo sua condição de diretor material do processo, tema sobre o qual discorreremos no Cap. 14. (ob. cit., pp. 124,125)

Como destinatário da prova, o juiz tem o dever de acompanhar sua produção e verá sua tarefa de julgar facilitada se traçar as diretrizes da perícia.

O exercício da função de "**diretor da perícia**" começa, na verdade, antes mesmo da nomeação do perito.

Já na audiência preliminar do art. 331, ao fixar os pontos controvertidos, deve o juiz definir as provas pertinentes, entre elas a pericial, quando os fatos exigirem conhecimentos especializados.

A partir daí, deverá manter contato estreito com a realização da prova para que a conclusão pericial possa elucidar os fatos e, assim, contribuir para a efetividade do processo.

Importa ressaltar que a atual disciplina legal da perícia converteu os assistentes técnicos em meros assessores das partes levando-os a apresentar simples pareceres sem prévia reunião com o juiz e o perito.

O distanciamento que se registra entre o juiz, o perito e os assistentes acarreta evidente prejuízo à busca da verdade e à celebridade processual, razão por que se impõe a modificação do regime atual para que a perícia se realize sob o efetivo comando do juiz.

4. NECESSIDADE DE APRIMORAMENTO DO SISTEMA RECURSAL

O sistema recursal está a exigir reforma notadamente no que concerne à recorribilidade das decisões interlocutórias.

A tal respeito, não se pode deixar de reconhecer que a alteração do regime do agravo de instrumento já representou um avanço, uma vez que o procedimento anteriormente adotado era notoriamente burocrático e ultrapassado.

Entretanto, o aumento excessivo do número de agravos vem gerando, ao menos nas grandes capitais, verdadeiro estrangulamento nas pautas dos tribunais.

As causas desse fenômeno não foram, ainda, satisfatoriamente explicadas:

- a) o aumento se deve ao crescimento da litigância de má-fé?
- b) ou decorre da possibilidade de o agravante provocar, de imediato, o pronunciamento do Tribunal?
- c) ou resulta do crescimento da conflituosidade na sociedade moderna?

De um modo ou de outro, o certo é que o acúmulo de agravos vem criando situação anômala que implica conferir prioridade ao julgamento dos incidentes em detrimento do julgamento das apelações.

Diante desse quadro sombrio, algumas vezes se levantam para pleitear a eliminação pura e simples desse recurso.

Essa não parece ser, porém, a melhor solução.

Com efeito, a abolição do agravo acarretaria, certamente, a utilização anômala do mandado de segurança sem vantagem prática alguma.

Como evitar, de outro modo, lesão causada, por exemplo, pelo indeferimento de tutela antecipada, de levantamento de depósito judicial ou das liminares em geral?

Proposta mais razoável é a enumeração taxativa das hipóteses que comportariam o agravo, *ad instar* do que ocorria com o agravo no auto do processo do Código de 39.

Entretanto, a indicação, em *numerus clausus*, das decisões recorríveis poderia deixar de fora situações dignas de proteção não previstas pelo legislador.

Daí porque se afigurar mais conveniente e adequado alterar o regime do agravo para se adotar, como regra geral, a forma retida e, nos casos de urgência, a interposição perante o órgão de segundo grau.

Também aconselhável se mostra a constituição de colegiados de primeiro grau para julgamento de incidentes de pouca expressão como arbitramento de salários periciais, impugnação ao valor da causa, tempestividade da juntada de documentos etc.

De outro lado, o agravamento da penalidade por litigância de má-fé também é de rigor para o aprimoramento do sistema.

Por último, a eliminação dos embargos infringentes virá, também, contribuir para a mudança do quadro de morosidade que se descortina no presente.

5. A INEFETIVIDADE DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

O processo de execução, também, está a merecer profunda reformulação para que possa vir a cumprir sua finalidade específica: a satisfação do exequente.

Nesse sentido, LEONARDO GRECO, em recente trabalho, observa:

... dentro desse universo despertou-me particular atenção o estudo do processo de execução, pois se, de um lado, a garantia da proteção jurisdicional dos direitos dos cidadãos deve ser progressivamente mais rápida e eficaz, para conferir concretude da maior amplitude possível ao gozo desses direitos, e essa garantia pressupõe procedimentos executórios que de, fato realizem, com essa mesma rapidez e eficácia, a entrega dos bens que são reconhecidos pelas decisões judiciais, é desanimador verificar que justamente na tutela jurisdicional satisfativa o processo civil brasileiro apresenta o mais alto índice de ineficácia.

Cândido Dinamarco reconhece que a doutrina processual tem relegado ao Processo de Execução a posição secundária na teoria geral do processo.

Além disso, alguns fatores justificam a particular ineficácia dessa modalidade de atividade processual: o excesso de processos, o seu custo elevado e a sua exagerada morosidade, bem como a inadequação dos procedimentos à satisfação dos créditos correspondentes, especialmente diante dos novos direitos surgidos na sociedade contemporânea (ambiente, consumidor etc).

Michele Taruffo esclarece que novos direitos tornam mais complexa a tutela executiva. Nos Estados Unidos há tendência de confirmar a execução da sentença a encarregados que operam na qualidade de Officers of the Court, com a função de desenvolvimento, a cargo de terceiros, das atividades necessárias à execução (receiver master, administrators, committees).

Outro, fator que desalenta o credor é a ineficácia das coações processuais diante dos artifícios que a vida negocial moderna propicia aos devedores para esquivarem-se do cumprimento de suas obrigações.

Pessoas jurídicas desaparecem ou são desativadas.

Os limites da execução provisória favorecem extraordinariamente as manobras procrastinatórias... (A execução e a efetividade do processo, in REPRO, vol. 94, p. 35)

A preocupação com a **efetividade**, no processo de execução, é uma constante, particularmente no que respeita à execução por quantia certa, pois o processo de execução, na forma como se encontra estruturado, não vem cumprindo sua finalidade básica, qual seja, a **satisfação** do exequente.

Excessivamente burocrático, o procedimento da execução por quantia certa exige a **citação** do executado (que, muitas vezes, consegue embaraçá-la com expedientes variados) e fica paralisado após a penhora cuja eficácia é, praticamente, nenhuma para o exequente, porque o ato de constrição não impede o uso e gozo da coisa.

Há que ressaltar, ainda, que a disciplina da impenhorabilidade é extremamente benéfica ao devedor, em detrimento do credor. O mesmo ocorre com os embargos, cuja suspensividade contribui para o retardamento do processo.

Também a avaliação, confiada a leigos, deixa a desejar, o mesmo ocorrendo com a praça e o leilão, cujo resultado é geralmente insatisfatório para o credor. A tudo se acrescentem as despesas com custas, diligências, avaliação, editais etc. que oneram o credor e contribuem para o desprestígio da atividade jurisdicional.

Também não pode ficar sem registro a insuficiente disciplina dos atos atentatórios à dignidade da justiça. A tal respeito cabe registrar que a redação anterior do art. 601 previa a proibição de falar nos autos do devedor que praticasse ato atentatório à dignidade da Justiça.

Com a Lei 8.935/94, esse artigo passou a dispor:

Art. 601. Nos casos previstos no artigo anterior, o devedor incidirá em multa fixada pelo juiz, em montante não superior a vinte por cento (20%) do valor atualizado do débito em execução, sem

prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material, multa essa que reverterá em proveito do credor, exigível na própria execução.

Parágrafo único. O juiz relevará a pena, se o devedor se comprometer a não mais praticar qualquer dos atos definidos no artigo antecedente e der fiador idôneo, que responda ao credor pela dívida principal, juros, despesas e honorários advocatícios.

A imposição de multa não terá, porém, o condão de coibir os atos atentatórios à dignidade da Justiça. Com efeito, quem não pagou o principal, nem ofereceu suficiente garantia à execução, certamente não pagará o acessório.

Já é tempo de se cogitar da introdução, entre nós, de medida semelhante ao "Contempt of Court", para permitir, nesses casos, a prisão civil por atentado à dignidade da Justiça.

Nem se objete que a prisão estaria inquinada de inconstitucionalidade. É que a Lei Máxima proíbe, tão-somente, a prisão por dívida; não a resultante de atentado à dignidade da Justiça.

Claro está que a medida seria precedida de intimação pessoal do devedor para dar explicações ao juiz ou defender-se da imputação formulada pelo credor com o que se atenderá à garantia do contraditório.

Há, pois, dois aspectos distintos a considerar nessa discussão: a) de um lado, as deficiências de nossa legislação; b) de outro, as falhas da própria máquina judiciária.

No que respeita à legislação processual, há que ressaltar a necessidade de sua revisão para se lograr a almejada efetividade.

Assim, por exemplo, impõe-se a eliminação da citação para a execução; a simplificação da penhora (v.g., a penhora de imóveis pode ser efetivada mediante simples expedição de ofício ao registro de imóveis); a dispensa da publicação de editais; mudança na disciplina da impenhorabilidade dos bens; fortalecimento dos poderes do juiz com previsão de penalidades graves para a prática de atos atentatórios à dignidade da Justiça; organização, em caráter nacional, de um cadastro de bens imóveis para possibilitar ao exequente a obtenção pronta de informação sobre o patrimônio do executado etc.

6. DEFICIÊNCIAS DA ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA

No que toca à máquina judiciária, é patente seu anacronismo em razão da ausência de planejamento e de investimentos. Com efeito, em grande número de comarcas, a Justiça funciona em prédios inadequados e desconfortáveis, com número insuficiente de servidores mal remunerados e ausência de recursos da moderna tecnologia.

Como pretender, nesse quadro, agilidade e eficiência?

A simples reforma da legislação não tem o condão de alterar o panorama da morosidade da Justiça. Em verdade, o anacronismo de nossa organização judiciária pode explicar, satisfatoriamente, o paradoxo "processo moderno - justiça morosa".

Com efeito, o número de juízes, em primeira e segunda instâncias, é insuficiente para atender às necessidades sempre crescentes dos jurisdicionados.

Como pretender agilidade de um magistrado de primeiro grau que tem sob sua responsabilidade 4.000, 5.000, 6.000 ou mais processos? Como exigir prestação jurisdicional qualificada de um juiz que profere mais de 1.000 votos por ano?

A criação automática de cargos em razão do aumento do volume de serviços é, assim, imperativa para se lograr alteração do quadro vigente.

E a infra-estrutura do Judiciário precisa ser modernizada para acompanhar os avanços da tecnologia, notadamente no que concerne à informatização dos serviços cartorários.

Dir-se-á que a criação de cargos exige destinação de verbas, sempre escassas em nossa administração pública.

À sociedade cabe, porém, dizer que modelo de Justiça deseja e, em razão disso, cobrar de seus representantes posição clara a respeito do tema.

Além disso, não é suficiente ampliar os quadros da magistratura sem adequada qualificação de seus integrantes. Às escolas de magistrados está reservado importante papel na preparação e aprimoramento dos juizes para que se altere o quadro atualmente em vigor.

Por outro lado, urge melhorar as condições de trabalho (inclusive quanto à remuneração) dos juízes e servidores para que possam com tranquilidade cumprir suas funções.

Por último, cabe refletir sobre a responsabilidade do Estado pelos danos decorrentes da morosidade processual.²

É necessário, pois, iniciar uma cruzada nacional para dotar o Judiciário dos meios necessários ao cumprimento de seus fins. Somente assim, será possível colher o fruto de um modelo de processo moderno de que já dispomos no Brasil: uma Justiça ágil e qualificada.

7. CONCLUSÃO

De todo o exposto, é lícito concluir que o tema em exame é dos mais complexos, não podendo ser resolvido com a adoção de fórmulas singelas ou reducionistas.

A solução dos problemas do Judiciário requer análise e reflexão sobre as várias causas determinantes do atual quadro de morosidade da Justiça.

Assim, conquanto necessária, não é suficiente a reforma processual sem o redimensionamento da máquina judiciária e a modernização da infra-estrutura do Poder Judiciário.

A criação automática de cargos na proporção do aumento do volume de processos insere-se nesse contexto como providência urgente e inadiável. Da mesma forma, a informatização dos serviços e a melhoria das instalações cartorárias também contribuirão, em grande medida, para se alcançar o fim colimado.

O anacronismo de nossa organização judiciária constitui sério entrave à celeridade processual e fator de comprometimento da imagem do Poder Judiciário. A partir dessa perspectiva talvez se possa lançar alguma luz para explicar o paradoxo que a todos nós intriga, isto é, a convivência entre um modelo de processo moderno e uma Justiça morosa.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, José Eduardo Carreira . *Tutela antecipada na reforma processual*. 2ª ed., Ed. Juruá, 1999.

- ARMELIN, Donaldo. *Tutela jurisdicional diferenciada*, REPRO, v. 65.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipatória - Tentativa de sistematização*. São Paulo: Ed. Malheiros.
- BENETTI, Sidnei. *A segunda fase da reforma processual civil*. in Caderno de doutrina da Associação Paulista de Magistrados (julho/agosto de 1999).
- CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Ed., 1998.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- GRECO, Leonardo. *A execução e a efetividade do processo*, in REPRO, vol. 94.
- LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Ed. RT, 2000.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa *Tutela antecipada*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros Ed., 1997.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *As reformas do Código de Processo Civil: condições de uma avaliação objetiva*. RF 335:97
- _____ *A efetividade do processo de conhecimento*. REPRO 74.
- _____ *Efetividade do processo e técnica processual*. RF 329.
- RICCI, Edoardo F. *A tutela antecipatória no direito italiano*. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Ed. Gênese, vol. 4.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A nova etapa da reforma Processual*, REPRO 83.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

NOTAS

- (1) A segunda fase da reforma processual civil, in Caderno de doutrina da Associação Paulista de Magistrados (julho/agosto de 1999), p.139 e segs.
- (2) Nesse sentido, há moderna dissertação do Prof. Francisco Fernandes de Araújo, que lhe valeu o título de Mestre pela PUCCANIP (Responsabilidade objetiva do Estado pela morosidade da Justiça, Campinas: Coppole Editora, 1999).

A FLEXIBILIZAÇÃO DA EXIGÊNCIA DO DEPÓSITO ELISIVO NA LEI FALIMENTAR

Robson ZANETTI*

RESUMO

O artigo discorre sobre a possibilidade do devedor apresentar sua defesa no processo falimentar sem a realização do depósito elisivo quando o requerimento do credor estiver fundamentado na impontualidade.

Palavras-chave: Impontualidade; depósito elisivo; não realização; possibilidade.

A legislação falimentar brasileira, tomando como base o critério da impontualidade¹ (I), considera o devedor que, após ter tido um título executivo não pago no vencimento e protestado, falido, caso não faça o depósito elisivo no prazo de 24 horas² para elidir sua declaração de falência ou então, não apresente nenhuma das razões relevantes de direito previstas no artigo 4º da lei falimentar para que seja evitada sua falência.

O devedor deve ter ampliado seu direito de defesa para poder expor a sua situação econômica (II) diante da verificação se sua impontualidade. Atualmente a constação da impontualidade do devedor é feita de forma extremamente formal³, tomando-se como base sua disponibilidade imediata de caixa, deixando-se assim, de ser avaliada sua capacidade de recuperação econômica.

Este critério formal faz com que muitas empresas que passam por uma dificuldade passageira, mas com capacidade de recuperação, venham a falir, impendendo-se assim, a continuidade de suas atividades.

^(*) Mestre e doutorando pela Université de Paris 1 (Panthéon - Sorbonne) - Especialista em direito Comercial pela Università Statale di Milano - Itália - *E-mail*: robsonzanetti@hotmail.com

Nosso propósito neste artigo será o de demonstrar que o comerciante devedor deve ter a oportunidade de provar que, embora ele seja impontual, isto não significa necessariamente que ele seja insolvente e, assim, seu direito de defesa deve ser ampliado.

I-A impontualidade do devedor comerciante como causa da ação falimentar

O Decreto-Lei nº 7.661/45 regula o processo de falências e concordatas no Brasil, estabelecendo em seu artigo 1 que:

"Art. 1º Considera-se falido o comerciante que, sem relevante razão de direito, não paga no *vencimento* obrigação líquida constante de título que legitime a ação executiva." (g.n.)

Assim, o primeiro passo para poder ser declarada a falência do devedor tem como fonte geradora o título de crédito que deu causa a obrigação vencida e não paga.

Para que este título possa ser utilizado para instruir o processo de falência deverá estar revestido de liquidez, certeza e exigibilidade (A).

Uma vez constatada esta liquidez, certeza e exigibilidade do título de crédito que instruirá o pedido de falência do comerciante, o mesmo deverá obrigatoriamente ser protestado (B) a fim de constituir o devedor em mora.

A - A existência de uma dívida líquida, certa e exigível

Segundo estabelece o Código de Processo Civil⁴:

Art. 586 - A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível.

O Superior Tribunal de Justiça entende que os requisitos previstos no artigo 586 do CPC, quais sejam, os da liquidez⁵, certeza e exigibilidade, são necessários e indispensáveis para a propositura da ação executiva⁶.

A ausência de um destes requisitos: o da liquidez^{7 8}, o da certeza⁹ e o da exigibilidade¹⁰, não da ensejo a ação executiva, vindo a criar um obstáculo para ser declarada a falência do comerciante.

Uma vez possuindo o título de crédito liquidez, certeza e exigibiliade, este servirá para instruir o pedido de falência do devedor, mas

desde que, uma outra condição seja cumprida, qual seja, o do protesto do título de crédito.

B - O protesto do título de crédito como forma de se comprovar a mora do devedor

A legislação falimentar estabelece em seu artigo 10 que:

"Art. 10. Os títulos não sujeitos a protesto obrigatório devem ser protestados, para o fim da presente lei, nos cartórios de protesto de letras e títulos, onde haverá um livro especial para o seu registro."

O protesto do título de crédito que poderá servir para instruir a ação falimentar movida contra o devedor deverá atender os requisitos legais para que comprove sua mora, caso contrário, embora o título seja líquido, certo e exigível, a falência do comerciante não poderá ser declarada pela falta de não ter sido comprovada sua mora.

Como pudemos observar anteriormente¹¹, os requisitos da liquidez, certeza e exigibilidade são indispensáveis para a propositura da ação executiva e os mesmos requisitos devem estar presentes para o protesto do título de crédito, pois, não poderíamos admitir um título de crédito protestado, sendo por exemplo, inexigível ou então que seja desconstituído de causa legal.¹²

Assim, a existência dos requisitos da liquidez, certeza e exigibilidade constituem uma condição indispensável para o protesto do título de crédito, funcionando como um pré-requisito. Mas, a existência de um título líquido, certo e exigível, sem o protesto, não serve para embasar o pedido de falência do comerciante¹³.

Uma vez preenchidos estes requisitos, o título de crédito está apto para ser protestado, mas, isto não significa que o protesto que vier a ser lavrado esteja necessariamente enquadrado dentro das normas legais. Poderão ocorrer algumas situações que demonstrem que o protesto o fora feito de forma irregular.

Assim, por exemplo, o "instrumento de protesto que não contenha a identificação de quem recebeu, em nome do devedor, a respectiva intimação, reveste-se de intensa irregularidade, desautorizando o êxito do pleito falitário¹⁴".

No mesmo sentido da decisão acima, foram pronunciadas outras decisões negando a decretação da falência do devedor quando o protesto for inválido, não identificando a pessoa que o tenha recebido¹⁵ ou então, quando o representante legal da devedora não for intimado pessoalmente¹⁶.

O devedor somente estará constituído em mora quando houver um título líquido, certo e exigível e o protesto tiver sido feito de forma regular, dentro dos trâmites legais.

Através do protesto, do registro público deste¹⁷ o devedor esta constituído em mora. Fica caracterizada sua impontualidade e a partir da comprovação desta impontualidade poderá ser requerida a falência do devedor.

O protesto extrajudicial é indispensável para o ajuizamento da ação falimentar¹⁸.

II - A ampliação do direito de defesa do devedor frente a seu estado de solvência

O atual sistema pátrio prende como requisito para se declarar a falência do devedor, o fato deste ser impontual, conforme estabelecem os artigos 1º e 10, do Dec.-Lei nº 7661/45.

Entendemos, com todo o respeito as opiniões em contrário, que a exigência do depósito elisivo precisa ser flexibilizada para permitir ao devedor mostrar que não é insolvente e assim evitar a declaração de sua falência.

Assim, o devedor deve ter o direito de apresentar sua defesa sem a realização do depósito elisivo (A) e poder provar que ele não é insolvente e que este fato, constitui-se uma relevante razão de direito (B) para não ser declarada sua falência.

A - A não obrigatoriedade do depósito elisivo

Uma vez sendo requerida a falência do devedor pelo credor, aquele tem um prazo de 24 horas para apresentar sua defesa fazendo o depósito elisivo, conforme determina o artigo 11, §2º da Lei Falimentar ou apresentar alguma relevante razão de direito, com base no artigo 4º da mesma lei, para obstar a declaração de sua falência.

O referido artigo traz um grande problema ao devedor quando se refere à impontualidade e conseqüentemente à exigência do depósito elisivo porque ele desconsidera sua situação econômica, presumindo seu estado de insolvência.

O credor tem seu direito ampliado em seu requerimento, pois ele pode requerer do devedor, a realização do depósito elisivo ou alternativamente a declaração de sua falência sem caracterizar a inépcia da inicial¹⁹.

O devedor tem seu direito reduzido, a sua falência será declarada caso ele não realize o depósito elisivo²⁰. O termo "poderá", exprime uma possibilidade e não uma obrigatoriedade, uma vez que o devedor pode deixar de fazer o depósito elisivo e apresentar sua defesa fundamentado em um dos motivos elencados no artigo 4º da Lei Falimentar.

Caso a defesa do devedor não seja acatada, sem que este tenha feito o depósito elisivo, sua falência será declarada²¹ e, uma vez feito o depósito elisivo, a ação de falência se transforma em uma ação de cobrança "deslocando-se a questão da falência para a apreciação da legitimidade da pretensão do autor e da importância do crédito reclamado²²."

Assim, a falência do devedor não será declarada²³, independentemente do julgamento da ação de falência que lhe fora proposta. Com isto, se verifica que a questão da solvabilidade do devedor desaparece com o depósito elisivo.

O fato de a ação de falência ser transformada em uma ação de cobrança serve para demonstrar que o interesse visado é o recebimento do crédito de forma rápida e não a verificação do grau de dificuldade do comerciante devedor. Aqui não existe interesse na manutenção da atividade comercial, o crédito é visado em primeiro lugar, o interesse do credor está acima da sobrevivência do comerciante, da produção, dos empregos, etc.

Aqui existe somente uma preocupação com a disponibilidade imediata de caixa do devedor.

O atual sistema avalia previamente e imediatamente, num prazo de 24 horas, como está a liquidez do devedor, ou seja, ou este faz o depósito elisivo num prazo de 24 para elidir o pedido de declaração de falência ou poderá ter declarada sua quebra.

Este sistema não permite que o devedor demonstre que ele não é insolvente sem a realização do depósito elisivo. É importante de se frisar que a falência do devedor é *presumida*, ou seja, é antecipado seu estado de insolvência por presunção, enquanto que, o estado de insolvência que caracteriza e não presume a falência, só é conhecido posteriormente no momento em que é feito o depósito do balanço e muitas vezes somente após a realização de uma perícia contábil.

Não existe uma preocupação na sobrevivência da empresa, porque se houvesse, o devedor poderia demonstrar que não é insolvente, mesmo sem fazer o depósito elisivo. Antes de ser declarada a falência, o judiciário deve olhar com atenção a situação econômica do devedor, porque a falência é uma medida de extrema gravidade que representa a morte negocial do comerciante²⁴.

Assim, se o devedor faz o depósito elisivo, independentemente de ser avaliado seu ativo e passivo, sua falência será elidida²⁵. Não interessa se o devedor tem um patrimônio de R\$ 2.000.000,00 e deve R\$ 5.000.000,00. O que interessa, é que se ele tem um patrimônio de R\$ 1.000.000,00 e deve R\$ 20.000,00, tendo um título protestado de R\$ 1.000,00 ele é impontual e sua falência deve ser declarada caso não faça o depósito elisivo ou então, sem este depósito, não tenha apresentado alguma relevante razão de direito, como dispõe limitadamente o artigo 4º da lei falimentar.

Dentro destas facilidades permitidas pela legislação brasileira, o credor, procura um escritório de advocacia para receber seu crédito imediatamente, num prazo de 24 horas e assim, o comerciante se vê obrigado a fazer o depósito elisivo para não ver declarada sua falência e liquidado seus bens²⁶.

O que não pode acontecer, é que seja permitida uma pressão por parte dos credores sobre o devedor, forçando este a um pagamento rápido de sua dívida e sendo assim desvirtuado o instituto falimentar²⁷.

O credor que quer receber seu crédito imediatamente tem outros meios de cobrança, como a execução contra o devedor solvente.

O atual sistema de cobrança rápida (prazo de 24 horas para o depósito elisivo) deve ser reformado, pois, não é possível que uma empresa tenha declarada sua falência somente pelo fato de ser impontual.

B - A relevante razão de direito fundamentada na situação econômica reversível e temporária do devedor

O artigo 4 da lei falimentar estabelece que:

Art. 4º A falência não será declarada, se a pessoa contra quem for requerida provar:

I - falsidade do título da obrigação;

II - prescrição;

III - nulidade da obrigação ou do título respectivo;

IV - pagamento da dívida, embora depois do protesto do título, mas antes de requerida a falência;

V - requerimento de concordata preventiva anterior à citação;

VI - depósito judicial oportunamente feito;

VII - cessação do exercício do comércio há mais de dois anos, por documento hábil do registro de comércio o qual não prevalecerá contra a prova de exercício posterior ao ato registrado;

VIII - qualquer motivo que extinga ou suspenda o cumprimento da obrigação, ou exclua o devedor do processo da falência.

§ 1º Se requerida com fundamento em protesto levado a efeito por terceiro, a falência não será declarada, desde que o devedor prove que podia ser oposta ao requerimento do autor do protesto qualquer das defesas deste artigo.

§ 2º Não será declarada a falência da sociedade anônima depois de liquidado e partilhado o seu ativo e do espólio depois de um ano da morte do devedor."

A legislação brasileira se demonstra extremamente formal quando permite que seja declarada a falência do devedor baseada unicamente em sua impontualidade e lhe exigindo o depósito elisivo, porém, o artigo supra-mencionado revela que em certas situações consideradas como relevantes, o comerciante devedor tem o direito de não realizar o depósito elisivo.

O formalismo da legislação falimentar deve ser adaptado a realidade nacional, assim, não concordamos com o posicionamento da doutrina e dos tribunais²⁸ que insistem no aspecto formal da legislação falimentar para declarar a falência do devedor com base na impontualidade.

As leis devem representar o comportamento social de um povo em um determinado tempo e devem estar harmonizadas com as realidades que despontam. A lei deve estar adaptada a realidade²⁹.

A formalidade existente na legislação falimentar não pode ser considerada como um princípio absoluto, ela vem se tornando mais flexível, basta ver que hoje é possível ser aberta a concordata preventiva de uma empresa, mesmo que ela contenha títulos protestados³⁰, o que é expressamente proibido pela legislação falimentar em seu artigo 158, inciso IV. Quantas empresas não foram salvas com esta flexibilização?

Uma vez tornando o depósito elisivo mais flexível, deixando ao devedor a escolha de realizá-lo ou não, este terá condições de demonstrar que sua empresa é recuperável.

A impontualidade por si só não pode justificar a declaração de falência do devedor comerciante sem que seja constatado que este é insolvente³¹, o devedor impontual não é necessariamente um devedor insolvente. Ela por si só não pode constituir o estado de insolvência³².

O devedor deve ter o direito a ampla defesa para demonstrar que ele não é um devedor insolvente e que sua falência não pode ser declarada.

O Superior Tribunal de Justiça³³, em um importante pronunciamento afirmou que:

"Portanto, embora o não pagamento de obrigação constante de título executivo possa ensejar o pedido de falência, *não é a impontualidade que caracteriza a quebra do devedor comerciante*³⁴. O que determina de fato a falência é a **insolvência**. A impontualidade é somente um fenômeno capaz de configurar a situação de insolvência, e não propriamente *a causa determinante*..." (g.n.)

O STJ nesta decisão demonstra que a impontualidade não é a causa determinante da falência e sim o estado de insolvência. Entendemos que o estado de insolvência deva ser considerado como aquele em que o devedor não tem possibilidades de recuperação, sua dificuldade é irreversível, ela não é passageira³⁵.

A impontualidade não pode ser utilizada como critério determinante para ser declarada a falência e sim, deve ser verificada a situação econômica do devedor, se esta for irreversível e não for passageira, deve ser declarada sua falência.

O projeto de lei nº 4.376/93 do poder executivo que tramita no Congresso Nacional regulando a recuperação e a liquidação judicial³⁶ das pessoas jurídicas e físicas que exerçam uma atividade econômica estabelece em seu artigo 77 que:

"Art.77. Será decretada a liquidação judicial do agente econômico que:

I - sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, dívida constante de título executivo que ultrapasse a soma correspondente a 10.000 UFIR (dez mil unidades fiscais de referência), considerado o valor originário".

Ainda que este projeto tenha progredido no aspecto referente à situação econômica do devedor, percebe-se que a impontualidade possui um limite (10.000 UFIR), logo, o devedor não terá declarada sua falência quando o valor da dívida for inexpressivo³⁷. A impontualidade aqui não é mais considerada como um critério absoluto e inflexível.

Este mesmo projeto passa a não exigir do devedor a realização do depósito elisivo, deixando a este uma faculdade, como estabelece o artigo 81, §3º, "in verbis":

"Art. 81.- Na hipótese do art. 77, I, desta lei, para requerer a liquidação judicial daquele que não paga no vencimento dívida líquida constante de título executivo, deverá o credor instruir o pedido com instrumento representativo desta dívida, cujo valor originário deverá ser superior a 10.000 UFIR (dez mil unidades fiscais de referência), representado por um ou mais títulos executivos devidamente protestados, acompanhado de certidão de protesto de dois ou mais títulos de credores distintos, tirados contra o devedor no período de 90 (noventa) dias anteriores à data do pedido.

§ 3º **Poderá** o devedor, no prazo de defesa, depositar o valor correspondente ao crédito." (g.n.)

Entendemos que atualmente a exigência do depósito elisivo não será obrigatória quando o devedor demonstrar que seu estado de dificuldades é passageiro e recuperável, sendo esta uma relevante razão de direito para não se declarar a sua falência³⁸. Caberá ao devedor realizá-lo ou não, assim, esta obrigação passa a ser uma faculdade.

Com isso, os credores pensarão melhor antes de requerer a falência do devedor visando o recebimento imediato de seu crédito³⁹.

CONCLUSÃO

O critério da impontualidade não pode ser considerado como fonte produtora da falência pois, quando visto de forma isolada e extremamente formal, não demonstra a real situação econômica da empresa.

Sem que sejam avaliados outros elementos que demonstrem a possibilidade de recuperação da empresa, como por exemplo: seu balanço, a falência do comerciante não poderá ser declarada.

A exigência do depósito elisivo deve ser flexível para facultar ao comerciante dever a sua realização. O devedor deve ter seu direito de defesa assegurado, independentemente do depósito elisivo, para que ele possa mostrar que sua situação econômica difícil é passageira e que ele tem possibilidades de recuperação. Ele tem o direito de demonstrar que não é insolvente, garantindo-se assim, seu direito a ampla defesa.

A demonstração do estado de solvência pelo devedor constitui-se em uma relevante razão de direito (art. 4º da lei 7.661/45) impendendo-se que sua falência seja declarada, independentemente deste ter feito o depósito elisivo. Esta situação se enquadra perfeitamente no artigo 4º, inciso VIII, pois, a solvência do devedor é um motivo mais do que suficiente para obstar a declaração de sua falência.

NOTAS

(1) Art. 1º da Lei 7661/45.

(2) Art 11 da Lei 7661/45.

(3) V. ZANETTI, Robson. *Direito falimentar*. Curitiba: Editora Juruá, 2000 (a ser publicado).

(4) Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

(5) Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 30516/MG, publicado no DJ em 10/06/96, pg. 20330, tendo como Relator o Exmo. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira e como órgão julgador a 4ª Turma.

(6) Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 188328/ES, publicado no DJ em 27/03/2000, pg. 00110, tendo como Relator o Exmo. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira e como órgão julgador a 4ª Turma.

(7) Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 24654/RJ, publicado no DJ em 21/06/1993, pg. 12367 tendo como Relator o Exmo. Min. Waldemar Zveiter e como órgão julgador a 3ª Turma; Revista do Superior Tribunal de Justiça vol. 52, p. 131.

(8) Superior Tribunal de Justiça. Resp. 182514/MA; Embargos de divergência no Resp., publicado no DJ em 25/11/1999, pg. 104, tendo Relator o Exmo. Min. Carlos Alberto Menezes Direito e como órgão julgador a Segunda Secao.

(9) Superior Tribunal de Justiça. ROMS nº 1937/RJ, publicado no DJ em 13/10/1992, pg. 17690, tendo como Relator o Min. Dias Trindade e como órgão julgador a 3a. Turma.

(10) Superior Tribunal de Justiça. Resp 214681/SP, publicado no DJ em 16/11/1999, pg. 214, tendo como Relator o Exmo. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira e como órgão julgador a 4ª Turma.

A FLEXIBILIZAÇÃO DA EXIGÊNCIA DO DEPÓSITO ELISIVO NA LEI FALIMENTAR

- (11) Item I, letra A.
- (12) Superior Tribunal de Justiça. AGA 235041/SP, publicado no DJ 17/12/1999, pg. 00363, tendo como Relator o Exmo. Min. Carlos Alberto Menezes Direito e como órgão julgados a 3ª Turma.
- (13) Trinunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ap. Civ. nº 598325298, julgado em 13/10/1999, tendo como Rel. o Exmo. Des. Joao Pedro Freire e como órgão julgador a 6a. Câm. Civ.
- (14) Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Ac. nº 50314, Sao José, publicado no DJ. em 23.04.1996, tendo como Relator o Exmo. Des. Trindade dos Santos e como órgão julgador a 1ª Câm. Civ.
- (15) Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Ac. nº 99.92389-9, Turvo, publicado no DJ em 25.06.1996, pg. 20, tendo como Relator o Exmo. Des. Francisco Borges e como órgão julgador a 4ª Câm.Civ.; Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Ac. nº 96.007263-2, Sao Bento do Sul, publicado no DJ em 24.10.1996, tendo como Rel. o Exmo. Des. Francisco Borges e como órgão julgador a 4a. Câm. Civ.; Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Ac. Nº 96.000449-1, Brusque, publicado no DJ em 19.09.1996, tendo como Rel. o Exmo. Des. Francisco Borges e como órgão julgador a 4ª Câm. Civ.
- (16) Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Ac. nº 96.005425, Sao José, publicado no DJ em 20.08.1996, tendo como Rel. o Exmo. Des. Carlos Prudêncio e como órgão julgador a 1a. Câm. Civ.
- (17) PRETTY, Luís Leal. *A sustacao do protesto especial e a caracterizacao da impontualidade*. In: www.ccf.ufsc.br.
- (18) Superior Tribunal de Justiça. MC nº 1999/0115004-3, publicada no DJ em 14/12/1999, pg. 00180, tendo como Rel. o Exmo. Sr. Ministro Waldemar Zweiter e como órgão julgador a 3ª Turma.
- (19) Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 78658/SP, publicado no DJ em 01/03/1999, pg. 00317, tendo como Rel. o Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira e como órgão julgador a 4ª Turma.
- (20) Tribunal de Justiça do Estado do Parana. Ac. nº 15310, julgado em 26/05/1999, tendo como Rel. o Exmo. Sr. Des. Octavio Valeixo e como órgão julgado a 4ª Câm. Civ.
- (21) Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ac. nº 599300217, julgado em 30/09/99, tendo como Rel. o Exmo. Sr. Des. Clarindo Favretto e como órgão julgador a 5ª Câm. Civ.
- (22) Superior Tribunal de Justiça. Resp 145809/SP, publicado no DJ em 13/09/1999, à pg. 00067, tendo como Relator o Exmo. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira e como órgão juldador a 4ª Turma.
- (23) Tribunal de Justiça de Pernambuco. Ap. Civ. nº 776/86, julgada em 05/12/86, publicada no DJ em 20/04/88, às fls. 05/06, tendo como Rel. o Exmo. Sr. Des. Democrito Ramos Reinaldo e como órgão julgador a 1ª Câm. Civ.
- (24) Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ac. nº 599300217, julgado em 30/09/99, tendo como Rel. o Exmo. Sr. Des. Clarindo Favretto e como órgão julgador a 5a. Câm. Civ.
- (25) Superior Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 162432/RJ, publicado no DJ em 11/02/2000, à pg. 00138, tendo como Rel. o Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeirto e como órgão julgador a 3ª Turma.
- (26) Superior Tribunal de Justiça. Resp. 30536/PB, publicado no DJ em 18/03/1996, pg. 7567, tendo como Rel. o Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.
- (27) Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de instrumento nº 598058725, julgado em 25/06/1998, tendo como Rel. o Exmo. Des. Carlos Alberto Bencke e como órgão julgador a 5ª Câm. Civ.
- (28) RICCO, Osvaldo da Silva. „In“: Lei falencial: derogacao da norma anômala. www.buscalegis.ccf.ufsc.br e www.cjf.gov.br. Neste sentido o Exmo. Sr. Des. do Estado de Sao Paulo entende que o juiz nao pode derogar a lei de forma anômala para nao decretar a falência de uma empresa, pois, se assim o fizer, estará desvirtuando suas nobres funcoes e invadindo a esfera de outro poder.
- (29) Assim declarou o ex-ministro do STJ (Exmo. Sr. Cernicchiaro) em entrevista ao NBR Manha, noticiário da TV a cabo da Radiobrás em 15.6.2000, quando se referia a alteracao da Lei de Seguranca Nacional. Ainda o ex-ministro declarou que " o Direto tem que acompanhar os novos tempos". Seu posicionamento é perfeitamente adaptável aos dispositivos legais que estam ultrapassados. Fonte: www.congressonacional.gov.br, notícias do dia 16.6.2000.

- (30) Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de instrumento nº 598058725, julgado em 25/06/1998, tendo como Rel. o Exmo. Des. Carlos Alberto Bencke e como órgão julgador a 5ª Câmara. Civ.; Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Ac. nº 2903, julgado em 14/10/1998, tendo como Rel. a Exma. Des. Anny Mary Kuss Serrano e como órgão julgador a 6ª Câmara. Civ.
- (31) Neste sentido se manifestou progressivamente o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ag. inst. 599434941, julgado em 23/09/1999, tendo como Rel. o Exmo. Des. Adao Sergio do Nascimento Cassiano e como órgão julgador a 1ª Câmara de férias civil.
- (32) Vigil Neto, Luiz Inácio. In: *Reflexões sobre o sistema falimentar*. RJ nº 241- Nov.97, pág. 34.
- (33) Superior Tribunal de Justiça. Ag. nº 253376/MG, publicado no DJ em 17/12/1999, p. 467, tendo como Rel. o Exmo. Min. José Delgado e como órgão julgante a 1ª Turma.
- (34) Assim também decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ac. nº 599300217, julgado em 30/09/99, tendo como Rel. o Exmo. Sr. Des. Clarindo Favretto e como órgão julgador a 5ª Câmara. Civ.
- (35) O atual sistema italiano se revela no mesmo sentido. Ver. ZANETTI, Robson. *Direito falimentar*. Curitiba: Editora Juruá, 2000 (a ser publicado).
- (36) Assim como ocorreu na França através de sua última alteração, o termo liquidação judicial vem a substituir o termo falência.
- (37) RICCO, Oswaldo da Silva. "In": Lei falencial: derogação anômala da norma. oabmt@oabmt.org.br. Assim, concordamos com os posicionamentos assumidos pelos juizes a que se referiu o Exmo. Des. Oswaldo da Silva Rico, quando assumiram um posicionamento mais flexível com relação a decretação da falência do devedor comerciante não permitindo que a falência do comerciante fosse declarada por uma importância inexpressiva. Por outro lado é importante de se lembrar que o valor inexpressivo deve ser avaliado de acordo com o potencial da empresa.
- (38) Neste sentido se manifestou o Tribunal de Justiça quando permitiu ao devedor que demonstrasse através de sua contabilidade sua possibilidade de recuperação. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ac. nº 599300217, julgado em 30/09/99, tendo como Rel. o Exmo. Sr. Des. Clarindo Favretto e como órgão julgador a 5ª Câmara. Civ.
- (39) Embora seja um depósito elisivo e não um pagamento, os credores forçam os devedores a realização deste, para depois até se buscar um acordo, como ocorre em muitos casos.

A DESCARACTERIZAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Jair Domingos BONATTO*

Este trabalho tem por finalidade demonstrar a intensidade de responsabilidade dos sócios pelas dívidas contraídas pelas sociedades comerciais.

Assunto dos mais palpitantes que vem merecendo dos nossos tribunais maiores uma preocupação muito acentuada é o que diz respeito à **Descaracterização da Personalidade Jurídica**. A grande pergunta que se faz é até que ponto os sócios de uma sociedade comercial têm condições de se esconder sob o manto protetor da personalidade jurídica, da entidade por eles constituída? Ou por outra, em que circunstâncias os sócios de uma sociedade comercial se responsabilizam pelas dívidas que ela, sociedade, veio contrair? Eis a questão.

O artigo 20 do Código Civil nos dá, num primeiro momento, a noção da dicotomia existente entre a figura do sócio e a pessoa jurídica que ele constituiu. Através deste artigo criou-se uma autonomia patrimonial entre a pessoa jurídica e os sócios, vez que estes podem ter seu patrimônio pessoal preservado em caso de falência da sociedade. Aí repousa a razão de ser do artigo 20 do Código Civil. De um lado, dar o incentivo à atividade empresarial, mas dando, por outro, a proteção aos bens dos sócios que não precisarão deles dispor em caso de falência da sociedade por eles constituída.

* Prof. Direito Comercial I - Faculdade de Direito - PUC-Campinas.

Todavia, essa autonomia patrimonial da pessoa jurídica possibilitou a criação de sociedades que propiciam abusos e muitas vezes fraudes, gerando discussões doutrinárias, onde pontificou a palestra do eminente professor Rubens Requião, que trouxe à lume a possível precariedade a respeito da personalidade jurídica das sociedades comerciais, surgindo daí uma nova teoria, de há muito utilizada no Direito Anglo-saxônico e que em nosso país passou a denominar-se **“Teoria da Descaracterização da Personalidade Jurídica”**, tema que enseja um estudo pouco mais profundo.

Pela leitura do artigo 20 do Código Civil, temos que:

“As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros.”

Assim, a constituição de uma sociedade gera uma nova entidade, que adquire personalidade própria garantida pelo dispositivo da lei civil.

Nessas circunstâncias, tendo a sociedade, como pessoa jurídica, individualidade própria, os sócios que a compõem com ela não se confundem. Assim, também, a sociedade adquire ampla autonomia patrimonial. O patrimônio da sociedade, por lhe pertencer, independentemente do seu tipo societário, responde sempre pelas suas dívidas. A sociedade torna-se sujeito capaz de direitos e obrigações, tendo a faculdade de modificar toda sua estrutura, com ingresso ou retirada de novos sócios, com transferência de capital, etc.

Ora, se a sociedade tem existência distinta da dos seus membros, seus patrimônios são inconfundíveis, e isto enseja a criação de sociedades comerciais que possibilitam a realização de fraudes e abusos, que os sócios que as integram têm, dependendo do tipo societário, a garantia de que seu patrimônio pessoal está protegido pela lei.

É o caso então da pergunta: e quando os sócios desviarem a finalidade da pessoa jurídica, mediante fraude, ou abuso de poder, causando prejuízos a credor que não possui meios de cobrar a dívida, diante da impossibilidade de executar os bens dos sócios pela limitação da sua responsabilidade?

Diante desse problema é que se verificou a necessidade de se buscar um meio para que o credor pudesse se ressarcir dos prejuízos que a sociedade lhe houvera causado.

Na intenção de impedir que a personificação jurídica pudesse acobertar atos sociais fraudulentos é que a jurisprudência passou a adotar a teoria da “**Desconsideração da Personalidade Jurídica**”. Consiste esta teoria em afastar a autonomia patrimonial da sociedade, possibilitando, dessarte, a responsabilização direta do sócio por obrigação que, em princípio, é da sociedade. A finalidade dessa teoria é tirar o escudo protetor que possa acobertar fraudes cometidas pelos sócios em nome da sociedade em benefício próprio.

Contudo, esta teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica não pode ser levada ao exagero. Sua aplicação sem cautela ou mesmo indiscriminadamente acabaria, fatalmente, com o próprio instituto da pessoa jurídica, preconizada nos moldes do artigo 20 do Código Civil, e o que é mais importante, levaria a um desinteresse generalizado dos empresários na formação de novas sociedades comerciais pelo risco de terem seus patrimônios lesados, e conseqüente, diminuição das atividades empresariais.

O legislador brasileiro já determinou, em diversas oportunidades, a responsabilidade individual dos sócios pelas dívidas sociais. É cediço que a lei brasileira reconhece sete espécies de sociedades comerciais. Dependendo de cada tipo societário, os sócios terão maior ou menor intensidade de responsabilidade. É preciso que levemos em conta a espécie de sócio, pois a natureza de cada um determina a extensão de sua responsabilidade: limitada ou ilimitada. Os sócios de responsabilidade ilimitada são aqueles que são solidários e respondem subsidiariamente pelas dívidas sociais. Os sócios de responsabilidade limitada, comanditário ou cotista têm responsabilidade tão somente: o primeiro à sua parte no capital social; o segundo à totalidade do capital social e o acionista ao valor exclusivo de sua ação.

Em qualquer tipo societário, no entanto, somente se buscam os bens pessoais dos sócios após esgotados os bens da sociedade. É o que está assentado nos artigos 350 do Código Comercial, 596 do Código de Processo Civil e 1396 do Código Civil.

Art. 350 Código Comercial

“Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados todos os bens sociais”

O artigo 596 do C.P.C. praticamente transcreve o supra citado artigo do Código Comercial.

Art. 596 C.P.C

“Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade.”

Art. 1.396 - Código Civil

“Se o cabedal social não cobrir as dívidas da sociedade, por elas responderão os associados, na proporção em que houverem de participar nas perdas sociais.”

Assim, ainda que se desconsiderasse a personalidade jurídica da sociedade, somente depois de esgotados os bens dela é que seriam executados os bens pessoais dos sócios.

A nossa legislação comercial, como já afirmamos, reconhece sete tipos de sociedades comerciais:

a) Sociedade em Nome Coletivo:

A característica principal desse tipo societário é que todos os sócios, indistintamente, assumem, perante os credores responsabilidade solidária, e ilimitada. Esgotado o patrimônio social, os credores buscam a satisfação de seus créditos sobre um, alguns ou todos os sócios integrantes do quadro de sócios da sociedade; Esta sociedade é regida pelos arts. 315 - 316 do Cód. Comercial.

b) Sociedade em Comandita Simples:

Reúne dois tipos de sócios; um ou alguns com responsabilidade tão somente naquilo que investiram (comanditários) e outro ou outros que respondem ilimitadamente pelas dívidas sociais (comanditados), após esgotado o acervo patrimonial da empresa. É regida pelos artigos 311 a 314 do Código Comercial.

c) Sociedade em Comandita por Ações:

É regida pela Lei 6.404/76, onde a responsabilidade dos sócios é a mesma da Comandita Simples, porém, seu capital é dividido em ações. A responsabilidade pelas dívidas sociais se impõe aos sócios cujos nomes figurem na firma ou razão social, mas sempre, repita-se, após esgotados os bens sociais.

d) Sociedade de Capital e Indústria:

Regula-se pelos arts. 317 a 324 do Código Comercial, onde figuram dois tipos de sócios: um ou alguns chamados de sócios capitalistas e outro ou outros chamados de sócios de indústria, que ingressam na empresa tão somente com seu trabalho, não cabendo a estes nenhuma responsabilidade perante credores da sociedade, ficando a responsabilidade pelas dívidas sociais, após esgotado o patrimônio social, adstrito tão somente aos sócios capitalistas, que possuem obrigações solidária, subsidiária e ilimitada pelas dívidas sociais, isentando o sócio de indústria que, por sua vez, não pode participar da gerência ou administração da sociedade.

e) Sociedade em Conta de Participação:

Os artigos 325 a 328 do Código Comercial é que reconhecem a existência de tal sociedade que, a bem da verdade, sequer possui personalidade jurídica.

É a união de duas ou mais pessoas, sendo ao menos uma delas comerciante, que buscam finalidade lucrativa através das transações mercantis. Toda responsabilidade recai sobre a figura do comerciante ostensivo. Não há o que se falar sobre descaracterização da personalidade jurídica, vez que esse tipo societário não possui personalidade jurídica.

Restam, pois, os dois tipos societários mais utilizados nos dias de hoje.

f) A Sociedade por Ações:

Regida por lei especial, nº 6.404, de 15 de dezembro de 1.976, tem por característica a divisão do seu capital em ações, sendo que o acionista é

responsável unicamente pela integralização do preço de emissão das ações que adquirir ou subscrever.

Neste tipo societário o sócio (acionista) poderá não ser diretor, e este poderá ser elemento estranho ao quadro de acionistas (art. 146 - Lei 6404/76). Assim, em caso de falência, somente o patrimônio da empresa deverá suportar os encargos criados por ela. O acionista assume tão somente a responsabilidade pelo que ELE investiu ante o capital social. Quanto aos diretores e ou administradores, não terão responsabilidade alguma, se agirem dentro dos padrões normais de administração, sem excesso e sem abusos. É o que está preceituado no art. 158 daquele diploma legal que estabelece:

art. 158 (Lei 6404/76)

“O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I. dentro de suas atribuições ou poderes com culpa ou dolo;

II. com violação da Lei ou dos estatutos;

Assim é que, no tipo societário acima, o patrimônio do acionista, enquanto meramente acionista, não pode ser alcançado pelas dívidas sociais, e em sendo gerente/administrador só em caso de exacerbação de suas atribuições nos expressos termos da lei acima.

Por derradeiro, o último tipo societário que a Lei confere é a

g) Sociedade Por Cotas de Responsabilidade Limitada

Introduzida no Brasil através do Decreto 3708 de 10 de janeiro de 1.919, tem por característica principal a limitação da responsabilidade dos sócios à importância total do capital social. Não a parte que **ele** subscreveu e integralizou, mas a que **todos** os sócios subscreveram (art.2º do Decreto acima).

Na sua insolvência, preleciona o artigo 9º;

art. 9º

“Em caso de falência, todos os sócios respondem solidariamente pela parte que faltar para preencher o pagamento das quotas não inteiramente liberadas.”

Só a parte que faltar para a integralização do capital, não as dívidas da sociedade.

Nessas circunstâncias o sócio só é responsável pela totalidade do capital social; este, uma vez integralizado, nada mais deve o sócio, nem à sociedade nem aos credores dela.

O artigo 10 do diploma que rege este tipo societário determina a responsabilidade dos sócios que a integram quando infere:

art. 10º

“Os sócios-gerentes ou que derem o nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidaria e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei”.

Não deixou o legislador de 1.919 nenhuma dúvida sobre a responsabilidade do sócio. Só assume responsabilidade quando age com excesso de mandato ou contrariando a lei. Fora disso só assume até o total do capital social. Nada mais.

Também o Código Tributário Nacional, Lei 5.172/66 art. 134, estabelece:

art. 134

“Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

I ...

VII. os sócios, no caso de liquidação de sociedades de pessoas.”

Aqui a lei faz distinção, atribuindo responsabilidade solidária dos sócios no caso de liquidação das sociedades de pessoas; durante sua existência, não.

A Lei 8.078 que trata da Proteção ao Consumidor em seu artigo 28 e seus parágrafos 2º e 5º, dispõe:

art. 28

“O Juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de

direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

§ - 4º ...

§ - 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.”

Outras leis tratam da confusão entre o patrimônio da sociedade falida com os seus diretores, notadamente os artigos 5º e 6º do Decreto 7661 - 21/06/45 (Lei de Falência); artigo 117 da Lei 6.404/76 (Lei S.A.), que responsabiliza o acionista controlador pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

O Código Penal pune o diretor ou o gerente que toma empréstimo à sociedade ou usa, em proveito próprio ou de terceiro, dos bens ou haveres sociais, sem prévia autorização da assembléia geral (art. 177, § 2º b da Lei 6.404/76).

Assim e no mesmo sentido, a Lei 8.884/94 (art. 18), que regulam a repressão ao abuso do poder econômico e as Leis 4.729/65 (art. 6º) e 8.137/90, (art. 11), que atribuem às pessoas ligadas à pessoa jurídica a responsabilidade penal quando houverem praticado ou concorrido para a prática da sonegação fiscal ou de crime contra a ordem econômica.

Esses e outros tantos ordenamentos, estão sempre voltados à penalização quando houver má administração, cometida pelo administrador em proveito próprio, ou de terceiros ou ainda quando, agir, com exacerbação, com culpa ou dolo.

O que não se admite, a nosso ver, é a Desconsideração da Pessoa Jurídica quando os atos praticados pelos gerentes e/ ou administradores forem atos normais de gestão. Ou seja, correram um risco de negócio e perderam. Nesse caso, não se pode confundir o patrimônio individual do

administrador para ressarcir aos credores da sociedade, ainda que o patrimônio desta tenha se esgotado.

Não se deve perder de vista que o empresário pode perder o seu investimento dentro do empreendimento econômico, muita das vezes, em atos normais de gestão de negócios, e que, por infelicidade, não deram certo. Como penalizá-lo com seu patrimônio individual para ressarcir os prejuízos causados pela sociedade?

É diferente o administrador que se esconde sob o manto da personalidade jurídica da empresa para, com culpa ou dolo, burlar terceiros, daquele que, realizando atos normais de gestão, não atingiu, independentemente da sua vontade, o objetivo da lucratividade, e acaba por causar prejuízos a terceiros. Nesses casos, parece-nos que a prevalência do artigo 20 do Código Civil se impõe, na garantia de que as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros.

A ÉTICA DO DOCENTE NA ELABORAÇÃO DA PERGUNTA OU DO COMPROMISSO COM A FORMAÇÃO E A AVALIAÇÃO EDUCACIONAL

Suely Galli SOARES*

A pergunta é um elemento da comunicação e sobretudo do desenvolvimento do raciocínio que provoca e conduz.

Nas relações educacionais, entendidas como qualquer relação que inclui o compromisso com o outro, a pergunta é o instrumento capaz de conduzir à análise qualitativa aspectos não mensuráveis, significados e interpretações que o homem constrói em um dado contexto sócio-histórico, político e culturais. Nesta perspectiva, perguntar torna-se uma ação responsável revestida de uma certa ética, na medida em que envolve o desnudamento do outro.

No confronto com a pergunta o sujeito expõe sua capacidade de compreensão e maturidade o que poderá levá-lo ao podium ou ao fracasso anunciado na resposta. Perguntas causam o sucesso e a promoção do indivíduo, tanto quanto o derrotam e o aniquilam.

A pergunta é como uma flecha lançada no alvo que não é a resposta, mas o sujeito que responde. Ela tem endereço e também tem, guardada em si, o trajeto que conduz a resposta. Ao elaborar a pergunta, o autor parte da resposta que quer, mas nem sempre consegue realizá-la com objetividade e clareza.

(*) Suely Galli Soares é Doutora em Educação pela UNICAMP, docente da Faculdade de Educação desde 1988, Assessora Pedagógica para Ensino à Distância na Vice-Reitoria Acadêmica da PUC-Campinas, Membro do GEMDEC, Grupo de Movimentos Sociais Educação e Cidadania da Faculdade de Educação da UNICAMP, Pesquisadora das relações educação e trabalho, presentes nas políticas sociais do governo federal desde 1997.

Confunde-se a pergunta eficaz, com a pergunta difícil. No entanto, embora o tema que abrange possa ser complexo, a pergunta deve ser clara, inteligível e condutora do raciocínio. Uma pergunta assim causa no leitor sensação de conhecer, saber o que ela quer. Mesmo que não saiba a resposta, a pergunta, quando compreendida causa a sensação agradável e construtiva do indivíduo, ao reconhecer, ainda que por alto, o assunto que ela retrata. É quando por exemplo ouvimos: *eu entendi o que quer saber, mas não tenho ainda a resposta*. Diferente de: *não entendi o que quer saber, portanto, não sei se poderia responder*¹. O verbo *poderia* denuncia que a pergunta não cumpriu plenamente seu objetivo.

Nossa trajetória pelas práticas no ensino superior nos mostra que, apesar dos estudos sobre concepções da avaliação mediadora onde se considera o **processo** ensino e aprendizagem, e não o produto dela, há docentes que adotam ainda, como marca pessoal a dificuldade, lançando perguntas avaliativas que complexifica ainda mais um assunto já complexo. Essa postura geralmente o torna responsável por um elevado índice de notas baixas e um clima tenso e ansioso entre os alunos.

Antigamente, o professor que apresentava maior dificuldade para os alunos, nas provas ou mesmo nas questões em aula, eram famosos e eleitos como pessoas de inteligência inatingível. Eram os "carrascos", temidos e venerados. Aqueles que contribuíam para elevar o status da instituição sustentada nos pilares da honra, disciplina, excelência e tradição. A dificuldade sofrida na escola preparava para a dificuldade a ser vencida na vida, fora dela. Quanto mais difícil, mais bem preparado. A austeridade da escola incluía a dos professores e da avaliação constituída entre outras, de provas escritas e orais, atuando no meio educacional como predadora da descontração e alegria. A elaboração da pergunta mostrava quão complexa era o raciocínio exigido das explicações. Essa característica da escola tradicional justifica a leitura que Saviani (1985) faz sobre seu caráter seletivo. Embora a escola trazia o lema da democracia "Educação Direito de Todos", nem todos nela entravam, dos que entravam poucos permaneciam, dos que permaneciam nem todos eram bem sucedidos, ou correspondiam aos anseios da sociedade.

Ainda hoje nas universidades públicas ou privadas, são muitos os alunos que se queixam dizendo: *eu estudei toda a matéria, não perdi uma aula, sei falar do assunto com os colegas, mas não consigo ir bem na prova. Não entendo o que está se perguntando*². O que quer dizer isso? Na metodologia

de ensino e avaliação, que supõe domínio dos conteúdos deveria se incluir a habilidade de elaborar questões.

Muitas vezes transparece a dúvida sobre o objetivo de certas perguntas, se ela é feita para diagnosticar a aprendizagem do aluno, ou é usada apenas para provar o que o aluno não sabe. A prova quer comprovar o quê? O sucesso da aprendizagem ou o fracasso da relação ensino e aprendizagem, dos métodos, dos conteúdos e da própria avaliação?

Perguntas bem elaboradas provocam no aluno, no mínimo, o prazer de entender o que se pede, ainda que ele não saiba a resposta. Entender a pergunta é o caminho para saber o que faltou estudar. Por outro lado, a percepção da clareza e objetividade da pergunta já na primeira leitura, faz nutrir no aluno a sensação que eleva a auto-estima e a recompensa pelo esforço que confirma a aprendizagem.

Perguntas mal elaboradas, tendenciosas, labirintos, armadilhas secretas, constroem, causam impotência de raciocínio, impedem a auto avaliação pois nem ao menos possibilitam ao aluno, perceber o que não sabe, ou sabe pouco ainda.

O sucesso da resposta é também sucesso da pergunta e da forma como facilitou o percurso ao ponto de chegada. Quando isso ocorre a comunicação ultrapassa os limites que separam professor e aluno e o conhecimento passa a ser o grande acontecimento que envolve ambos. Ao receber do professor o trabalho corrigido revelando os bons resultados obtidos pelo aluno, a troca de olhar é uma comemoração do sucesso de ambos, pois: a boa nota e ou a nota ruim pertence a ambos: o autor das perguntas, o mesmo que subsidiou nas aulas os fundamentos para a resposta, e o autor da resposta que decifrou o caminho.

Mas, há também os que fazem da pergunta que aplica aos alunos, a vingança, contra o desinteresse ou barulho da classe, entre outros. Alguns chegam a anunciar: *Vocês verão na prova!*³ O descontentamento com o próprio trabalho ou profissão, má formação, despreparo, entre outros, são entraves que também contribuem para a mágoa que se descarrega na avaliação e materializa a pergunta traiçoeira.

Professores são brilhantes e sabem dificultar ou facilitar o quanto querem. Alguns não se permitem atribuir nota *dez*, se dedicam a elaborar

questões que os protejam desse terrível mal, com perguntas difíceis de responder, na verdade, difíceis de entender.

Ao elaborarmos a pergunta partimos do objetivo dela. O que quero que minha pergunta traga como resposta? Que conhecimento espero ver sistematizado na resposta? Que conteúdos trabalhados serão realmente contemplados na pergunta? Que conteúdos, priorizo como fundamental na formação do meu aluno? Como elaborar a pergunta de forma que ela explique o que quero? O que de fato quero? A que outras interpretações minha pergunta dará margem? Como poderei considerar outras interpretações movidas por ela? Qual resposta será considerada por mim como totalmente correta? Existirá a possibilidade do meio certo? A pergunta que fiz possibilita raciocínio pessoal ou exige reprodução do texto trabalhado e do autor?

Se o que importa é o objetivo da pergunta, deveríamos refletir então sobre a pergunta que desnuda a aprendizagem, e a pergunta que encobre relações conturbadas no processo ensino e aprendizagem.

Quando elaboramos uma questão para pesquisa científica qualitativa, a preocupação é a mesma. Como delimitar na pergunta o objeto de estudo? Qual é o potencial de respostas que determinada pergunta guarda? Que informações ela possibilita desencadear? Qual a validade e importância dessas informações para o estudo? Ou seja, o que vou fazer com todas as informações que minha pergunta potencializa? Eu preciso de todas? Terei como analisá-las de forma a ampliar o conhecimento, ou elas me desviarão do objeto?

Na avaliação do docente sobre a aprendizagem do aluno, essa preocupação é também pertinente pois as perguntas que faço ou deixo de fazer, refletirão na expressão do aluno sobre o trabalho que eu mesmo realizei com ele e para ele. Portanto, respeitadas as exceções, as respostas desnudam de uma forma ou de outra, a prática do docente, seja ela no desenvolvimento dos conteúdos; seja na elaboração das perguntas que os avaliam.

Poderíamos refletir também sobre perguntas que motivam a cola. São geralmente questões quantitativas e técnicas. Mas também podem ser formuladas de forma a valorizar o texto original estudado, descartando possibilidades de interpretação pelo aluno, devendo ser respondida tal qual o texto estudado. São situações em que se exige indicação da Lei, da fórmula, da nomenclatura, da regra, dos dados históricos (data), técnicos, etc. Há pergunta que só decorando, o que exige muito tempo de exercício repetitivo, ou

colando para obter o sucesso da resposta! Podemos arriscar dizer que não é o aluno quem cola, é o professor que conduz avaliações passíveis de cola, ou que trabalha conteúdos cuja aprendizagem de memorização exige lembretes: cola.

Ao professor não cabe apenas o compromisso de exercitar a habilidade da pergunta. Além de se esperar do educador competência e sensibilidade para elaborar perguntas, espera-se também que ele seja um educador que valorize a formação de alunos que saibam perguntar.

O diálogo estabelecido com a liberdade de participação e intervenções do aluno, quase sempre na forma de pergunta, faz da aula uma experiência partilhada entre os sujeitos. Retira ou reduz a concentração da responsabilidade do professor como o único condutor das reflexões, além de elevar o interesse do aluno que sonda, com as suas intervenções, a própria aprendizagem, identificando as superações ainda por conseguir. O aluno se sente livre para perguntar, sem receio de críticas ou censura, exercita a compreensão da importância da pergunta na sua própria promoção pessoal como aluno, passando a preocupar-se com a qualidade e riscos de sua exposição. Isso qualifica e eleva o nível da aula, resultando a satisfação e realização de todos os envolvidos.

Resumindo, perguntar exige conhecimento, criticidade, liberdade. Como já dissemos, a pergunta é responsável pela seqüência da atividade mental, indica caminhos para o raciocínio percorrer. *A resposta é sempre um caminho que está atrás de você. Só uma pergunta pode apontar o caminho para frente.* (Gaarder, 1999: 28). Em sua obra Gaarder nos fala da profundidade da pergunta que antes de ser respondida merece ser reverenciada pela sua genialidade e, quanto mais profunda, fascinante e exigente de reflexão for, maior e mais longa deve ser a reverência. As vezes, podemos visualizar isso no aluno ao ler as questões da avaliação, levanta os olhos em direção do professor e expressa no semblante, a reação de quem entendeu o que foi perguntado – essa expressão é a reverência de que o autor nos fala. Quando uma pergunta é inteligente percebemos quantas outras podem nascer a partir dela numa avalanche de idéias que se organizam sucessivamente graças a ela.

Entendemos que o espaço de tempo entre o lançamento da pergunta e o nascimento da resposta deva ser longo o suficiente para que ela, a resposta, venha carregada por outros por quês (SOARES, 2000).

Assim, devemos refletir sobre atividades que carregam grande número de perguntas para serem respondidas em tempo limitado. O

quantitativo, neste caso, ameaça o qualitativo. Perguntas bem elaboradas podem reduzir o número de questões, abranger conteúdos, sintetizar conhecimentos, relacionar aprendizagens.

Embora alunos falem muito, vivenciamos o drama da não-pergunta na docência. Quando no processo de uma exposição, interrompemos para chamar a participação do aluno: *Alguém tem perguntas ou comentários sobre o assunto? ou sobre uma outra forma de falar sobre ele?*⁴ O silêncio, neste caso, quase sempre, denuncia um cabedal de perguntas natimortas e instala a dúvida sobre o que de fato captaram da aula. Até que ponto o conteúdo selecionado como requisito para conhecimento da disciplina exerceu inquietação o suficiente para gerar perguntas? Qual é a leitura a se fazer do silêncio? Ele pode servir como referência de avaliação do conteúdo e da forma como é trabalhado?

Ao contrário, se a exposição for entrecortada de perguntas, ah! ai sim, novo argumentos surge com o outro e sua construção mental, que aponta na linguagem própria, outras hipóteses e possibilidades de caminhos para a construção do conhecimento!

Pergunta é saudável sempre! O silêncio, nascido da ausência de perguntas na comunicação, é sempre doentio! Traz epidemias de largo alcance com seqüelas históricas.

A censura, conhecida pelos que viveram as ditaduras, é um desses elementos capazes de fazer morrer as fontes de perguntas críticas, cujas interpretações geniais e inventoras de percursos inéditos, ameaçam porque potencializam conhecimento, desvelam aspectos da realidade, denunciam interesses, transformam. Mas a censura, sabemos, não ficou inativa com o fim da ditadura, apenas modificou-se amparada pelos recursos tecnológicos e processos de comunicação e disponibilização de informação. Revestiu-se de estratégias que articulam a inculcação de valores e tendências dominantes, escamoteiam a verdade, disfarçam a realidade, e adiam reações capazes de mudanças em favor do povo. É sutil, subliminar e tão ou mais eficaz e poderosa, por atingir e aprisionar em suas malhas sedutora, a população analfabeta e sem fundamentos e liberdade para perguntas. O conhecimento é libertador por que permite reflexão, análise e crítica da realidade. Mas a pergunta ou o ato de perguntar exige exercício e articulações mentais que reúne informações precedentes, relacionam significados, organizam e estruturam palavras que, na composição, instala a pergunta. É preciso uma

educação libertadora da pergunta, o que só é possível com sistemas educacionais e educadores conscientes dessa importância.

O processo de formação de perguntadores tem início com a aprendizagem da língua e primeiras leituras do entorno. Começa na família e passa pelos professores: responsáveis pela pergunta natimorta da pré-escola aos bancos da universidade. Silenciada a pergunta, torna-se escondida a identidade.

A originalidade e intencionalidade da pergunta revelam a identidade do perguntador. Nenhuma pergunta nasce do acaso, mas de um trajeto interior já percorrido. Ela é ponto de chegada e de partida, é gestada na construção que revela os limites do conhecimento.

...conhecimento vivenciado, não apenas refletido; a de um conhecimento percebido, sentido, não apenas pensado - então a ciência se fez arte. E o movimento que essa arte engendra é capaz de modificar os mais sisudos e tristes prognósticos para o amanhã, em educação e na vida "(Fazenda, 1997:15).

Reconhecer esse processo da ciência que se torna arte, é valorizar a sensibilidade que a autora identifica como a estética do ato de pesquisar na educação: universo inesgotável de perguntas.

Neste início de milênio, com projeções de uma sociedade em processo de transformações exigentes de novos conhecimentos e novas relações sociais, questionamos sobre a formação do profissional educador na capacidade de formular perguntas. Como a universidade tem preparado esse profissional para exercer influência na formação de um educando desconfiado, perguntador e crítico dos arranjos sociais e das definições postas como verdades absolutas?

Essa reflexão nos permite inferir que é possível desvendar o universo da pessoa profissional de educação, por meio de sua prática pedagógica, de sua sensibilidade e disposição para aprender, transformar, perguntar perguntas inteligentes, constituídas da genialidade peculiar de cada área do conhecimento e seus domínios. Perguntas capazes de trazer no seu enunciado, o esboço da expressão agradável do entendimento pelo leitor.

Finalizando, a ética do docente se materializa na relação ensino e aprendizagem, sobretudo nos processos de avaliação que desnuda a visão de homem e de sociedade que carrega. Uma visão que contorna e define sua

concepção de cidadania e deixam em sua prática educativa, marcas decisivas de fracassos e de sucessos espalhadas como eco das perguntas que desenvolveu ao longo do exercício docente ao educar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- GAARDER J. *Ei! Tem alguém aí?* Companhia das Letrinhas, São Paulo, 1999.
- FAZENDA, I. C. *A Pesquisa em Educação e as transformações do conhecimento*. Editora Papyrus, Campinas, SP, 1997.
- SAVIANI, D. *Escola e Democracia, Teorias da Educação, Curvatura da vara, Onze teses sobre educação e política*. Editora Cortez, São Paulo, 1985.
- SOARES, S. G. *Arquitetura da Identidade, sobre educação, ensino e aprendizagem*. Editora Cortez, São Paulo, 2000.

NOTAS

- (1) Grifo nosso.
- (2) Grifo nosso.
- (3) Grifo nosso.
- (4) Grifo nosso.

JOHN RAWLS

Luis Arlindo FERIANI FILHO*

INTRODUÇÃO

A obra do filósofo John Rawls, Teoria da Justiça, publicada no ano de 1971, apresenta-se como um dos textos mais importantes no campo da filosofia ética e política.

As questões propostas pelo autor acerca da matéria são as seguintes: O que é justiça? O que é uma ordem justa e estável? Como compreender as regras que presidem a distribuição de riquezas, liberdades, direitos e deveres fundamentais, etc.?

John Rawls compara os conceitos clássicos de justiça utilitarista e intuitivos e a justiça como equidade, trazendo uma teoria alternativa contra esses sistemas.

A Teoria da Justiça teve grande aceitação e sucesso, principalmente por que trouxe uma nova visão em uma época de crise da ideologia marxista e leninista.

I. SOLUÇÃO SUBSTITUTIVA

A Teoria do utilitarismo foi fundada pelo juriconsulto inglês Jeremy Bentham (1748-1832) no século XVIII. Segundo esta teoria, o princípio da maior felicidade do maior número de indivíduos serve de base para o governo. Busca calculada dos prazeres, uma aritmética dos gozos que conduz à harmonia social.

(*) Mestrando do Curso de Mestrado em Direito Processual Civil - PUC-Campinas.

JOHN RAWLS

Os indivíduos da sociedade buscam sua maior felicidade possível impondo, inclusive, sacrifícios destinados a garantir mais vantagens em seguida.

O mesmo raciocínio é transportado para a sociedade de modo que ela possa fazer um "balanço" das satisfações e insatisfações dos diferentes indivíduos que a compõem.

Para que isso ocorra deve-se imaginar um espectador imparcial determinando a maior parcela de satisfação para o conjunto para que ela possa ser aplicada na própria sociedade.

John Rawls, influenciado pela visão de Kant, critica esta teoria por ela não se preocupar com a felicidade de cada indivíduo, uma vez que leva em conta apenas um bem estar geral.

Além disso, também não há preocupação com a qualidade da satisfação, deixando de lado, talvez, aspectos importantes, como a liberdade e a cultura, já que só se interessam pelo útil ou o bem-estar.

II. JUSTIÇA E SOCIEDADE

Para Rawls, a discussão da justiça tem como interesse o modo como é feita a distribuição dos deveres e direitos fundamentais na partilha dos benefícios da cooperação social.

Os indivíduos se unem em sociedade para obterem vantagens mútuas, tornando a vida melhor para todos.

No entanto, existem conflitos de interesses devido a má distribuição dos produtos da cooperação mútua, obrigando o surgimento de princípios de justiça social para corrigir estas diferenças.

Os princípios da justiça social servem para regular a escolha de uma constituição política e os elementos principais do sistema econômico e social.

III. PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA

Para estabelecer quais seriam os princípios reguladores, Rawls propõe uma doutrina contratualista, formulando um novo "contrato social" entre pessoas livres e racionais.

Imagina uma Assembléia de pessoas livres (situação hipotética) reunidas para escolher as regras e princípios que devem guiar a estrutura da sociedade e a repartição dos bens essenciais.

O "véu da ignorância" (desconhecimentos de suas próprias características individuais e de seu lugar na associação futura) garantiria um procedimento equitativo, já que as pessoas não poderiam se utilizar dos princípios para favorecimentos pessoais.

Existem, portanto, duas exigências para que a situação inicial possa ter condições de igualdade entre os homens para se chegar a um acordo equitativo com obrigações "auto-impostas":

- condições de racionalidade, expressas por uma noção própria de bem e por um senso de justiça. Rawls recomenda que os participantes da posição original tenham conhecimentos em Psicologia, Sociologia e Economia para facilitar a caracterização;
- "véu da ignorância"

Resumindo, homens livres e racionais escolhem os princípios de justiça da estrutura social que ora se inicia. Exemplificando, quanto à forma de governo, nenhum deles escolheria a tirania, pois, devido ao véu da ignorância não existia garantias de ser ele o opressor, arriscando-se a ser o oprimido. Cada indivíduo garantiria sua liberdade e a dos demais e se preocuparia em distribuir igualmente os direitos e deveres dos cooperadores, criando, portanto, dois princípios de justiça.

- O primeiro princípio exige a igualdade das atribuições dos direitos e dos deveres básicos;
- O segundo princípio, ou princípio das diferenças, diante da impossibilidade de distribuição igualitária, admite que os bens não sejam distribuídos igualmente, desde que beneficie a todos ou aos menos favorecidos ou, ainda, que seja possível a mobilidade social;

IV. TEORIA ALTERNATIVA

Segundo Rawls, "as teorias morais tradicionais são na maioria intuicionistas ou se baseiam num único princípio", ou seja, os intuicionistas

JOHN RAWLS

contam com uma multiplicidade de princípios (além da liberdade e diferença) e nenhum possui privilégio ou prioridade e o utilitarismo clássico possui apenas um único princípio ("agir em prol da felicidade do maior número de pessoas").

Essa questão da prioridade dos princípios, na Teoria da Equidade, ou ordenação serial, traz a regra de que o primeiro princípio é anterior ao segundo, ou seja, a oportunidade equitativa é anterior ao princípio da diferença. Como se percebe, a questão da liberdade está acima dos princípios da diferença, principalmente porque este princípio é uma exceção devido a impossibilidade de distribuir os bens igualmente.

As características básicas da Teoria da Justiça de John Rawls que a torna distinta das demais podem ser resumidas da seguinte maneira:

- na posição original, as pessoas devem reconhecer a prioridade dos princípios de justiça;
- as regras de prioridades estabelecem que o princípio de liberdade equitativa é anterior ao princípio das diferenças;
- os juízos morais dão lugar a juízos de sabedoria;
- deve-se reduzir a dependência em relação aos juízos intuitivos mas não eliminá-los completamente.

A Teoria da Justiça tem como prioridade o justo, diferentemente do bem. Trata-se de uma doutrina deontologista, ou seja, a moralidade e ética consistem em agir como se deve, desconsiderando-se o útil ou o bem.

Esse deontologismo teve como base os ensinamentos de Kant, segundo o qual, um ato não é nem justo nem moral porque é bom, mas porque é reto.

Distingue-se, desse modo, da Ética a Nicômaco, de Aristóteles, em que a justiça se definia a partir da idéia do bem e dos fins do homem (perspectiva teleológica).

A filosofia de Rawls, no entanto, não descarta a figura do bem, principalmente porque ele acreditava que "a atividade coletiva justa é a forma mais importante de felicidade humana".

A justiça permite e ajuda a felicidade de todos e diminui o rancor e a inveja. Por sua doutrina, as vantagens de uns beneficiariam outros menos favorecidos, possibilitando uma harmonia maior e diminuindo as diferenças.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As características da Teoria da Justiça se expuseram a partir do critério de "ordenação serial", tendo o mesmo surgido do problema da prioridade, desconsiderado pelas teorias utilitarista e intuicionista.

Depois do estudo da Teoria da Justiça e do seu ponto de vista, fica claro que John Rawls tem como parâmetro os pensamentos de Kant, principalmente com relação à retidão na conduta.

Sob inspiração Kantiana, Rawls formula os princípios de justiça, acrescentando a posição original, em substituição ao pacto social, para melhor fundamentar a ordem de prioridades.

A Justiça como equidade traz a idéia de um contrato, tendo como objeto os princípios de justiça, para estrutura básica da sociedade.

A distribuição igualitária na situação inicial não significaria, segundo Rawls, igualdade eterna, uma vez que pelas capacidades individuais, ocorreriam desenvolvimentos dos bens.

Como todas as outras teorias, a de John Rawls não está isenta de dúvidas, sendo que os filósofos apresentam algumas questões, tais como:

- Como se poderia fazer uma escolha justa estando ao abrigo do "véu da ignorância"?
- Com relação aos princípios será que eles existem em-si ou são formulados pelo filósofo? E, se são formulados, uma diferença de capacidade racional não elaboraria princípios melhores?

Essas questões, no entanto, não tiram o brilho da doutrina ético-política de Rawls, possuindo a mesma, inúmeros méritos, elaborando uma concepção sistemática da justiça.

Baseando-se no pensamento Kantiano, apresenta os princípios de justiça como análogos a imperativos categóricos. Os princípios políticos têm como base, portanto, os princípios do tipo moral.

BIBLIOGRAFIA

- OLIVEIRA, William Coelho de. *Justiça como Equidade em John Rawls*. An. Filos. São João del-Rei, n. 7, jul. 2000.
- RUSS, Jacqueline. *Pensamento Ético Contemporâneo*; tradução de Constança Marcondes César, - São Paulo: Paulus, 1999 - (Coleção filosofia em questão).

