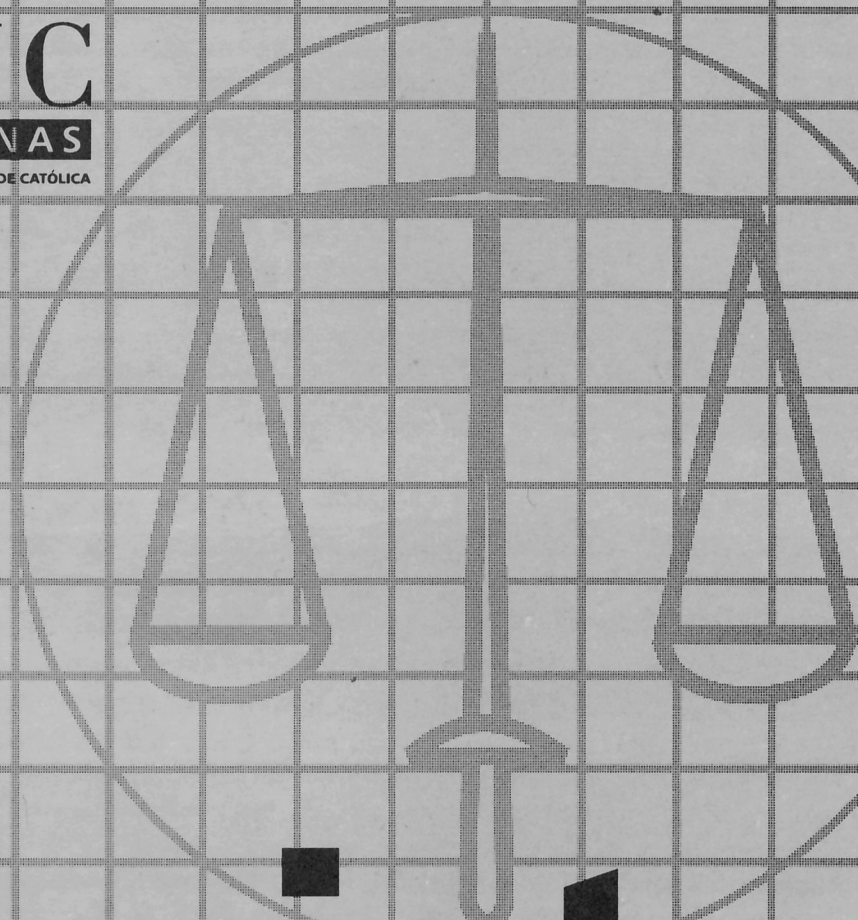




PUC

CAMPINAS

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA



Revista Jurídica

Vol. 15 - Nº 2 - 1999

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 Ferriani

REVISTA JURÍDICA

Periodicidade Semestral

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Régis de Moraes

Profa. Constança Marcondes César

Renan Severo Teixeira da Cunha

Heitor Regina

Jamil Miguel

Yara Maria B. de C. F. Chaves Pinto

Editora responsável - Vera de Arruda Rozo Cury

Jorge Luiz de Almeida

Ana Maria Melo Negrão - Revisora

REVISTA JURÍDICA

Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas

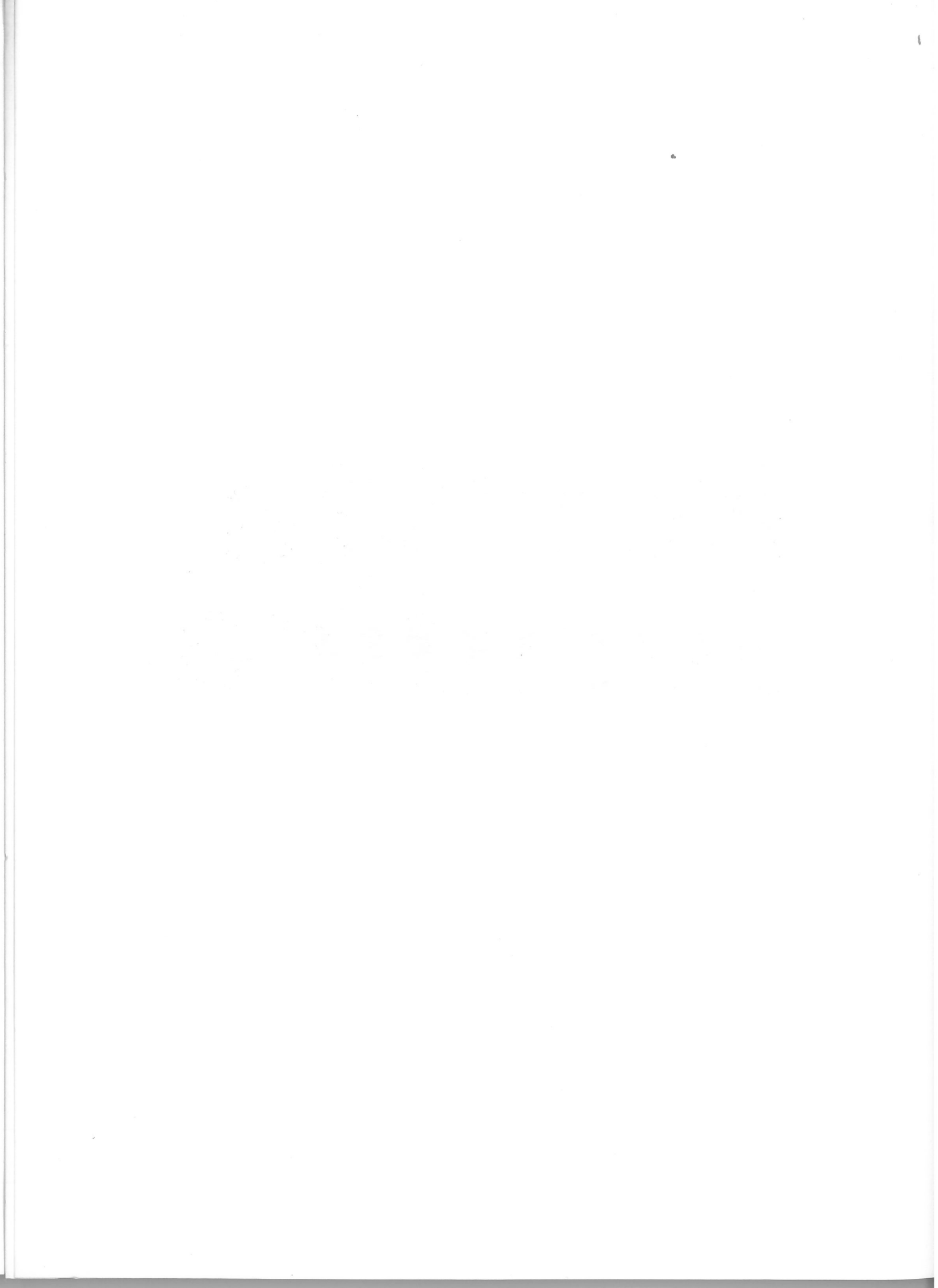
Rua Marechal Deodoro, 1099 - Tels. 735-5899 ou 735-5833

Caixa Postal 317 - CEP 13020-904 - Campinas, SP

Revista Jurídica

ISSN 0103-5622

Revista Jurídica	Campinas	v. 15	Nº 2	p. 1-138	1999
------------------	----------	-------	------	----------	------



SUMÁRIO

ARTIGOS

A Justiça as Leis e as Formas de Governo em Aristóteles Luiz Henrique Boselli de Souza	5
Processos de Exclusão Social: O Homem sem Direitos J. F. Regis de Moraes	9
Desemprego e Flexibilidade do Direito do Trabalho Fato Social e Fato Jurídico Causalidade Fernando Monteiro da Fonseca de Queiroz	17
A Educação como Instrumento de Seleção Criminológica Noadir Marques da Silva Junior	20
De Onde Advém a Inserção da Sociologia Jurídica no Ensino de Direito? Ana Maria Melo Negrão	25
A Hermenêutica de Martin Heidegger Eliane Avelar Sertorio Octaviani	34
O Círculo Hermenêutico Adriana Maria Palermo Brisolla	37
A Constitucionalidade da Lei de Arbitragem Ricardo Rodrigues Gama	40
Tutela Antecipada e o Princípio da Proporcionalidade José Eduardo Suppioni de Aguirre	47
O Direito à Prova no Processo Civil João Batista Lopes	66
Tutela Jurisdicional Diferenciada e a Efetividade do Processo Eliane Avelar Sertorio Octaviani	71
Considerações Acerca da Arbitragem e sua Constitucionalidade: Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas	90
La Bibliografia Di Norberto Bobbio Su Internet Mario G. Losano	99
Julgamento conforme o estado do processo Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas	105
A Internacional - Um poema melodiado da História Carlos Henrique Maciel	108
A cidadania e a efetividade do processo Samuel Antonio Merbach de Oliveira	121
Resenhas	125

A JUSTIÇA AS LEIS E AS FORMAS DE GOVERNO EM ARISTÓTELES

Luiz Henrique Boselli de SOUZA
Mestrando em Direito - PUC-Campinas

No livro *V da Ética a Nicômaco* Aristóteles expõe sua concepção de justiça. Inicialmente, ele a coloca como uma disposição da alma a realizar o que é justo. Ou seja, a justiça, neste aspecto, é a vontade de agir justamente, desejar o que é justo. A injustiça, ao contrário, é uma disposição graças à qual as pessoas agem injustamente e desejam o que é injusto.

A justiça, pois, é colocada como uma qualidade intrínseca das pessoas, que vem de dentro para fora, e que não é imposta. Algumas pessoas teriam esta qualidade ou disposição, outras não. É justamente em virtude disto que Aristóteles acrescenta que a justiça é a mais elevada forma de excelência moral.

É muito importante ressaltar que Aristóteles se preocupa, por diversas vezes em suas obras, em demonstrar que a justiça é um aspecto do bem, é "o bem dos outros" (*Ética a Nicômaco* 1129 b). A justiça é o bem em relação aos outros. Não se faz justiça somente para si mesmo, mas também, e principalmente, em relação ao próximo. Isso será importante para a classificação das formas de governo em boas e más, como veremos adiante.

Enquanto a moral importa em uma preocupação interior em fazer o bem, a manifestação externa da justiça é a conduta de um homem em relação aos demais. É por isso que, conforme ensina Aristóteles, o justo pressupõe no mínimo quatro elementos, "pois as pessoas para as quais ele é justo são duas, e as coisas nas quais ele se manifesta - os objetos dis-tribuídos - são também duas" (*Ética a Nicômaco*, 1131 a)

Mas as pessoas envolvidas nesta relação nem sempre são iguais. Logo, não haverá justiça se

os objetos distribuídos não forem proporcionais, ou seja, quando pessoas desiguais recebem partes iguais ou quando pessoas iguais recebem partes desiguais. Diante disso, a justiça deve ser apurada em cada caso, "de acordo com o mérito de cada pessoa" (*Ética a Nicômaco*, 1131 a), de modo a se chegar a um meio termo entre os elementos em questão.

Portanto, para Aristóteles o justo pode ser identificado com o meio termo. É "uma das espécies do gênero proporcional" (*Ética a Nicômaco*, 1131 b). Injusto, por sua vez, é o que viola esta proporcionalidade.

Justiça, pois, importa em dar a cada um o que é seu de modo proporcional. Esse aspecto da justiça é chamado por Aristóteles de justiça distributiva.

Quando a proporcionalidade não está presente, ou seja, quando o justo meio termo não foi atingido, entra em ação a **justiça corretiva**, que visa reestabelecer a igualdade, devolver a cada um o que lhe pertence.

Aristóteles destaca que o papel do juiz nada mais é do que realizar esta justiça corretiva reestabelecendo a igualdade. "*O juiz tenta igualizar as coisas por meio da penalidade, subtraindo do ofensor o excesso do ganho*" (*Ética a Nicômaco*, 1132 a).

Com efeito, isto deve ser visto à luz de nossos dias. Esta ainda deve ser a função social do juiz. Na jurisdição civil, quando o juiz verificar a desigualdade deve determinar a indenização, ou seja a devolução da parte excedente, de modo a reestabelecer o equilíbrio. Do mesmo modo, na

jurisdição criminal o magistrado condena o ofensor e, conseqüentemente, dá ensejo à reparação dos danos materiais e morais, de forma a tentar suprir a perda sofrida.

Nas palavras de Aristóteles, "é por isto que, quando ocorrem disputas, as pessoas recorrem a um juiz, e ir ao juiz é ir à justiça, porque se quer que o juiz seja como se fosse a justiça viva; e elas procuram o juiz no pressuposto de que ele é uma pessoa 'equidistante'; e em algumas cidades os juizes são chamados de 'mediadores'; no pressuposto de que, se as pessoas obtêm o meio termo, elas obtêm o que é justo. O justo, portanto, é equidistante, já que o juiz o é" (Ética a Nicômaco, 1132 b).

Logo, a função do juiz é redividir o todo ao meio, em partes iguais. Esta é, aliás, a origem da palavra grega dikaion (justo), que significa dikha (dividida ao meio). E dikastés (juiz) é aquele que divide ao meio.

O equilíbrio entre os ganhos e as perdas deve ser verificado em especial nos contratos, como por exemplo na compra e venda. Haverá justiça nestes casos quando as pessoas não saem da transação nem com mais, nem com menos do que tinham antes. É o que atualmente chamamos de contratos sinalagmáticos.

Aristóteles destaca ainda que a reciprocidade nem sempre pode ser identificada com a justiça. De fato, o conhecido "olho por olho, dente por dente", adotado em muitos códigos de povos antigos, como por exemplo no Código de Hamurabi, pode ser fonte de novas injustiças. Portanto, a reciprocidade deve ser conforme à proporcionalidade, e não uma retribuição exatamente igual. Os bens envolvidos devem ser pesados.

Mais uma vez, somos levados à conclusão de que a justiça é a observância do meio termo, do equilíbrio.

Diz Aristóteles: "a ação justa é um meio termo entre agir injustamente e ser tratado injustamente, pois no primeiro caso se tem demais e no outro se tem muito pouco" (Ética a Nicômaco, 1134 a). Ou seja, quando se tem demais, se é injusto; quando se tem de menos, foi-se injustiçado.

Aristóteles também fala em uma "justiça política". Logo, a justiça para ele pode ser vista

como uma virtude individual e como uma virtude política. No primeiro caso, justiça é o justo meio termo (metron). No segundo, justiça é a equidade, o "dar a cada um o que é seu".

Mas qual o papel da lei em tudo isto?

Aristóteles explica que entre as pessoas podem existir injustiças. Em razão disto, deve existir a lei, pois para ele a lei é a discriminação entre o que é justo e o que é injusto.

O justo, portanto, é aquilo que está em conformidade com a lei, enquanto o injusto é o que vai contra a lei.

Como observa Aristóteles, "*a lei determina igualmente que ajamos como agem os homens corajosos (ou seja, que não desertemos de nosso posto, nem fujamos, nem nos desvencilhemos de nossas armas), e como os homens moderados (ou seja, que não cometamos o adultério nem ultraje), e como os homens amáveis (ou seja, que não agredamos os outros, nem falemos mal deles), e assim por diante em relação às outras formas de excelência moral, impondo a prática de certos atos e proibindo outros; as determinações das leis bem elaboradas são boas e as das leis elaboradas apressadamente não chegam a ser igualmente boas*" (Ética a Nicômaco, 1129 b)

A lei prescreve condutas tendo em vista a excelência moral, e nos proíbe de praticar atos que denotem deficiência moral. Quando, em uma determinada situação, são possíveis duas condutas, a lei estabelece qual é a melhor e que, conseqüentemente, deve ser seguida pelos homens. Quando a conduta é injusta, a lei a proíbe.

O grande filósofo grego também adverte que a lei deve ter uma função coercitiva. Isso porque a população em geral é formada por uma massa de pessoas menos educadas e pobres, constituída pelos trabalhadores em geral, como por exemplo, os artesãos. Enquanto os chamados "notáveis" adquirem as regras necessárias à convivência social pelos costumes, a massa necessita que a lei lhe imponha as normas de conduta. Esta classe vive no nível das paixões, que muitas vezes se sobrepõe à razão, por isso a lei deve socorrer à força para se fazer respeitar.

Também é importante ressaltar que acima do justo, segundo a lei, está a equidade, que é a

justiça propriamente dita, a maneira mais perfeita de ser moralmente justo. Se nos basearmos na equidade, algumas vezes teremos que abrir mão de nosso direito para que se realize o "justo meio termo", o equilíbrio, a proporcionalidade. Podemos citar, como exemplo, a pessoa que prefere ativar seu seguro contra acidentes a executar algum bem do ofensor que não tem dinheiro para pagar.

Não obstante isto, a lei é a melhor forma de se levar a justiça à sociedade. Nas palavras de Solange Vergnières, "*o direito positivo que elas encarnam realiza o justo natural imanente à constituição*" (Ética e Política em Aristóteles, pág. 207)

Justifica-se a afirmação anterior de que a lei é a melhor forma de se realizar a justiça, em primeiro lugar, porque ela é dirigida a todos os homens, independentemente de sua função na sociedade ou riqueza. Ninguém pode invocar sua excelência para violar a lei. Em segundo lugar, como afirma Aristóteles, "*a lei é a inteligência sem desejo*" (Política, 1287 a), diferentemente do homem, que muitas vezes pode agir por cobiça ou por interesses privados, utilizando mal o poder que detém. Finalmente, Aristóteles assinala que os homens aceitam melhor a obediência à lei do que a outros homens.

Diante disso, as sociedades, cuja ordem jurídica é estabelecida por uma constituição preservada e posta em prática pelas leis, são muito mais desenvolvidas e justas do que aquelas em que o poder repousa sobre a autoridade particular de um ou poucos homens.

E para que a lei cumpra a sua função deve entrar em cena o magistrado, que é um "guardião da lei". Via de regra, se a lei é a incorporação da justiça, o magistrado será justo quando julgar conforme a lei. Mas não é só: o bom juiz é também aquele capaz de suprir as omissões da lei. E deve fazer isto bem aplicando a equidade, que consiste em encontrar o justo meio termo no caso concreto, que a lei, por ser um comando dotado de generalidade, não alcança. Mas Aristóteles adverte que a intervenção do juiz nesses casos deve ser a menor possível. O juiz equitativo julga ao lado da lei, complementarmente, não acima ou contra ela.

Resta demonstrar qual a relação entre a justiça e as formas de governo ou constituições propostas por Aristóteles.

Como foi dito anteriormente, a justiça deve ser vista como o bem em relação aos outros. Logo, governo bom, ou governo justo é aquele em que os governantes governam em busca do bem comum, do bem da sociedade, e não em busca de favorecimentos pessoais, dos próprios interesses.

Isso fica bem claro no seguinte trecho da Política: "*É óbvio, então, que as constituições cujo objetivo é o bem comum são corretamente estruturadas, de conformidade com os princípios essenciais da justiça enquanto as que visam apenas ao bem dos próprios governantes são todas defeituosas e constituem desvios das constituições corretas*". (Política, 1279 a)

É por isso que Aristóteles apresenta três formas de governo e, paralelamente, as suas formas deterioradas. Para tanto, ele se baseia em dois critérios essenciais: quem exerce o poder e como este poder é exercido.

Quanto ao primeiro aspecto, as formas de governo distinguem-se conforme o poder seja exercido por uma só pessoa, quando teremos a monarquia; por poucas pessoas, a aristocracia; e por muitas pessoas, caso em que Aristóteles denomina *politia* (que na obra *Ética a Nicômaco* é chamada de timocracia}. As formas degeneradas são, respectivamente, a tirania, a oligarquia e a democracia.

Desde já, percebemos que o sentido da palavra democracia para Aristóteles é diferente de como a entendemos hoje. E a democracia é para ele um governo mau porque é o governo dos pobres em seu próprio interesse. Entretanto, apesar de ser considerado um governo ruim, Aristóteles salienta que a democracia é o "menos mau dos governos desviados". Isso porque ela ainda conserva a liberdade das pessoas, além de se adaptar à vontade de um maior número. A finalidade da democracia preceitua uma vida boa para o maior número possível de pessoas.

A classificação de todas as formas de governo pode, pois, ser assim exposta: em primeiro lugar a monarquia, que é o governo bom de um só; após, a aristocracia, que significa "governo dos melhores"; segue-se, então, *apolitia*, a democracia, a oligarquia e, por fim, a tirania.

Diante de tudo isso, podemos concluir que justiça, lei e formas de governo são conceitos profundamente interligados para Aristóteles, de modo que a definição de um deles depende imprescindivelmente dos outros.

Nesta análise, podemos também perceber como vários conceitos apresentados por Aristóteles, como, por exemplo, a concepção de justiça, de lei, a função do juiz, etc., mostram-se extremamente atuais.

A obra de Aristóteles, portanto, ainda é um norte na busca de uma sociedade mais justa.

BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES - Política, Brasília, Editora UNB.

ARISTÓTELES - Ética a Nicômaco.

BOBBIO, Norberto - A Teoria das Formas de Governo, Brasília, UNB, 1995.

CÉSAR, Constança Marcondes - Papéis Filosóficos, Londrina, Editora UEL, 1999.

SARTORI, Giovanni - A Teoria da Democracia Revisitada, São Paulo, Ática, 1994, vol. 2.

VERGNIÈRES, Solange - Ética e Política em Aristóteles, São Paulo, Editora Paulus, 1999.

PROCESSOS DE EXCLUSÃO SOCIAL: O HOMEM SEM DIREITOS

J. F. Regis de Moraes*

O pensamento científico também se deixa envolver por modismos. Isto, que na realidade acontece em todos os campos científicos, mostra-se ainda mais freqüente no âmbito das ciências hermenêuticas, sendo especialmente marcante no campo das ciências sociais. Importante é que, mantendo-nos atentos, não venhamos a confundir a moda de um conceito, por exemplo, com as origens do seu surgimento. Estas últimas, quase sempre, fincam suas raízes em exigências vitais indiscutíveis, sendo, os reducionismos e simplificações posteriores, os que fazem a transformação para modismo.

Basta um olhar atento para a nossa realidade social e veremos que constituem grandes preocupações os processos de exclusão social. No entanto, *exclusão social* é ainda um tema que está longe de ter sido adequado e plenamente explorado, já tendo - graças a certos reducionismos - sido transformado em modismo. Verificamos, por exemplo, uma tendência excessivamente pragmática que vem reduzindo a apenas marginalizações econômico-financeiras oriundas de lutas de classes. Ora, temos repetido à exaustão (em outros escritos) que toda redução é uma forma de empobrecimento ou de distorção. As questões sociais são sempre muito complexas, de modo que, abordá-las de forma simplificadora é distorcê-las.

Não que devamos cultivar o ideal da complexidade expositiva, pois, segundo a sabedoria de Descartes, quem pensa ou vê com clareza diz com simplicidade. Todavia, os acontecimentos e processos sociais relevantes dão-se no interior

daquilo que Edgar Morin tem denominado “o *paradigma da complexidade*” (1984: 13-34).

Na verdade, digamo-lo logo, as exclusões sociais não têm apenas componentes sócio-econômicos, mas também filosófico-sociais, de psicologia social e de história da cultura, na dinâmica de sua cognição. Izabel Petraglia, comentando o pensamento complexo de Morin, escreve: “O pensamento que é complexo não pode ser linear. A complexidade integra os modos simplificadores do pensar e conseqüentemente nega os resultados mutiladores, unidimensionais e reducionistas” (1995: 47). Aqui citamos tal comentário não porque acreditemos que, ao tratar o tema das exclusões sociais, vamos dar conta de considerar *todos* os elementos que constituem assunto tão difícil; não porque, com descabido excesso de auto-confiança, imaginemos que - nada deixando escapar - chegaremos à certeza final quanto ao assunto em foco. Afinal, o que primeiro fica claro no paradigma da complexidade é que certezas definitivas não são possíveis em nenhuma área do saber humano.

O que queremos propor é uma “leitura” dos processos de exclusão social que seja, em nossa avaliação, a menos reducionista; pelo menos a “leitura” que se esforça por não tomar um complicado fenômeno do nosso tempo de forma historicamente descontextualizada, desarticulado de importantes componentes seus. Este ensaio objetiva, portanto, proceder por aproximações à trama sociocultural, mantendo a única meta de

(*) Filósofo e sociólogo, Doutor e Livre Docente em Filosofia da Educação. Professor Titular Aposentado da Unicamp, atual Professor Titular da PUC-Campinas.

partilhar uma maneira menos fragmentária de ver a problemática em consideração.

Repetimos: para saber-se se a questão dos processos de exclusão social é relevante em nossa época, basta um olhar atento aos sofrimentos sociais. Os altos índices de violência vão-se configurando num volume de atos que poderíamos dizer de *vingança social*. Os ilícitos de toda ordem (civis e penais) elevam-se a patamares verdadeiramente insuportáveis, exigindo um Direito cada vez sociologicamente mais consciente e, conseqüentemente, uma prática judiciária não enrijecida no estrito cumprimento do que está legislado. Uma prática que, sabendo cumprir o legislado, saiba também criticá-lo e reivindicar aperfeiçoamentos.

Voltaremos, assim, a tratar de todos estes aspectos no transcurso do presente ensaio, que se apresenta como uma reflexão sociológica conhecedora dos seus limites.

1. NOSSAS HERANÇAS DA MODERNIDADE: O SÉCULO XIX.

Teremos de fato, nos tempos atuais, consciência nítida do quanto somos herdeiros da modernidade e, em especial, do século XIX? Beiramos o século XXI, tendo vivido um tempo que - enquanto século XX - foi, política e economicamente, um entrançado de equívocos terríveis. Muitos, ao que parece, insistem na ingenuidade de buscarem conhecer nosso tempo investigando as peculiaridades intrínsecas ao século XX apenas. Como temos lembrado em nossos escritos, o nosso tempo não se espevitou do *nada*; somos o resultado de uma evolução histórica que nos esculpiu tais quais somos e vivemos.

Recebemos, da Idade Moderna, dois conjuntos doutrinários que se têm afigurado às mentes mais analíticas como dois romances de equívocos que, todavia, em seus inícios geraram estupendo entusiasmo. Trata-se do *liberalismo* (o mais antigo) e do *progressismo*. O primeiro surge por volta da época da Reforma (no século XVI), mas propriamente chega a momento de grande força teórico-prática no século XVIII - o Iluminismo com sua revolução filosófica, econômica e política. Já o *progressismo* é filho do século iluminista e tem o seu mais fulgurante momento no século

XIX, com isto invadindo - aliás, ambos - a presente centúria, especialmente em sua primeira metade.

Lutero, com a defesa do "livre exame" individual das Escrituras Sagradas - com a qual contestava o magistério da Igreja, e Galileu, advogando a investigação científica experimental e não aceitando *autoridades*, eclesiais ou outras, que pensem no lugar dos demais homens - ambos tiveram funções latentes (logo, não manifestas) no surgimento do liberalismo individualista que iniciaria de fato o processo de secularização. A mais, o momento heróico dos Grandes Descobrimentos Marítimos, que criou ídolos e chamou atenção para a subjetividade; invenções científico-tecnológicas correndo junto com a expansão mercantilista da Revolução Comercial, bem como uma renovação cosmológica secularizada - todos estes foram fatores de apoio ao desenvolvimento dos ideais individualistas do pensamento liberal.

O liberalismo, mesmo em seu momento mais triunfal do século XVIII, nunca foi um corpo bem definido de doutrina filosófica, mostrando, em sua gênese, bafejos de influências doutrinárias diversas. De todo modo, a eloquência extraordinária de um Turgot bem como a força dos escritos e pronunciamentos de François Quesnay, Dupont de Nemours e outros, praticamente prepararam o terreno para a fundação da economia clássica, esta defensora das leis de mercado, das liberdades individuais e da propriedade privada.

Se, de forma esquemática embora, quiséssemos enunciar as reivindicações fundamentais deste liberalismo, talvez devêssemos fazê-lo com os seguintes itens: 1) respeito às potencialidades do indivíduo, sem cerceamentos de autoridades ou do Estado; 2) diminuição de entraves legais à acumulação de propriedade, com inevitável crescimento de um proletariado despossuído em estado de revolta; defesa da liberdade, inclusive a de comércio, como sabedoria cósmica; 4) substituição dos privilégios hereditários pelo contrato jurídico-social; 5) principalmente, limitação da atuação governamental sobre a economia da sociedade; 6) ideal de abolição do arbítrio, com obediência às leis estabelecidas - no sentido da real institucionalização jurídica; 7) limitação da intervenção das religiões na vida social, bem como defesa do governo representativo pelo sufrágio universal; 8) finalmente, a defesa da

autodeterminação nacional, como forma de proteger a autonomia de grupos econômicos (Laski, 1973, *passim*).

Com isto percebemos que o liberalismo, com sua filosofia alicerçada nas chamadas *leis naturais*, é marcadamente individualista e justificador de uma ética capitalista emergida do século XV. E aí podemos constatar que as origens dos processos de exclusão social que hoje mais e mais conturbam nossas vidas, remontam - mais especializadamente - às origens do liberalismo, que é o "*laissez-faire*" defensor da liberdade para os manipuladores econômicos, alimentador também do progressismo.

Quando, com apenas 23 anos de idade, A. Robert Jacques Turgot, Barão de L'Aulne, pronuncia na Sorbonne sua histórica conferência intitulada "Uma revisão filosófica dos sucessivos progressos do pensamento humano" (1750), este gênio do pensamento sócio-político e da oratória dava início à trajetória quase delirante do progressismo (Nisbet, 1985: 189-195). O progresso, como idéia-mestra de uma época, argumenta Christopher Dawson, não é visto como uma moda intelectual e passageira; é concebido como uma verdade eterna, baseada na própria natureza das coisas e dotada de absoluta evidência, independentemente do método de análise que se lhe aplique. Anota Dawson, já no presente século: "Se no presente momento é possível esboçar uma história da idéia de progresso, e precisar a influência do progresso no desenvolvimento da civilização moderna, é em grande parte porque declina já a sua ascendência sobre o espírito do mundo; o período da civilização do qual o progresso era uma idéia-força começa a distanciar-se no passado" (1970: 150).

O próprio Dawson lembra-nos de que esta obsessão pelo progresso não nasceu entre aqueles que realmente acompanham o envolver humano, como os historiadores e antropólogos. Nasceu quase como um delírio entre reformadores sociais e políticos, especialmente do século XIX. "Todos são possuídos de uma confiança anormal, quase monstruosa, numa total transformação da sociedade humana, num salto sem transição, da noite para o dia, da corrupção para a perfeição" (*Ibid.*, 149).

Ocorre que em tudo isto está inclusa a competição, bem como uma certa admissão de que

o mundo precise ser constituído por vencedores e perdedores, como num tácito acordo com a desigualdade nas condições sócio-econômicas. Nisto estão já envolvidos os processos de exclusão social. É sabido, porém, que o avanço da industrialização no século XIX (1ª Revolução Industrial) logrou aprofundar terrivelmente as desigualdades sócio-políticas através da concentração da propriedade privada dos meios de produção, que instituiu o império de uma mais-valia tão bem estudada por pensadores como Marx, Engels, Proudhon, Fourier e outros.

Na verdade, herdamos do século XIX uma fórmula terrível, que foi considerada pelo filósofo alemão Max Scheler um verdadeiro *desastre antropológico*; trata-se da seguinte igualdade: Homem = Produção = Dinheiro ($H = Pr = \$$). Nesta formulação encontramos as razões de muitos desacertos do nosso sofrido século. A matemática ensina que: se A é igual a B, e B é igual a C, tem-se que A é igual a C; logo, estava a vida humana transformada em mercadoria; da mesma forma, estava deflagrada séria inversão de valores (crise axiológica), passando a valer mais o *ter* no lugar de *ser*; e ainda, de modo semelhante, estavam postas as bases desumanizantes das exclusões sociais.

O fato é que a burguesia realizou uma bonita e necessária reviravolta social ao longo do século XVIII, a qual, no entanto, terminou numa revolução delirante e alucinada (a Revolução Francesa) - marcada por sonhos impossíveis e promessas mentirosas. Assim, na onda do ideário iluminista e no ritmo da 1ª Revolução Industrial, a referida burguesia passou a ter uma "performance" lamentável no século XIX (Athayde, 1932: 107-178).

São estes alguns ângulos histórico-culturais que nos propiciarão modo menos reducionista de abordar o tema dos processos de exclusão social. Ajustemos, agora, o foco de nossa análise e busquemos ver tais processos da maneira que vêm infelicitando o nosso século XX.

2. PROCESSOS ATUAIS DE EXCLUSÃO

Não é difícil percebermos que o fluir da história é feito, simultaneamente, de continuidades e descontinuidades. De um lado, os processos sociais excludentes apenas continuam, na linha de nossas heranças do passado século (XIX); mas de

outro lado, tais processos em nosso tempo apresentam peculiaridades e aspectos novos. Isto lembra a sabedoria budista, quando esta ensina que a permanência repousa sempre sobre a impermanência. A 1ª Revolução Industrial, que se cumpriu por todo o século XIX, foi a revolução da *automatização*, no sentido de substituir-se, no trabalho, a força muscular pelas novas formas descobertas de energia: carvão, eletricidade, vapor, etc. A própria história desta fase industrial compõe a saga de uma etapa civilizatória que não é igual à época atual.

Desde os anos de 30, vivemos a 2ª Revolução Industrial: a da *automação*, graças à cibernética computadorizada. Esta segunda fase do industrialismo tem buscado — e com êxito — substituir a lentidão do raciocínio humano pela inimaginável velocidade do “raciocínio” (processamento) eletrônico. Se a isto somarmos o desenvolvimento científico das comunicações e da propaganda, perceberemos que, conquanto herdeiros dos séculos passados (sobretudo dos seus equívocos) constituímos uma outra etapa civilizatória, também em descontinuidade com os séculos anteriores.

Seguimos a braços com os difíceis fenômenos de exclusão social, em meio às nossas peculiaridades. Agora, a exclusão social precisa ser cuidadosamente vista dos seguintes ângulos:

- a) dos afastamentos e rupturas produzidos por rejeições sócio-econômicas;
- b) da clara crise de degenerescência do *liame social*, em processo de esfacelamento da coesão social desejável (Demo, 1998: 18).
- c) de um complexo de distúrbios psico-sociais necessariamente derivados dos desequilíbrios econômicos e sociais antes mencionados.

Advirtamos que os processos excludentes têm lugar em diferentes dimensões socioculturais; são processos que podem ser *macrofatoriais*, fazendo com que nas relações entre países ricos e pobres (ou centrais e periféricos) encontremos exclusões grandemente apreciáveis. A América Latina, constituída de países do chamado 3º Mundo, conhece tragicamente isto, o que torna supérfluos comentários muito minuciosos. Há, também, processos de exclusão que são chamados de

mesofatoriais, estabelecendo relações rejeitantes e excludentes em um mesmo meio, entre diferentes regiões. O Brasil, país enorme, tem visto isto ocorrer entre suas regiões mais abastadas e algumas outras pobres, quando não miseráveis. Assim, fala-se, a mais, em processos *microfatoriais*, que se podem dar numa mesma cidade ou região, mostrando as “fraturas expostas” das colisões entre classes sociais. Por último, considere-se o que é mais freqüente: processos *polifatoriais*, os quais têm suas primeiras raízes em espoliações internacionais, perpassando dificuldades inter-regionais e inter-classes.

Nunca nos esqueçamos de que nada disto acontece sem provocar esgarçamentos e até despedaçamentos no liame social e, finalmente, sem produzir desequilíbrios psicossociais — o que, necessariamente, acaba implicando distúrbios emocionais de ordem individual, muitas vezes explicadores das violências e demais comportamentos antissociais.

Hugo Assmann, em seu livro intitulado *Crítica à lógica da exclusão* (1994), de forma competente e incisiva coloca-nos perante uma espécie de mecanismo de relojoaria que move e mostra o drama dos processos de exclusão social em sua globalidade. Eis porque, daqui em diante, nosso texto seguirá beneficiando-se das abordagens do professor Assmann, ao menos nesta segunda parte, que objetiva olhar para o nosso tempo para enxergar neste os aspectos principais dessa excludência social que tanto nos preocupa.

Assmann abre sua obra declarando que esta refletirá sobre um *fato maior*: a lógica da exclusão, que vige estarecedoramente nos dias de hoje. A perspectiva do crescimento econômico praticamente eliminou do debate o tema do desenvolvimento social, enquanto os mecanismos excludentes transformam enormes partes da população do mundo em “massa sobrança” (1994: 5). Em todos os Planos de Desenvolvimento (quinquênaís, bienais, etc.), bem como em todos os Planos Econômicos que se apresentam com ares salvíficos ao chamado 3º Mundo, há sempre uma silenciosa previsão de excluídos: o “*expendable people*”, na terminologia dos teóricos norte-americanos, multidões de seres humanos descartáveis e efetivamente postos de fora dos prováveis bons resultados de tais planos.

Estes sim, são os “condenados da Terra”, pois não se enquadram na *lei da rentabilidade*, não fazem parte do processo de *valorização econômica*, vivendo uma situação muito pior do que a vivida no passado pelos negros escravos no Brasil. Afinal, os negros rendiam economicamente, tanto quanto eram, para os seus donos e para a economia de então, um valor econômico - isto para além de que eram, bem ou mal, alimentados, acolhidos e parcamente vestidos. Como escreve Assmann, completando: “Nem sequer parece correto aplicar-lhes o conceito clássico de ‘exército industrial de reserva’, porque só uns poucos deles entram nos cálculos de rotatividade do trabalho barato” (*Ibid.*, 5).

Consequência direta disto é a degenerescência do liame social; a trama em que consiste o tecido da sociedade, vai-se apodrecendo e rompendo-se aqui e ali. Multidões de crianças (no Brasil cerca de 30 milhões) e de homens e mulheres vêem seus semelhantes virarem-lhes as costas, deixando-os à deriva do relento, da fome, da vida violenta e perigosa das ruas, o que inevitavelmente leva a distúrbios psicossociais que agravam as patologias da nossa sociedade, tudo acabando por desaguar em grande *stress* emocional em termos individuais. Uma tal crise de valores (axiológica) desorienta a tal ponto as pessoas que se instala o difícil quadro da *anomia*, não tanto em seu sentido etimológico de ausência de normas mas na mais profunda conotação que aponta para dificuldades sociais e emocionais por dificuldade de se perceber a importância e a necessidade das normas para viver-se em sociedade. Isto é, em razão de um *déficit* perceptual que baralha o sentido das normas, multiplicam-se as alterações comportamentais, com exacerbação dos comportamentos antissociais.

É ingênuo, quando não irresponsável, imaginar-se que os processos de exclusão social poderão continuar como estão ou mesmo aumentar, sem que isto tenha um elevado preço. Assim, não podemos mais contemporizar, pois a sociedade é um todo interdependente e, se o liame social for aumentando seu ritmo de degenerescência, *ninguém* será poupado dos trágicos resultados finais. A CEPAL (Comissão Econômica para a América Latina) noticiou-nos há três anos que havia 196 milhões de latinoamericanos mergulhados na

pobreza - aproximadamente 45% da população da América Latina, dos quais entre 90 e 93 milhões vivem em estado de miséria faminta. Qual o espírito decente que pode viver em paz ante dados assim? Mascarações como globalização, ideal de crescimento econômico ou modernização, já cansaram todos os cidadãos dotados de alguma possibilidade crítico-analítica. Bolsões de drogadição, de desemprego, de abandono - todos filhos de uma perversa desigualdade social, exibem o triste quadro de uma pujante economia (8ª ou 9ª do planeta) que, no entanto, mostra o Brasil ocupando o 56º lugar em qualidade social de vida no mundo.

Tal quadro nos remete a reflexões sobre violência social e criminalidade, exigindo, a esta altura do presente ensaio, considerações mais propriamente voltadas ao Direito e às atuações judiciárias. Cumpramos, assim, a tarefa de determo-nos devidamente em tais aspectos da maior relevância sociológica.

3. AS ENFERMIDADES SOCIAIS E O DIREITO

Sempre deverá estar claro que, aqui, não poderei pronunciar-me com a competência do jurista; obedecerei os limites de minha formação, que não é a jurídica. Portanto, é como sociologista que conduzirei este item do presente trabalho. Imagino que só em desvario alguém possa negar que, atualmente, os processos de exclusão social constituem-se em grande sofrimento para a nossa sociedade.

Há, é claro, sofrimentos coletivos que são assimiláveis por serem compreensíveis. Às vezes, as forças da natureza num furor freqüentemente imprevisível, submetem milhares de seres humanos ao sofrimento pelo desencadeamento de terremotos, erupções vulcânicas, inundações, etc. Os seres humanos sofrem com a própria impotência ante as catástrofes que presenciam e mesmo nas quais são envolvidos; mas estes seres não se sentem humilhados em sua desventura. Ao contrário, essas são oportunidades que estimulam grandemente a solidariedade social, produzindo atitudes de união humana verdadeiramente impressionantes. Aludes, furacões e enchentes não comprometem as fibras de sustentação do tecido social. Ante a potência irreprimível dos elementos, as gentes se defendem

apoiando-se mutuamente e se unindo na desventura.

Mas há sofrimentos coletivos praticamente inassimiláveis, em razão de que os seus móveis não mostram um mínimo de sentido. Sentem-se as pessoas, ante um sem-sentido incompreensível quando são produzidas infelicidades nos seres humanos pelos seus semelhantes. Ora é a luta egoísta ou corporativa por privilégios individuais ou de classe, com clara produção de sofrimento para a maioria que vive no entorno de tais indivíduos egoístas ou classes; ora são ambições doentes e absolutamente insensíveis daqueles que mantêm vida luxuosa ao preço da miséria de muitos, seja assaltando em quadrilhas as verbas públicas (coisa tristemente freqüente em nosso país), seja explorando de forma desumana a força de trabalho daqueles que só têm, de sua, a própria força de trabalho. Até chegar-se ao mais incompreensível e inassimilável: a exclusão de grandes massas humanas de qualquer benefício financeiro e sociocultural. Pois estes sofrimentos coletivos inassimiláveis necessariamente estimulam a explosão dos conflitos sociais. E isto se passa ante o silêncio negligente dos que se têm na conta de muito politizados - boa parte de nós, membros instruídos e cultivados da classe média.

Na verdade, os processos de exclusão social encontram-se muito ligados às formas todas de ilícito. Não faz muito, em uma reunião informal com advogados, foi dito por um destes que "Infelizmente, quanto mais a sociedade sofre, quanto mais piora a situação do país, mais trabalho têm os advogados - os ilícitos se multiplicam". Foi algo dito com seriedade e preocupação, embora saibamos que há os que fazem comentários semelhantes mas em tom cinicamente comemorativo ou de prazerosa expectativa.

Ouve-se muito a fala indisfarçadamente irritada segundo a qual os sociólogos pretendem explicar *tudo* batendo sempre o seu martelo sobre a desigualdade das condições sociais e só a isto se prendendo. É claro que a Sociologia, atenta à problemática das relações interpessoais e intergrupais, privilegia em sua visão os aspectos ambientais, no sentido em que busca entender "relações de função" entre comportamentos e

comportamentos. A Sociologia tem a sua visão especializadamente posta nas relações dos indivíduos com o todo do ambiente humano.

Todavia, é demonstração de pouca leitura ou de desconhecimento sociológico afirmar-se que a Sociologia *reduza* todas as formas de transgressões a estritos aspectos ambientais. Ora, a Psicofisiologia Criminal tem subsidiado ricamente os estudos sociológicos, demonstrando que há situações de comportamento antissocial nas quais o meio pouco ou nada influi. Distúrbios tireóideanos, déficits hereditários, lesões neuro-espinhais congênitas e mesmo desestruturações intrapsíquicas podem estar na raiz da criminalidade. Por esta razão, o estudo cuidadoso das transgressões morais ou propriamente legais (em termos de leis positivadas nos Códigos) precisa esforçar-se por focalizar: a) a interação de cada indivíduo com o seu ambiente humano; b) prejuízos orgânicos (lesões cerebrais e alterações na constituição genética); c) compulsões psíquicas oriundas de *fixações*, que são pontos de estrangulamento no desenvolvimento emocional; bloqueios de alta significação; d) Complexas situações mistas, nas quais alguns desses fatores se entrecruzam.

Isto mostra que a avaliação perfeita de certas formas de ilícito é, em nossa cultura, impossível; o que, embora impondo humildade aos que julgam, não deve anular as buscas de aproximação aos resultados o menos injustos possível.

O sociólogo Émile Durkheim, tido como criador da Sociologia Jurídica, estudou com riqueza de angulações o conceito de *anomia*. Muito embora, conforme já ponderamos, etimologicamente o vocábulo de origem grega *anomia* signifique "inexistência de normas" (e conseqüente confusão), Durkheim dá ao conceito em apreço o significado de *malogro na internalização das normas da sociedade*, ponderando que, diferentemente do que se passava (ou se passa) nas sociedades mais tradicionais - ainda sem desagregação da família e fragmentação do trabalho, - nas sociedades urbano-industriais é que a anomia encontra campo livre. Isto porque as urbano-industriais são sociedades marcadas pela atomização do individualismo, pela crise da estrutura familiar, pela fluidez e oscilação de valores, bem como pela fragmentaridade do liame

social. Ora, de tudo isto se depreende que as formas de exclusão social se tornaram muito mais incisivas e até rudes na sociedade urbano-industrial, que, em grande medida, é a que agora temos em uma América Latina rápida e intensamente urbanizada.

Assim, avolumam-se conflitos e agressões, grande parte deles motivada pelos processos de exclusão social. As famílias que ainda têm onde morar - e aqui me refiro às que se encontram em processo de exclusão - vão-se despedaçando por privações materiais geradas por desempregos e subempregos, sendo que em seus interiores começam a se instalar formas progressivas de sociopatias. As que perderam a moradia e se viram na vida das ruas e sob viadutos das grandes cidades, afirmam-nos os psicólogos que estão em processo de enlouquecimento progressivo, pela perda dos seus referenciais básicos.

Multiplicam-se roubos, assaltos, latrocínios e mesmo ações criminosas aparentemente gratuitas (pois, de fato, ora resultam de loucura, ora resultam de atitudes de vingança social), e inevitavelmente o Direito adquire ainda mais vital importância, bem como as práticas jurídicas. Conquanto seja importante ter-se polícia bem treinada, bem equipada, bem remunerada e em melhor condição de incorruptibilidade, o mais importante ainda seria os cidadãos poderem contar com aquilo que vem sendo denominado, com oportuna força de expressão, uma *justiça justa*. Para as sociedades há algo terrível: a instabilidade econômica que estoura com maior estampido para a "cidadania fraca"; mas há coisas ainda piores como uma polícia em parte corrompida e despreparada e um judiciário carente e desaparelhado que se move como uma tartaruga.

Se me for permitido recorrer a uma imagem spenceriana (afinal, Herbert Spencer está situado entre os maiores sociólogos de toda a história), a sociedade é um organismo vivo, cuja permanência e saúde repousam sobre sua capacidade de mudar, de transformar-se. Ocorre, no entanto, que nem sempre as leis acompanham o ritmo das transformações, o que às vezes estabelece um descompasso entre necessidades do "corpo" social e possibilidade judiciais. Coisa muito estranha e indevida quando se tem claro que o Direito é um *fato social*.

Em nosso caso, temos que a história do Estado brasileiro é melancólica. Esse aparelho jurídico-político (Estado) que deve manter-se a serviço da nação, historicamente, tem submetido esta última tal como um senhor submetia seu escravo. Nosso Estado é um patrão que exige dos cidadãos pontual cumprimento de suas obrigações, não cumprindo ele próprio os seus deveres para com a cidadania. Ora, se como demonstra Pierre Rosanvallon (*A crise do Estado - providência*, 1997) o Estado keynesiano acabou esgotando suas possibilidades na França (e na Europa), nós nem experimentamos o Estado-providência, pois defendia Keynes a tese de que uma nação precisa ter um Estado que seja economicamente cuidadoso e, ao mesmo tempo, sempre preocupado com a qualidade e o desenvolvimento da vida social. Para Keynes, cumpre ao Estado intervir nas estruturas fundamentais da economia, mas para garantir a qualidade digna da vida social. Pois nós, que não nos beneficiamos do Estado-providência, agora sofremos com sua crise, de vez que esta traz-nos a idolatria do *mercado* (ou das leis de mercado) e outras tristezas do chamado neoliberalismo).

Tivemos, assim, ao longo de nossa história, um Estado que ajuda a fazer do país um campo de conflitos acirrados, e que transforma a nação em uma horda, estraçalhando-se nas degenerescências do liame coletivo, provocadas pela excludência social.

AO MODO DE CONCLUSÃO

Ainda encontramos relevante constatação no artigo intitulado "Direito e psicanálise - reflexões sobre os impasses do fenômeno jurídico neste final de século", de Jeanine Nicolazzi Philippi (*Grifos*, 1998: 145-160). Trata-se da constatação de que os socialmente excluídos, pela autora denominados "subcidadãos", de um lado são excluídos mesmo - no sentido de perderem qualquer acesso aos privilégios e direitos de cidadania, mas de outro lado não o são, pois que seguem obrigatoriamente tendo deveres e sendo sujeitos às leis do Estado que participou, ativa ou passivamente, da sua exclusão. Os ilícitos que os excluídos cometerem continuam sob possibilidade de punição imposta pela sociedade que lhes virou as costas. Philippi cita, muito propositadamente, trecho de um trabalho de Marcelo Neves (*Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de*

identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina) que aqui também queremos transcrever:

“... embora lhes faltem (aos subcidadãos) condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados de deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente às estruturas punitivas. E isso vale para o sistema jurídico como um todo: os membros das camadas populares marginalizadas (a maioria da população) são integrados ao sistema, em regra, como devedores, indiciados, denunciados, réus, condenados, etc., não como elementos detentores de direitos, credores ou autores. A subintegração das massas, contudo, não pode ser separada da sobreintegração dos grupos privilegiados que manipulam o direito, forçam legislações particulares e colocam-se acima da lei (Apud Philippi, 1988: 157).

Estes são aspectos que agravam o quadro já descortinado das excluidências sociais. Ora, todos os cidadãos - e em especial os privilegiados pela não-exclusão - estão conclamados a refletir acerca de tais processos de exclusão, com o fito de que, uma mais lúcida compreensão do que se passa prepare os homens e mulheres de boa vontade para que, mediante participação política não necessariamente partidária, tomem as atitudes necessárias para a colaboração no sentido de um resgate da qualidade social de vida, bem como no sentido de uma revitalização do liame social - coisas estas que trarão consigo maior equilíbrio emocional à população e o muito provável arrefecimento da maré montante da violência social.

O professor José Eduardo Faria tem reiterado que possuímos um Direito razoavelmente capaz de resolver questões interindividuais, mas que se tem mostrado incapaz de atuar com efetividade nas questões coletivas. Isto significa, se leio corretamente o citado professor, que o nosso Direito é, em termos estruturais, de uma grande incapacidade político-social. Parece ter soado a hora de se rever uma situação como esta. Já não é possível, ao cidadão dotado de mínima sensibilidade, seguir assistindo às devastações provocadas pelos processos de exclusão social.

Certa vez, por ocasião de um curso que eu dava em Peirópolis - perto da cidade mineira de Uberaba, abri prazerosamente um espaço na minha aula para uma fala do nosso notável professor Paulo Freyre, o qual, embora já enfermo, nos visitava. Pois não me esquecerei daquele pronunciamento tão sereno e sábio, em nosso curso de “Educação para a paz”; após importantes considerações que traziam o lastro de meditação de toda uma vida, Paulo Freyre encerrou dizendo-nos que o caminho para a paz passa necessariamente pela *justiça justa* e pela *educação priorizada*.

O mundo nos tem mostrado que um país pode ter classes sociais, hierarquizações distintivas, sem ter que agir selvagememente e de forma agressiva com os despossuídos. Há uma imensa distinção entre, por exemplo, a pobreza digna e a fome dos miseráveis excluídos.

BIBLIOGRAFIA

- ATHAYDE, Tristão de. *Problema da burguesia*, Rio de Janeiro, Schmidt Editor, 1932.
- ASSMANN, Hugo. *Crítica à lógica da exclusão*, São Paulo, PAULUS, 1994.
- DAWSON, Christopher et alii. *Progresso e pro-gressismo*, Rio de Janeiro, AGIR, 1970.
- DEMO, Pedro. *Charme da exclusão social*, Campinas, Ed. Autores Associados, 1998.
- LASKI, Harold. *O liberalismo europeu*, São Paulo, Ed. Fundo de Cultura, 1973.
- MORIN, Edgar. *O problema epistemológico da complexidade*. Mem. Martins (Portugal), Publicações Europa-América, 1984.
- NISBET, Robert. *História da idéia de progresso*, Brasília, INL/Ed. da UnB, 1985.
- PETRAGLIA, Izabel C. *Edgar Morin: a educação e a complexidade do ser e do saber*, Petrópolis, Vozes, 1995.
- PHILIPPI, J. Nicolazzi. “Direito e psicanálise - reflexões sobre os impasses do fenômeno jurídico neste final de século”, in revista *Grifos* (divulgação científica e cultural da Unoesp - Campus Chapecó), nº 5, 1998 (pp. 145-160).
- ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*, Brasília, Ed. da UnB/Ed. da UFG, 1997. Tradução de Joel Pimentel de Ulhoa.
- SCHULER, Max. *Da reviravolta dos valores*, Petrópolis, Ed. Vozes, 1994.

DESEMPREGO E FLEXIBILIDADE NO DIREITO DO TRABALHO

FATO SOCIAL E FATO JURÍDICO CAUSALIDADE

Fernando Monteiro da Fonseca de QUEIROZ*

DESEMPREGO

É pacífico que o desemprego assola o Brasil. Aliás, assola todo o mundo. No mês de junho de 1997, os presidentes e primeiros-ministros de quinze países que formam a Comunidade Econômica Européia reuniram-se em Amsterdã; Holanda, para discutir a implantação da moeda única, o euro. Todos, sem exceção, manifestaram preocupação com os níveis de desemprego em seus países. A França manifestou que sua prioridade, naquele momento, não era a moeda, e sim o desemprego. Naquela época os níveis encontravam-se em patamares alarmantes: Alemanha (11,1%), Inglaterra (6,1%), França (12,6%), Itália (12,1%), Espanha (22,1%), Grécia (10,4%), Bélgica (12,7%) e Portugal (7,1%). Em toda a Europa, de cada dez pessoas com capacidade para trabalhar, uma está desempregada¹.

Parte desses empregados vem sendo exportada para países como China, México, Coréia e Brasil, justamente porque neles o trabalhador recebe salário e benefícios em níveis muito inferiores aos dos trabalhadores europeus. Daí porque a taxa de desemprego no Brasil (5,66%)² é inferior à média européia (11%). O fato é que seus efeitos são infinitamente mais devastadores nos países em desenvolvimento, haja vista que os programas sociais dos países desenvolvidos são mais abrangentes.

A quantidade de desempregados é tão expressiva, que vem alcançando mesmo faixas econômicas mais altas; tanto que empresas de

seguro, de olho nesse filão, vêm criando apólices para cobrir despesas durante o período de desemprego.³

"Setor por setor, profissão por profissão, o mundo do trabalho passa por um terremoto que não poupa quase ninguém. Em vão, os políticos e economistas procuram vagas de substituição para os "empregos de macacão", que estão desaparecendo nos estaleiros da Vulkan, nas produções de aviões da Dasa ou nas linhas de montagem da Volkswagen. O temor de perder o emprego igualmente avança pelos escritórios comerciais e outros, abrangendo setores outrora seguros da economia. Cargos tidos como vitalícios passam a temporários. Quem ainda ontem tinha uma profissão de futuro poderá sentir subitamente que seus conhecimentos ficaram para trás, suas aptidões perderam o valor.

É assim que quase um milhão de funcionários de bancos e seguradoras enfrentam tempos difíceis. Desde que as instituições financeiras passaram a atuar em escala mundial, a competição sem limites reserva aos bancários um destino tão duro como aquele enfrentado pelos trabalhadores do setor têxtil."⁴

Como se vê, o desemprego vem afligindo o mundo todo, mais os países ricos, ditos de "primeiro mundo", posto que na esteira dessa escamidade mundial encontra-se a busca incessante de lucro por parte dos empreendedores, sob a alcunha moderna da "produtividade". Tudo isso alavancado pelo chamado neoliberalismo, que prega a maior

(*) Mestrando em Direito Processual Civil pela PUC-Campinas.

liberdade possível ao capital. "Quanto mais livres as empresas privadas em seus investimentos e atividades, tanto maior o crescimento e a prosperidade para todos, prometiam aqueles teóricos".⁵ A liberdade exagerada e sem regulamentação - exigência do neoliberalismo -, chega ao absurdo de colocar países inteiros como reféns de grandes especuladores financeiros, com poderes para movimentar bilhões de dólares, como aconteceu recentemente na crise asiática. Segundo a imprensa divulgou, a crise começou na Tailândia. Especuladores apostaram contra a moeda tailandesa - o baht -, obrigando o governo a queimar 25 bilhões de dólares tentando defender sua moeda, que acabou sendo desvalorizada em 58%. Nessa manobra, estima-se que os especuladores tenham ganhado 3 bilhões de dólares. O Brasil, como "bola da vez", foi obrigado a aumentar os juros para melhor remunerar e assim conter o capital estrangeiro (o qual, na ausência de reformas e do ajuste fiscal, é quem financia o Estado), aumentando drasticamente a sangria dos cofres públicos, à custa da miséria de muitos.

Para nós, a globalização não está sendo mais do que o fluxo de capitais que, como salientado no tópico anterior, custa ao Brasil mais do que o povo pode pagar.

FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS

Antes de falarmos acerca do que se entende pela expressão em epígrafe, é bom salientar que a relação trabalho/capital passou a ser regulada a partir da Revolução Industrial; necessidade imposta ao Estado pela condição miserável em que o poder econômico mantinha os trabalhadores. "... muitas fábricas, particularmente as de tecidos, eram piores do que prisões. Tinham janelas pequenas que, em geral, se conservavam fechadas a fim de manterem a umidade necessária à manutenção do algodão. A atmosfera viciada, o calor sufocante, a falta de higiene, a par de horários intoleráveis, reduziam inúmeros operários a pobres criaturas macilentas e minadas pela tísica, arrastando bom número delas ao alcoolismo e ao crime...".⁶

Daí avolumou-se o papel do Estado, que passava a intervir em várias relações jurídicas, para proteger os fracos, substituindo a igualdade

pura pela igualdade jurídica, impondo o interesse geral sobre o interesse particular. Em nosso País, em matéria trabalhista, depois de algumas legislações acerca de férias (1925), indenização por despedida injusta (1935) e comissões de salário mínimo (1936), dentre outras, aprovou-se a Consolidação das Leis do Trabalho (1943) que, salvo algumas alterações, encontra-se até hoje vigente.

A Consolidação das Leis do Trabalho, a par de algumas regras de direito processual, consagra ao trabalhador-empregado o direito à jornada de oito horas, salário mínimo, férias, dentre outros, que, somados aos fixados por leis esparsas (13º salário, FGTS, etc), compõem o patrimônio jurídico do trabalhador.

É justamente esse patrimônio jurídico que os neoliberais de plantão querem acabar, sob o galante nome de "flexibilização". Aproveitam-se, naturalmente, do desemprego que assola o mundo, e não menos este pobre país, indefeso, assim como tantos outros, à força do capital que, a cada ano, encontra-se cada vez mais em mãos de tão poucos. Sob o argumento de que precisamos competir e, para isso, reduzir o custo do que produzimos, apregoam que o único caminho é a flexibilização, o que, de quebra, segundo eles, iria aumentar o número de empregos.

Flexibilização, no direito do trabalho, segundo o Prof. Amauri Mascaro Nascimento, "... significa a possibilidade de as partes - trabalhador e empresa - estabelecerem, diretamente ou através de suas entidades sindicais, a regulamentação de suas relações sem total subordinação ao Estado, procurando regulá-las na forma que melhor atenda aos interesses de cada um, trocando-se reciprocas concessões" ou ainda "Flexibilização do direito do trabalho é a corrente de pensamento segundo a qual necessidades de natureza econômica justificam a postergação dos direitos dos trabalhadores...".⁷

Em verdade, a segunda definição parece ser a mais exata, porquanto não haverá troca de concessões, como se apregoa, mas, isto sim, concessão de direitos por parte dos trabalhadores, em troca da promessa de emprego, e só da promessa. É insustentável que se possa admitir que, depois de tantos anos da revolução industrial, num quadro em que a pobreza se alastra de forma gritante,

possam os detentores da riqueza dizer que é necessário que essa massa de excluídos conceda mais ainda, em prol de um futuro melhor. Naturalmente, seria óbvio dizer ao futuro de quem eles se referem.

A promessa dos propagadores da idéia de flexibilização, como visto acima, é a de que, assim agindo, o país que a adotar poderá obter maior número de empregos. O fato é que, até hoje, não se fez prova de que essa regra tenha mesmo atingido o objetivo anunciado, ou que tenha melhorado as condições materiais dos trabalhadores por ela atingidos. Sabe-se, no entanto, que de maneira geral, nos países da Europa há maior flexibilidade das regras trabalhistas - menor regulamentação -, e que, nem por isso, os níveis de emprego encontram-se em melhor situação.

Não se pode falar em flexibilização das normas de direito do trabalho num país como o nosso, onde campeia o trabalho infantil, freqüentemente executado em condições insalubres, perigosas, penosas e prejudiciais à escolaridade (carvão, colheita de laranja, colheita de cana, extração de madeira, de cassiterita, etc), sem falar no trabalho escravo, onde trabalhadores são aliciados e levados para longe de suas famílias, para campos de trabalho servil, sem as mínimas condições de higiene, como recentemente tivemos notícia acerca dessa ocorrência em fazendas do Estado do Pará.

CONCLUSÃO

Portanto, a flexibilização das normas de direito do trabalho em nada melhora a condição do trabalhador, mas, ao contrário, lhe retira o que, com muito custo, conquistou nestes anos todos.

No entanto, merece destaque nesta parte final, o pensamento empresarial que vem se opondo ao neoliberalismo. Trata-se daquilo que os americanos chamam de "stakeholders", ou seja, da administração voltada ao lucro, mas também aos valores éticos e às práticas sociais. Trata-se de um movimento que se caracteriza pela preocupação das corporações com sua reputação, frente aos empregados, fornecedores, consumidores e a comunidade. Preocupa-se com a questão ecológica, filantrópica (permitindo que seus empregados dediquem-se a trabalhos voluntários em parte do horário de serviço), enfim, em operar com responsabilidade social.

Este trabalho não poderia terminar senão com as seguintes palavras do Prof. Mozart Victor Russomano⁸:

"Quando alguém pegar com suas mãos o código trabalhista de um país, saiba que ali estão séculos de sofrimentos calados ou de revoltas e que aquelas páginas, nas entrelinhas da composição em linotipo, foram escritas a sangue e a fogo, porque, até hoje, infelizmente, nenhuma classe dominante abriu mão de seus privilégios, apenas por um ideal de fraternidade ou por espírito de amor aos homens".

NOTAS

- (1) Revista "Veja", Editora Abril, Edição 1501, junho/1997, pág. 106;
- (2) Revista "Veja", Editora Abril, Edição 1533, Fevereiro/1998, pág. 70.
- (3) Revista "Veja", Editora Abril, Edição 1521, Novembro/1997, pág. 118.
- (4) Hans Peter Martins & Harald Schumann, A Armadilha da Globalização - O Assalto à Democracia e ao Bem Estar Social, 2ª Edição, São paulo, Ediotra Globo, 1998, pág. 139.
- (5) Obra retro citada, pág. 153.
- (6) Edward Macnall Burns, História da Civilização Industrial, 2ª Ed., 4ª impressão, São Paulo, Ed. Globo, 1965, vol. II, pág. 692.
- (7) Cássio Mesquita Barros, Flexibilização do Direito do Trabalho, in Revista LTr, 59-08/1037.

A EDUCAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE SELEÇÃO CRIMINOLÓGICA

Noadir Marques da SILVA JUNIOR*

As relações sociais são uma malha complexa, não cabendo em simples definições. Os mecanismos estabelecidos para assegurar os comportamentos tidos como *normais*, consistentes na ordem social, se repetem nos diversos quadrantes das relações intersubjetivas, procurando dar à pessoa um comportamento uniforme.

É verificável dentro desse universo que os mesmos mecanismos de seleção e discriminação utilizados para criar uma linha bem distinta que divida os homens em CRIMINOSOS e HOMENS DE BEM são também utilizados na seleção das instituições de ensino. Desde o ingresso, passando por seus mecanismos de acesso às informações centrais ou periféricas e chegando à própria relação dentro da comunidade educacional, vemos que, em regra, os estudantes provenientes de meios abastados possuem sucesso. Os estudantes provenientes de estratos sociais mais débeis, quando conseguem acesso ao sistema educacional, não possuem o mesmo acesso a informações e nem as mesmas oportunidades de colocação.

Vale dizer, as instituições de educação são um microcosmo onde se repetem e se *ensinam* às pessoas de formação incipiente exatamente as mesmas formas de rotulação e exclusão que ocorrem em grau maior na sociedade.

Este modesto trabalho pretende trazer à luz as relações entre a seleção criminológica detectada, hoje, pela sociologia criminal e a mesma rotulação havida já desde o acesso aos meios educacionais. Inicia-se por uma sucinta análise dos termos criminológicos de interesse para, em seguida analisar a Educação como porta de entrada para a

seleção criminológica. Embora não seja esse o único meio de acesso e mobilidade social, vemos, hoje, esse poderoso instrumento com suas portas trancadas à igualdade e escancaradas àqueles mecanismos perniciosos.

Na criminologia, conforme estudada contemporaneamente, mais especificamente na *SOCIOLOGIA CRIMINAL*, sugere-se uma pluralidade de dimensões e de planos que conduzem a um redimensionamento, através de novos parâmetros, do conteúdo e alcance da interpretação sociológica do fenômeno "crime".

Um estudo que leve em conta a evolução da sociologia criminal não há que se contentar com a simplista interrogação: "*por que se cometem crimes?*"¹, a cuja resposta parece direcionar-se o interesse da maioria dos estudiosos do tema. Se possível ou plausível fosse uma resposta a tal indagação, ainda assim não teria sido possível abordar o cerne da questão: a necessidade de se equacionar o crime, o desvio penal, dentro do contexto da própria ordem social.

Figueiredo Dias, em sua monumental obra *Criminologia - o homem delinqüente e a sociedade Criminógena*, expõe duas linhas de pensamento a respeito da relação entre o Crime e a Sociedade, sintetizadas em duas frases:

"A sociedade tem os criminosos que **MERECE**" (Lacassagne)

"A sociedade tem os criminosos que **QUER**" (Becker).²

Para a primeira linha exposta, o crime é **MAU** e o criminoso é diferente do cidadão **NORMAL**. Resulta esse comportamento de desviação

(*) Procurador do Estado de S. Paulo Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

de fatores que não deixam ao *desviado* outra alternativa. Fruto seria de uma atmosfera cultural e social, em função da classe, etnia, residência, região, período histórico³.

Já para a segunda linha exposta por aquele autor, explicar o crime demanda penetrar na estrutura da ordem social. Os membros de uma sociedade reconhecem como realidade uma estrutura de referência, que lhes oferece um sentido firme de modo de ser.

É essa estrutura que vai ser utilizada como referência para que, no cotejo com a conduta, classifique-a como normal ou desviante. E também é ela que vai criar estratégias legitimadoras de DEFESA e de punição do desviado.

E, dentro dessa mesma corrente, parece bastante propício indagar qual seria o ESPAÇO DE TOLERÂNCIA à conduta desviada dado por essa ordem social exasperadamente criminógena.

Vale dizer, há meios detectados pela chamada "sociologia da sociedade punitiva" de eleição de quais condutas são penalmente relevantes.

Destacam-se três características nessa forma de controle social penal: *"Seu comportamento seletivo e discriminatório (o critério do "status" social prima sobre o dos merecimentos objetivos do autor da conduta); sua função constitutiva ou geradora de criminalidade (os agentes do controle social não "detectam" o infrator, senão que "criam" a infração e etiquetam o culpado como tal); e o efeito estigmatizador do mesmo (marca o indivíduo, desencadeando a chamada "desviação secundária" e as "carreiras criminais")*⁴.

Haveria, assim, mais de um significado nas normas através das quais a ordem social se impõe. E essa distinção seria feita através de um conjunto de valores expressos nas entrelinhas da norma, não havendo falar em um direcionamento equânime a todas as pessoas. As normas traduzem a vontade dos grupos ou classes que historicamente detêm o poder. Trata-se, para DAHRENDORF, não do conflito maniqueísta de Marx, mas da *"distribuição desigual da autoridade"*⁵.

Para que tal análise não escape dos estreitos limites a que se propõe o presente trabalho, é necessário parta-se do pressuposto do crime como

um fenômeno social NORMAL, e da capacidade social de absorver ou tolerar níveis de criminalidade.

Indaga-se, assim, com Costa Andrade⁶, *"a que tipo de necessidades sociais responde o universo criminal. Que serviços presta à ordem social"*?

Há uma função instrumental na definição do que vem a ser o crime. Uma tendência historicamente demonstrada de criminalização sistemática das condutas típicas das classes inferiores. Daí a resistência das instâncias formais de controle em intervir nas mesmas condutas quando postas em prática por camadas sociais dominantes.

Nesse sentido, aponta-se a denúncia do *"contraste entre a legislação, extremamente rarefeita, que pune a criminalidade do white-collar, e a malha particularmente apertada da legislação que incrimina as pequenas ofensas ao patrimônio"*⁷.

Em suma, aponta-se um gritante método de seleção criminológica na vigente ordem social. Pune-se mais e mais eficazmente o crime em certa parcela da classificação social. Pune-se menos ou nada as mesmas condutas quando cometidas por pessoas que possuam um determinado e desejável status social, ou que as cometam em condições peculiares a determinado estrato social.

É possível a analogia, em face desse aparato de seleção e marginalização, entre o sistema punitivo penal e o sistema educacional?

Impõe-se a afirmativa.

Os mesmos mecanismos de seleção e controle, conforme se verá adiante, são utilizados quer no discurso e na simbologia penal, quer na eleição e manutenção do sistema educacional.

Se anteriormente somente se vislumbrava o Direito Penal e a economia como meios seletivos sociais, hoje é possível afirmar o SISTEMA ESCOLAR como tal.

As funções exercidas por ambas essas instâncias de controle - o Direito Penal, formalmente, e a Escola, informalmente - respondem à necessidade de se manter a ordem social vigente, de conservar essa ficção nos limites aparentes de realidade.

Conforme a já apontada *distribuição desigual da autoridade*, essa realidade consolida uma desigual distribuição dos recursos e benefícios.

Uma divisão em estratos, instrumento para a formação de zonas consistentes de sub-desenvolvimento e marginalização.

Alessandro Baratta, professor da Universidade de Saarland, Alemanha, discorrendo sobre o tema, afirma: *"A instituição do direito penal pode ser considerada, ao lado das instituições de socialização, como instância de asseguramento da realidade social. O direito penal realiza, no extremo inferior do **continuum**, o que a escola realiza na zona média e superior dele: a separação do joio do trigo, cujo efeito ao mesmo tempo constitui e legitima a escala social existente e, desse modo, assegura uma parte essencial da realidade social"*⁸.

Na verdade, a forma como se põe a educação dentro da ordem social reflete a estratificação vertical da sociedade. A ORDEM SOCIAL é criada e conservada, nas pessoas de formação incipiente, dentro do sistema escolar.

Aponta aquele mesmo autor: *"As pesquisas na matéria demonstram que, nas sociedades capitalistas, mesmo nas mais avançadas, a distribuição de sanções positivas (acesso aos níveis mais elevados de instrução) é inversamente proporcional à consistência numérica dos estratos sociais, e que, correspondentemente, as sanções negativas (...) aumentam de modo desproporcional quando se desce aos níveis inferiores da escala social, como elevadíssimos percentuais no caso de jovens provenientes de zonas de marginalização social"*⁹.

A mesma legitimação da diferenciação social no âmbito estrutural educacional ocorre quanto ao conceito de mérito. As diferenças de avaliação, dos testes de conhecimentos, são resultado das diferentes condições sociais de origem. Com o sistema de mérito vigente, essas condições são aceitas como uma normalidade e perpetuadas.

Os estudantes provenientes dos grupos estratificados nessa zona de marginalidade encaram o insucesso, posto não se adaptarem, em regra, a um mundo que lhes é pouquíssimo peculiar e posto também não assumirem os modelos e comportamentos lingüísticos exigidos. O resultado dessa alienação é sempre, por parte do sistema educacional, sanções negativas, quando não a exclusão.

Baratta aponta: *"Tem-se observado que, em relação a eles, a escola é um tal instrumento de socialização da cultura dominante das camadas médias, que ela os pune como expressão do sistema de comportamento desviante"*¹⁰.

Não se cuida de trazer somente semelhanças entre os sistemas discriminatórios educacional e penal. Há uma séria relação funcional que reproduz em esferas distintas as mesmas relações sociais de marginalização. Um mesmo mecanismo cumpre nessas esferas tarefas de assistência social, prevenção e reeducação em face do desvio.

A aplicação de sanções, exclusão inicial ou mecanismos de controle exerce, em segundo plano, a função de preservar os indivíduos submetidos a essas sanções de caírem sob os mecanismos e sanções do sistema institucional.

A analogia, assim, não ocorre por acaso.

A distribuição dos estudantes jovens entre as instâncias informais de controle (família e grupo de origem) e as instâncias formais (que implicam em intervenção policial, Justiça, etc.) possui um nexo de dependência com a estratificação social¹¹.

Em regra, os estudantes de grupos sociais mais elevados respondem melhor à educação, possuindo alto grau de aceitabilidade e, salvo por questões individuais, os grupos sociais mais elevados conseguem inserir seus estudantes em seu seio, subtraindo-lhes à ação dos meios institucionais de reação ao desvio e, via de consequência, da estigmatização. Inversa é a situação dos estudantes dos grupos mais débeis.

Concluindo, temos que as instâncias de controle se interseccionam e repetem seus mecanismos.

Ao estudante e à pessoa alheia aos meios acadêmicos se põem, com roupagens diversas, os mesmos mecanismos de controle e estigmatização.

A ação discriminatória dos meios educacionais é integrada e reforçada pela relação que se estabelece entre os MAUS e os demais.

Encontra-se presente na relação social educacional aquele mesmo mecanismo estigmatizante das sanções institucionais que se realiza na sociedade. A mesma distância social, as mesmas reações não institucionais. O mau estudante deve ser liminarmente rejeitado. Inicialmente aceito, afastado e isolado.

E está presente nessa relação, assim como na vida social, o caráter simbólico da sanção. Transferem-se o mal e a culpa sobre uma minoria, integrando-se a maioria, recompensando-a e legitimando-lhe o comportamento.

O insucesso do outro reprime os medos do próprio fracasso, satisfazendo a quem não é atingido pelo estigma.

Na sociedade, o labéu lançado sobre o outro com a pena reprime o medo pela própria diminuição. Impede a coalizão entre a sociedade e os punidos e entre os próprios punidos. No sistema educacional, os efeitos discriminatórios e marginalizantes fazem com que a Escola se recuse a assumir a função de facilitar a mobilidade social, tornando-se mais um instrumento de diferenciação de classes.

O direito penal, cientificamente focado, é instrumento de reinserção do desviado, e a adulteração de seu significado o fez instrumento de repressão, impedindo de enxergar que o criminoso ninguém é senão o homem vivendo seu tempo.

O sistema educacional passa pela mesma desvirtuação de suas finalidades.

Essa visão pessimista, conquanto realista, contudo, não retira o objetivo de que a educação deve servir, sim, para incluir, integrar, *desestigmatizar* - com as escusas pelo neologismo.

Este trabalho não encontraria sentido humano e nem científico (se bem que realizado com censurável despreocupação nesse sentido) se não apontássemos para além da problemática exposta.

Além da problemática, vê-se o homem. Não o dominante e nem o dominado, mas o ser humano sujeito de direitos. Se a ordem social estabelece uma gama de critérios de diferenciação e exclusão, em nome do humano, deve ofertar meios de acessibilidade às camadas adrede pechadas de débeis.

Não se trata de dizer que o homem de nada é culpado. Todo o contrário, trata-se de apontar que todos têm suas razões e possuem o mais elementar direito de justificar-se. Mais, de arrepender-se. Mais, de mudar de sentido.

Quanto à educação, é o mais poderoso instrumento para dar acesso aos socialmente

debilitados, se não utilizada como sede de rotulação social.

Quanto aos instrumentos de controle, discriminação, estigmatização, qualquer mudança de enfoque passa por enxergar o humano por detrás dos olhos remelentos e das razões e circunstâncias do OUTRO.

À guisa de conclusão, embora deselegante e alheio à melhor metodologia, repete-se o festejado professor de Criminologia da Universidade Complutense de Madrid, Antonio García-Pablos de Molina: *"O indivíduo não é um ser solitário, desarraigado, que se enfrenta com sua liberdade existencial sem condicionamentos, sem história; porém tampouco é uma mera concatenação de estímulos e respostas, uma máquina de reflexos e hábitos, ou um prisioneiro de seu código biológico e genético, que mira só o passado; nem uma peça insignificante na engrenagem do universo social, mero observador passivo do acontecimento histórico ou vítima das estruturas que ele mesmo criou. Todo o contrário, o homem é um ser aberto e sem terminar. Aberto aos demais em um permanente e dinâmico processo de comunicação, de interação; condicionado, com efeito, muito condicionado (por si mesmo, pelos demais, pelo meio), porém com assombrosa capacidade para transformar e transcender o legado que recebeu e, sobretudo, solidário com o presente e com a visão no seu próprio futuro ou no futuro alheio. Esse homem, que cumpre as leis ou as infringe, não é o pecador dos clássicos, irreal e insondável; nem o animal selvagem e perigoso do positivismo, que inspira temor; nem o inválido da filosofia correcional, que necessita tutela e assistência; nem a pobre vítima da sociedade, mero pretexto para reclamar radical reforma das suas estruturas, como proclamam as teses marxistas. É o homem real e histórico do nosso tempo, que pode acatar as leis ou não cumpri-las por razões não sempre acessíveis à nossa mente; um ser enigmático, complexo, torpe ou genial, herói ou miserável, porém, em todo caso, um homem mais, como qualquer outro"* ¹².

NOTAS

⁽¹⁾ Jorge de Figueiredo Dias, Manuel da Costa Andrade. *Criminologia - O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 243.

⁽²⁾ Obra citada, p. 244.

- ⁽³⁾ Cfr. A. Cohen. *Transgressão e Controle*. S. Paulo, Pioneira Editora, pp. 108 e ss.
- ⁽⁴⁾ Antonio García-Pablos de Molina - *Criminologia* - tradução de Luiz Flávio Gomes- S.Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1992, p. 77. Esses elementos são característicos da teoria criminológica denominada *Labelling Approach* ou *reação social*, que tem se preocupado principalmente com as reações das instâncias formais de controle social, estudando o efeito estigmatizante da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes.
- ⁽⁵⁾ Ralf Dahrendorf, *Las Clases Sociales y su Conflito en la Sociedad Industrial*. Madrid. Editorial Debate. 1978, p. 107.
- ⁽⁶⁾ Obra citada, p. 260.
- ⁽⁷⁾ Jorge de Figueiredo Dias, Manuel da Costa Andrade, obra citada, p. 257.
- ⁽⁸⁾ Alessandro Baratta. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro. Editora Revan e Instituto Carioca de Criminologia, 1997, pp.171-2.
- ⁽⁹⁾ Obra citada, p. 172.
- ⁽¹⁰⁾ Obra citada, p. 173.
- ⁽¹¹⁾ Cfr. Alessandro Baratta. Obra citada, p. 181.
- ⁽¹²⁾ Obra citada, pp. 40-1.

DE ONDE ADVÉM A INSERÇÃO DA SOCIOLOGIA JURÍDICA NO ENSINO DE DIREITO?

Ana Maria Melo NEGRÃO*

"Para comprender y explicar el proceso social de formación y de desenvolvimiento del Derecho, es preciso tener a la vista esos dos aspectos: el hecho de que los hombres al producir Derecho tratan de dar certeza y seguridad a determinadas relaciones interhumanas; y el hecho de que apesar de que el orden jurídico tiene una función estabilizadora de terminadas relaciones sociales, sin embargo, no puede substraerse a las necesidades de cambio, suscitadas por el cambio social, por el nacimiento de nuevas necesidades, por la modificacion de antiguos menesteres, por la aparición de nuevas circunstancias."

Luís Ricaséns Siches**

Consideradas a dinamicidade do contexto sócio-histórico das últimas décadas, as transformações pertinentes ao desenvolvimento técnico-científico, as novas legislações, a globalização com suas especificidades, a proliferação desordenada de cursos de Direito, configurou-se, de maneira incisiva, a urgência do repensar a prática didático-pedagógica e a estrutura curricular na reorganização do Curso de Direito.

Percebeu-se que a busca de uma vivência harmoniosa democrática foi se tornando cada vez mais comprometida pelo descompasso entre o contexto sócio-econômico, pleno de complexidades, e o sistema jurídico que a corporifica e instrumentaliza.

Passou-se a entender que o ensino do Direito estava a exigir reformulação em suas diretrizes, nos âmbitos estrutural, organizacional e epistemológico, repercutindo na própria concepção do processo ensino-aprendizagem, com

maior interação entre teoria e prática, objetivando realçar a interdependência entre o sistema jurídico e a sociedade atual.

É bem provável que a obrigatoriedade da Sociologia no currículo mínimo, como ensino propedêutico no Curso de Direito, a partir da Resolução de 1972, tenha suscitado um despertar para o ensino da Sociologia Jurídica, até então, disciplina ministrada apenas na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco (desde 1964) e nos cursos de Pós-Graduação.

Haviam surgido, no Brasil, as pioneiras produções científico-sociais sobre o jurídico, destacando-se, em 1966 a Antologia Sociojurídica de Machado Neto, a propiciar um conhecimento mais fecundo da ciência jurídica como ciência social empírica e do direito como fato social, portanto, um conhecimento um tanto diferente do conhecimento jurídico-dogmático.

Incursões já haviam sido feitas no sentido de se modificar a Resolução 3/72/CFE. Ilustra-

(*) Professora de Sociologia Jurídica da Faculdade de Direito da PUC-Campinas, Doutoranda na Faculdade de Educação-Unicamp.

(**) SICHES, Luís Ricaséns. In: MACHADO N., A. L. (1987). *Sociologia Jurídica*. 6 ed, SP: Saraiva, p. 414.

tivamente, em 1987, reflexões, no Rio Grande do Sul, sobre a formação do profissional do Direito, induziram o prof. José Eduardo Farias a propor reforma do Ensino Jurídico:

“Reorganizar o curso jurídico é, igualmente, ter consciência de que a sua deterioração não se deve ao acaso; na verdade, tal processo serviu a interesses sociais específicos, de modo que sua reforma estrutural, metodológica e pedagógica implica

reorientar o ensino do Direito a uma instância de maior rigor científico e de maior eficácia para a consecução de uma sociedade mais livre e igualitária do que a atual.”¹

Sete anos após, veio à luz a portaria 1886, em 30 de dezembro de 1994, elaborada por uma Comissão de Especialistas de Ensino de Direito nomeada pelo MEC, para consolidar a reforma do ensino de Direito. Cumpre-nos reproduzi-la na íntegra:

DIÁRIO OFICIAL

Nº 3 QUARTA-FEIRA, 4 JAN 1995

PORTARIA 1886 de 30 dezembro de 1994 - MEC

Fixa as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico

O Ministro de Estado da Educação e do Desporto, no uso das atribuições do Conselho Nacional de Educação, na forma do artigo 4º da Medida Provisória nº 765 de 27 de dezembro de 1994, e considerando o que foi recomendado nos Seminários Regionais e Nacional dos Cursos Jurídicos, e pela Comissão de Especialistas de Ensino de Direito, as SESu-MEC, resolve:

Art. 1º O curso jurídico será ministrado no mínimo de 3.300 horas de atividades, cuja integralização se fará pelo menos cinco e no máximo oito anos letivos.

Art. 2º O curso noturno, que observará o mesmo padrão de desempenho e qualidade do curso no período diurno, terá um máximo diário de quatro horas de atividades didáticas.

Art. 3º O curso jurídico desenvolverá atividades de ensino, pesquisa e extensão, interligadas e obrigatórias, segundo programação e distribuição aprovadas pela própria Instituição de Ensino Superior, de forma a atender às necessidades de formação fundamental, sócio-política, técnico-jurídica e prática do bacharel de direito.

Art. 4º Independentemente do regime acadêmico que adotar o curso (seriado, créditos ou outro) serão destinados cinco a dez por cento da carga horária total para atividades complementares ajustadas entre o aluno e a direção ou coordenação do curso, incluindo pesquisa, extensão, seminários, simpósios, congressos, conferências, monitoria, iniciação científica e disciplinas não previstas no currículo pleno.

Art. 5º Cada curso jurídico manterá um acervo bibliográfico atualizado de no mínimo dez mil volumes de obras jurídicas e de referência às matérias do curso, além de periódicos de jurisprudência, doutrina e legislação.

Art. 6º O contexto mínimo do curso jurídico, além do estágio, compreenderá as seguintes matérias, que podem estar contidas em uma ou mais disciplinas do currículo pleno de cada curso

I - Fundamentais: Introdução ao Direito, Filosofia (geral e jurídica, ética geral e profissional), Sociologia (geral e jurídica), Economia e Ciência Política (com Teoria do Estado);

II - Profissionalizantes: Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Processual Civil, Direito Processual Penal, Direito do Trabalho, Direito Comercial e Direito Internacional.

Parágrafo único As demais matérias e novos direitos serão incluídos nas disciplinas em que se desdobrar o currículo pleno de cada curso, de acordo com suas peculiaridades e com observação de interdisciplinariedade.

Art. 7º A prática de educação física, com predominância desportiva, observará a legislação específica.

Art. 8º A partir do 4º ano, ou do período letivo correspondente, e observando o conteúdo mínimo previsto no art. 6º, poderá o curso concentrar-se em uma ou mais áreas de especialização, segundo suas vocações e demandas sociais e de mercado de trabalho.

Art. 9º Para conclusão do curso será obrigatória apresentação e defesa de monografia final, perante banca examinadora, com tema e orientador escolhidos pelo aluno.

Art. 10º O estágio de prática jurídica, supervisionado pela Instituição de ensino superior será obrigatório e integrante do currículo pleno, em um total mínimo de 300 horas de atividades práticas simuladas e reais desenvolvidas pelo aluno sob controle e orientação do núcleo correspondente.

§ 1º O núcleo de prática jurídica, coordenado por professores do curso, disporá de instalações adequadas para treinamento das atividades profissionais de advocacia, magistratura, Ministério Público, demais profissões jurídicas e para atendimento ao público.

§ 2º As atividades da prática jurídica poderão ser complementadas mediante convênios com a Defensoria Pública e outras entidades públicas, judiciárias, empresariais, comunitárias e sindicais que possibilitem a participação dos alunos na prestação de serviços jurídicos e em assistência jurídica, ou em juizados especiais que venham a ser instalados em dependência da própria Instituição de ensino superior.

Art. 11º As atividades do estágio supervisionado serão exclusivamente práticas, incluindo redação de peças processuais e profissionais, rotinas processuais, assistência e atuação em audiências e sessões, visitas a órgãos judiciários, prestação de serviços jurídicos e técnicas de negociações coletivas, arbitragem e conciliação, sob o controle, orientação e avaliação do núcleo de prática jurídica.

Art. 12º O estágio profissional de advocacia previsto na Lei 8.906, de 04/07/1994, de caráter extracurricular, inclusive para graduados, poderá ser oferecido pela Instituição de Ensino Superior, em convênio com a OAB, complementado-se a carga horária efetivamente cumprida no estágio supervisionado, com atividades práticas típicas de advogado e de estudo do Estatuto da Advocacia e da OAB e do Código de Ética e Disciplina.

Parágrafo único A complementação da carga horária, no total estabelecido no convênio, será efetivada mediante atividades no próprio núcleo de prática jurídica, na Defensoria Pública, em escritórios de advocacia ou em setores jurídicos, públicos ou privados, credenciados e acompanhados pelo núcleo e pela OAB.

Art. 13º O tempo do estágio realizado em Defensoria Pública da União, do Distrito Federal ou dos outros Estados, na forma do artigo 145, da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, será considerado para fins de carga horária do estágio curricular previsto no artigo 10 desta Portaria.

Art. 14º As instituições poderão estabelecer convênios de intercâmbio dos alunos e docentes, com aproveitamento das respectivas atividades de ensino, pesquisa, extensão e prática jurídica.

Art. 15º Dentro do prazo de dois anos, a contar desta data, os cursos jurídicos proverão os meios necessários ao integral cumprimento desta Portaria.

Art. 16º As diretrizes curriculares desta Portaria são obrigatórias aos novos alunos matriculados a partir de 1996 nos cursos jurídicos que, no exercício de sua autonomia, poderão aplicá-las imediatamente.

Art. 17º Esta portaria entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário, especialmente as Resoluções 02/72 e 15/73 do extinto Conselho Federal de Educação.

MAURÍLIO DE AVELLAR HINGEL

Sem analisar em detalhes a portaria, por não ser esse o enfoque primordial desta reflexão, ressalta a expressão “curso jurídico”, em seus artigos. Explicitam, em especial, os artigos terceiro, quarto, nono a catorze a dimensão profissionalizante e sócio-política do curso, exigindo um liame mais estreito entre os conhecimentos teóricos e as atividades de prática jurídica, como demonstra o estágio de, no mínimo, trezentas horas. A elaboração da monografia final com critérios metodológicos de cientificidade, e sua defesa, perante a banca examinadora, com tema e orientador escolhido pelos alunos, veio priorizar a pesquisa. Uma outra obrigatoriedade conferida pela 1886 foi a inserção da Sociologia Jurídica no rol de disciplinas fundamentais (Art. 6º, I).

Uma pergunta imediatamente emerge: **Por que foi colocada a Sociologia Jurídica como matéria fundamental? Já não se ensina Sociologia Geral?**

A resposta demanda alguns pressupostos. Primeiramente, a Sociologia Jurídica como ciência autônoma, com método e objeto próprios teve seu percurso, trilhando um processo, perpassando por várias correntes. Não se originou contemporaneamente à Sociologia Geral de Augusto Comte, a qual era hostil ao Direito, por considerar os juristas “classe éminemment métaphysique”, preceituando que o Direito desapareceria, ou seja, seria inócuo, quando a humanidade atingisse o estágio científico; libertar-se-ia de instrumentos controladores sociais, próprios do estágio metafísico, desnecessários na dimensão essencialmente científica. Também na visão marxista, o Direito, considerado instrumento da classe dominante para subjugar oprimidos, estaria fadado a sucumbir, quando não houvesse mais estratificação social.

Sem buscar discorrer sobre Montesquieu, cumpre registrar ter ele, através de fundamentos

de investigação aristotélica, propiciado uma introdução ao estudo de uma Sociologia Jurídica, libertando-a da metafísica, estabelecendo um liame entre a realidade social do Direito e o espírito quando preceitua, *in verbis*: “...a consciência, a inteligência, e a vontade intervêm na conduta humana, oferecendo a possibilidade de violar as leis (...) Aqueles legisladores que favoreceram os vícios provocados pelo clima são maus e são bons os que se lhe opuseram.”² Coube, entretanto, a Émile Durkeim a fundamentação da Sociologia Jurídica, tendo sido o primeiro a assinalar o caráter social do fenômeno jurídico, preceituando a necessidade de se identificarem as causas sociais que efetivamente suscitaram as normas jurídicas. À escola durkeimiana, rendem-se tributos às contribuições de Lévy-Bruhl, Paul Fauconnet, Georges Davy, Marcel Mauss. Emprestando as palavras do prof. Evaristo de Moraes Filho (1950) “a sociologia do direito, consciente de seus fins e de sua tarefa, só começou com a obra de Durkheim (1893), *De la Division du Travail Social - Étude sur l'Organisation Sociétés Supérieures*”³. Outras incursões nessa área, sucintamente nomeadas, ocorreram: Léon Duguit com *Le Droit Social*; Kantorowicz e Eugen Ehrlich com *Fundamentos da Sociologia do Direito* (1912) traçam suas visões polêmicas de direito livre emanado não dos códigos mas da vida social; Max Weber trilhando um caminho oposto, ateve-se ao direito positivado, apurando seus efeitos nas condutas individuais.

Mais recentemente, salientam-se na Sociologia Jurídica, como expressões de significância, entre outros: o notável professor russo Georges Gurvitch, os italianos Carlos Cossio e Renato Treves. Ainda, segundo Luís Recaséns Siches, o Direito é, simultaneamente, um fenômeno condicionado e condicionante da sociedade.

Entende Siches que o objeto da Sociologia Jurídica é o Direito em sua projeção de fato social, e surge como resposta às imprescindíveis urgências sociais. Enfim, para ele, os grupos sociais são dotados de sentimentos de justiça, conceito de prêmio e punição, inerentes à dimensão biopsíquica do homem socializado, e podem ser tutelados ou agentes modificadores do Direito.

Hoje a Sociologia Jurídica firmou-se como ciência autônoma, embora haja polêmicas referentes a isso. Para alguns sociólogos, a Sociologia Jurídica estaria integrada na Sociologia, sendo uma de suas especificidades. Para alguns juristas como Edmond Jorion, autor da obra *De la Sociologie Juridique*, 1961, a Sociologia Jurídica e a Ciência do Direito constituiriam uma única disciplina.

Acreditamos que ambas as correntes estão equivocadas, pois não se confunde o objeto da Sociologia Jurídica nem com o da Sociologia, nem com o do Direito, embora se relacione com tais ciências. A Sociologia é ciência especulativa, observa e descreve o fato social, sem nele interferir, sem emitir juízos de valor, sem preocupar-se com normatização. A Ciência do Direito é ciência normativa e centra-se na norma e sua vigência, enquanto a Filosofia do Direito aborda o aspecto axiológico. Já a Sociologia Jurídica nem é especulativa, nem normativa, tem por objeto o direito fato atual, tal seja, atém-se ao direito enquanto fato social concreto, estabelecendo ***“uma relação funcional entre a realidade social e as diferentes manifestações jurídicas, sob a forma de regulamentação da vida social, fornecendo subsídios para suas transformações, no tempo e no espaço.”***⁴

Obviamente, a Sociologia Jurídica não se basta em apenas observar e descrever fatos, vai além: busca perquirir a eficácia do Direito, constituindo também seu objeto verificar se as normas estão ou não atendendo às necessidades sociais; e ainda verificar fatos sociais valorados, com repercussão na ordem jurídica, que ainda prescindem de normatização. Alguns teóricos ousam afirmar que a Sociologia Jurídica pode fornecer

subsídios ao legislador, no sentido de que a lei tenha força de produzir os efeitos para a qual foi criada, devendo estar em estreita consonância com a realidade social, a fim de que sobreviva e desempenhe suas funções: educativa, conservadora, transformadora e de controle social.

Miguel Reale tem uma posição muito bem firmada no que tange à autonomia e ao objeto da Sociologia Jurídica: ***“...se a Ciência Jurídica é normativa, já a Sociologia Jurídica se desenvolve no sentido do Fato jurídico, ou, por melhor dizer, ela é dominada pelo elemento da eficácia ou da efetividade do direito. O sociólogo do direito não pode analisar um fato qualquer como sendo jurídico, a não ser mediante referências a valores e regras: se assim não fosse, o seu estudo seria sociológico e não sociológico jurídico. Para o sociólogo do direito, com efeito, o ‘punctum salien’ do processo dialético da positividade jurídica é representado, não pelo elemento regulativo, mas sim pelo ‘facyum’ da conduta, cuja compreensão reclama, todavia, a referência aos outros dois fatores, a fim de que se possa falar em fato especificamente jurídico, e não em fato genericamente social: é a tridimensionalidade que explica e legitima a autonomia de uma Sociologia Jurídica no âmbito da Sociologia Geral”***.⁴

A Sociologia Jurídica mantém-se sempre atenta à atualidade, à função social do direito e à prevenção ou composição dos conflitos que ocorrem na sociedade, verificando os efeitos sociais produzidos pelas normas, estudando os recursos humanos da ordem jurídica e de suas instituições; e ainda, preocupada com comportamentos anômicos e a opinião pública a respeito do direito e seus institutos.

Instalada a Sociologia Jurídica como disciplina fundamental no Ensino de Direito, há de contribuir para o aprofundamento da função social do direito. Além dos fundamentos teóricos, estudo das várias correntes sócio-jurídicas, seu objeto, metodologia e técnicas de pesquisa, incontáveis são as suas possíveis linhas de investigação para o alunado de Direito, pois a Sociologia Jurídica

permeia praticamente, quase todos os seus campos. Abre-se um leque de temas e problemáticas como linhas de pesquisa sócio-jurídica: direitos e garantias fundamentais e sociais assegurados na Constituição Federal de 1988; igualdade em direito e obrigações, integridade física e moral, saúde, educação, moradia, trans-portes, alimentação, proteção ao portador de deficiência, lazer, meio-ambiente, seguran-ça,... Também temas contemplados em outros diplomas legais e seus conflitos: A exploração da mão de obra infantil, a prostituição infanto-juvenil, a pedofilia, as drogas, a contaminação de alimentos, adulteração de medicamentos, poluição, violência urbana, migrações e invasões de terra, reforma agrária, transformações no direito de família, responsabilidade civil médica, publicidade enganosa, crimes contra o consumidor, doação de órgãos, procriação artificial e direito de filiação, abuso de poder, crime organizado, fanatismo religioso e a criminalidade, assédio sexual, marginalização do idoso, maus tratos à crianças, etc.

A complexidade de fatos sociais incursos na órbita jurídica é incomensurável, e cabe ao futuro bacharel de Direito ter uma compreensão em todo o seu alcance, unindo a dimensão social à jurídica, analisando a eficácia de institutos e ordenamentos, sem achismos ou panfletismos, mas com base na doutrina e nos teóricos que possam fornecer os alicerces a argumentações lúcidas, coerentes, envoltas em cientificidade.

Elegeu-se, a título ilustrativo, a questionada sentença de um magistrado, que aplicando a lei e promovendo a Justiça, à luz dos direitos humanos e sociais, proferiu-a, atenuando as desigualdades sócio-econômicas, ousando uma tratativa axiológica e problematizante à sua justificativa, de forma a unir a dimensão sociológica e a jurídica. Talvez o ponto que mereça mais acurada análise seja a desorganização social ensejando questionamento quanto a valores, direitos e instituições fundamentais da realidade em tela. A resposta à exclusão encontrada pelos réus denota uma reação de massa, por verem frustrada qualquer conexão entre seus esforços, seu trabalho e

recompensas ou perspectivas futuras de dignidade na estrutura social. O próprio grupo, no enfrentamento dos problemas gerados pela desorganização social, parece ter se insurgido contra a “disciplinação para a conformidade”, encontrando na ocupação de terra, a solução para os rigores de sua pobreza.

O julgador, ao proferir sua sentença, sem prejuízo de vários outros eleitos artigos de lei, ateu-se, em especial, à recomendação do artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil: “*Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*”, e ainda, à interdependência entre a *espada* e a *balança* preconizada por Rudolf Von Ihering.

E na sua fundamentação, explorando a literatura brasileira de denúncia social, e usando exaustivamente dispositivos legais da Constituição Federal/1988, do Código Civil, do Código de Processo Civil e ainda embasando-se na Declaração dos Direitos Humanos, alegou que, se o próprio Estado descumpra suas normas constitucionais e desvia tributos, como expulsar aqueles excluídos da sociedade, vítimas do perverso sistema econômico do país, rotulados de “indigentes” como se assim o fossem?

Evidentemente, o julgador para atingir seu convencimento, verificou não se tratar de pessoas oportunistas que se assenhoram de propriedade alheia, por esperteza ou por querer usufruir vantagem indevida.. Ao sentenciar, buscando os fins sociais, o magistrado realizou a interpretação sociológica do Direito, visando cumprir os objetivos da lei em prol daquela coletividade.

Optou por considerar a pretensão moral e juridicamente impossível, indeferindo a inicial e extinguindo o processo. Indubitavelmente, essa sentença gerou polêmicas, mas também reflexões na órbita da Sociologia Jurídica, no que concerne às relações de desigualdade social e seus conflitos, e ao jurídico na defesa do bem comum, de princípios constitucionais e direitos humanos sonegados. Que a sua leitura seja provocadora, mesmo para quem dela discorde.

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL - 1ª REGIÃO
SEÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS - VARA

Proc. 95.0003154-0

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - PROCESSO Nº 95.0003154-0
AUTOR: DEPARTAMENTO NACIONAL DE ESTRADAS E RODAGEM - DNER
RÉUS: ITAMAR PEREIRA DA COSTA E OUTROS
JUÍZO FEDERAL DA OITAVA VARA DE MINAS GERAIS

Vistos etc.

“Não tinham pressa em chegar, porque não sabiam onde iam. Expulsos do seu paraíso por espadas de fogo, iam, ao acaso, em descaminhos, no arrastão dos maus fados. Não tinham sexo, nem idade, nem condição humana. Eram os retirantes. Nada mais.”

(JOSÉ AMÉRICO DE ALMEIDA, EM “A BAGACEIRA”).

Várias famílias (aproximadamente 300) invadiram uma faixa de domínio ao lado da Rodovia BR 116, na altura do Km 405,3, lá construindo barracos de plástico preto, alguns de adobe, e agora o DNER quer expulsá-los do local.

“Os réus são indigentes”, reconhece a autarquia, que pede a reintegração liminar na posse do imóvel.

E aqui estou eu, com o destino de centenas de miseráveis nas mãos. São os **excluídos**, de que nos fala a Campanha da Fraternidade deste ano.

Repito, isto não é ficção. É um processo. Não estou lendo Graciliano Ramos, José Lins do Rego ou José do Patrocínio.

Os personagens existem de fato. E incomodam muita gente, embora deles nem saiba Direito o nome. É Valdico, José Maria, Gilmar, João Leite (João Leite????). Só isso para identificá-los. Mais nada. Profissão, estado civil (CPC, art. 282, II) para quê, se indigentes já é qualificação bastante?

Ora, é muita inocência do DNER se pensa que eu vou desalojar esse pessoal, com a ajuda da polícia, de seus moquiços, em nome de uma mal arrevesada segurança nas vias públicas. O autor esclarece que quer proteger a vida dos próprios invasores, sujeitos a atropelamento.

Grande opção! Livra-os da morte sob as rodas de uma carreta e arroja-os a morte sob o relento e as forças da natureza.

Não seria pelo menos mais digno - e menos falar - deixar que eles mesmos escolhessem a maneira de morrer, já que não lhes foi dado optar pela forma de vida?

O Município foge à responsabilidade “por falta de recursos e meios de acomodações”(fl. 16v.).

Daí, essa brilhante solução, aplicar a lei.

Só que, quando a lei regula as ações possessórias, mandando defenestrar os invasores (arts. 920 e segts. do CPC), ela - COMO TODA LEI - tem em mira o **homem comum**, o **cidadão médio**, que, no caso, tendo outras opções de vida e de moradia diante de si, **prefere** assenhorear-se do que não é dele, por esperteza, conveniência, ou qualquer outro motivo que mereça a censura da lei e, sobretudo, repugne a consciência e o sentido do justo que os seres da mesma espécie possuem.

Mas este não é o caso no presente processo. Não estamos diante de pessoas comuns, que tivessem recebido do Poder Público razoáveis oportunidades de trabalho e sobrevivência digna (v. fotografias).

Não. Os “invasores” (propositadamente entre aspas) definitivamente não são pessoas comuns, como não são milhares de outras que “habitam” as pontes, viadutos e até redes de esgoto de nossas cidades. São párias da sociedade (hoje chamados de excluídos, ontem de descamisados), do resultado do perverso modelo econômico adotado pelo país.

Contra este exército de excluídos, o Estado (aqui, através do DNER) não pode exigir a rigorosa aplicação da lei (no caso, reintegração de posse), enquanto ele próprio - o Estado - não se desincumbir, pelo menos razoavelmente, da tarefa que lhe reservou a Lei Maior.

Ou seja, enquanto não construir - ou pelo menos esboçar - “uma sociedade livre, justa e solidária” (CF, art.3º, I), erradicando “a pobreza e a marginalização” (nº III), promovendo “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), assegurando “a todos a existência digna, conforme os ditames da Justiça Social” (art. 170), emprestando à propriedade sua “função social”(art. 5º, XXIII e 170, III), dando à família, base da sociedade, “especial proteção” (art. 226), e colocando a criança e o adolescente “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, maldade e opressão” (art. 227), enquanto não fizer isso, elevando os marginalizados à condição de cidadãos comuns, pessoas normais, aptas a exercerem sua cidadania, o Estado não tem autoridade para deles exigir - diretamente ou pelo braço da Justiça - o reto cumprimento da lei.

Num dos braços da Justiça empunha a espada, é verdade, o que serviu de estímulo a que o Estado viesse hoje pedir a reintegração. Só que, no outro, ela sustenta a balança, em que pesa o Direito. E as duas - lembrou RUDOLF VON IHERING há mais de 200 anos - hão de trabalhar em harmonia:

“A espada sem a balança é força brutal; a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que maneja a balança”.

Não é demais observar que o compromisso do Estado para com o cidadão funda-se em princípios, que têm matriz constitucional. Verdadeiros dogmas, de cuja fiel observância dependem a eficácia e a exigibilidade das leis menores.

Se é assim - vou repelir o raciocínio - enquanto o Estado não cumprir a sua parte (e não é por falta de tributos que deixará de fazê-lo), dando ao cidadão condições de cumprir a lei, **feita para o homem comum**, não pode de forma alguma exigir que ela seja observada, muito menos pelo homem “incomum”.

Mais do que deslealdade, trata-se de pretensão moral e juridicamente impossível, a conduzir - quando feita perante o Judiciário - ao indeferimento da inicial e extinção do processo, o que ora decreto nos moldes dos arts. 267, I e VI, 295, I, e parágrafo único, III, do CPC, atento à recomendação do art. 5º da LICCB e olhos postos no art. 25 da Declaração dos Direitos do Homem, que proclama: “Todo ser humano tem Direito a um nível de vida adequado, que lhe assegure, assim como à sua família, a saúde e o bem estar e, em especial, **a alimentação, o vestuário e a moradia.**”

Quanto ao risco de acidente na área, parece-me oportuno que o DNER sinalize convenientemente a rodovia, nas imediações. Devendo ainda exercer um policiamento preventivo a fim de evitar novas “invasões”.

P.R.I.

Belo Horizonte, 03 de março de 1995.

ANTONIO FRANCISCO PEREIRA
Juiz Federal da 8ª Vara

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder*. Rio de Janeiro, 1988.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A Sociologia Jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Sérgio Antunes Fabris Editor, 1991.
- CANUTO, V. R. A. *Políticos e educadores: a organização do ensino superior no Brasil*. 1992.
- CARVALHO, G. I. (org.). *Ensino Superior, Legislação e Jurisprudência*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Você conhece Sociologia Jurídica?*. 5. ed RJ: Forense, 1995.
- CHIZZOTTI, Antônio. *Pesquisa em Ciências Humanas e Sociais*. São Paulo: Cortez, 1991.
- DAMASCENO, A. e outros. *A Educação como Ato Político Partidário*. 2. Ed, SP: Cortez, 1989.
- FAGUNDES, J. *Universidade e compromisso social do judiciário*. Campinas: Ed. UNICAMP 1986.
- FARIA, J. E. *Reforma do Ensino Jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antunes Fabris Editor, 1987.
- _____. *Direito e Justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.
- FÁVERO, M. L. A. *A Universidade modernizada*. São Paulo: Cortez, 1991.
- FERNANDES, Newton, CHOFARD, Getúlio. *Sociologia Geral, Jurídica, Criminal*. São Paulo: Editora Rumo, 1995.
- FERREIRA, Roberto M. *Sociologia da Educação*. São Paulo: Moderna, 1993.
- FREITAG, Bárbara. *Escola, Estado e Sociedade*. 4. ed São Paulo: Moraes, 1980.
- GIANOTTI, J. A. *A universidade em ritmo de barbárie*. São Paulo: Brasiliense, 1989.
- GIL, Antônio Carlos. *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. 3. ed São Paulo: Atlas, 1991.
- JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *A Sociologia no Direito no Brasil*. RJ: Lumen Juris, 1993.
- MÁCEDO S. *Lógica Jurídica*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1978.
- MACHADO NETO, A. L. *Sociologia Jurídica*. 6. ed São Paulo: Saraiva, 1987.
- MONTESQUIEU (Charles Louis de Secondat). *O Espírito das Leis*. Trad. T. Nugent. Nova Iorque: Appleton [s.d]
- MORAIS Fo., E de, *O Problema de uma Sociologia do Direito*, Ed. Freitas Bastos, RJ, 1950
- PAIOLI, N. J. *Para repensar a universidade e a pós-graduação*. Campinas: UNICAMP, 1985.
- REALE, Miguel, *O Direito como experiência*. 2. ed São Paulo: Saraiva, 1992.
- RIBEIRO, J. *O que é positivismo*. 7. ed São Paulo: Brasiliense, 1988.
- SCHMIED-KOWARZIK, W. *Pedagogia dialética: de Aristóteles a Paulo Freire*. São Paulo, Brasiliense, 1983.
- SICHES, L. Recaséns, *Sociologia do Direito (s.l.:s.n.,s.d.)*
_____. *Vida Humana, Sociedad y Derecho*. México: Ed. Porrúa, 1952
- SCURO NETO, Pedro. *Manual de Sociologia Geral e Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- WEBER, M. *Sobre a Universidade*. São Paulo: Cortez, 1989.

NOTAS

- (1) FARIA, José Eduardo. *A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1987, p. 14.
- (2) MONTESQUIEU (Charles L. Secondat). *O Espírito das Leis*. Trad. T. Nugent. Nova Iorque: Appleton [s.d]
- (3) MORAIS Fo., Evaristo de, (1950) *O Problema de uma Sociologia do Direito*, Ed. Freitas Bastos, RJ, p.131
- (4) CAVALIERI Fo., Sérgio, (1998) *Você conhece Sociologia Jurídica?* 6a. ed. Forense, RJ, p.43
- (5) REALE, Miguel. (1992) *O Direito como Experiência*. 2a. ed. Saraiva. SP. p.61

A HERMENÊUTICA DE MARTIN HEIDEGGER

Eliane Avelar Sertorio OCTAVIANI*

INTRODUÇÃO

Nascido na cidade de Messkirch em 26 de setembro de 1889, região tradicionalmente católica de Baden, no sudoeste da Alemanha, Martin Heidegger estudou teologia e filosofia. Aluno de H. Rickert, laureou-se em filosofia em 1914 com uma tese sobre A Doutrina do Juízo no Psicologismo. Em 1916, como tese de habilitação ao ensino universitário, publicou A Doutrina das Categorias e do Significado em Duns Escoto, quando na introdução refere-se às dificuldades de conciliar a competência do historiador com o dom de verdadeira penetração filosófica, capaz de revalorizar o material descoberto. Embora não se identificasse plenamente com as concepções escolásticas correntes, Heidegger demonstra uma preocupação constante em aperfeiçoá-las e atualizá-las, visto considerar-se membro da mesma família espiritual, o que é demonstrado nas obras **Duns Escoto e Kant und Aristoteles**.

Quando Husserl foi chamado a ensinar em Friburgo, Heidegger o seguiu como assistente. Professor por alguns anos na Universidade de Marburgo, em 1929, Heidegger sucedeu Husserl na cátedra de filosofia em Friburgo, dando sua aula inaugural sobre **O que é a Metafísica?** Desse mesmo ano é o ensaio **Sobre a Essência do Fundamento**, bem como o livro **Kant e o Problema da Metafísica**.

Rompendo as estreitezas de uma ciência das ciências, Heidegger mergulha nas profundezas da própria experiência, dando um passo decisivo para a renovação da Metafísica, como pensar do próprio ente no seu ser e as conseqüências desta atitude se farão sentir plenamente a partir de **Sein und Zeit**,

quando ele tentará emancipar o pensar da interpretação que lhe impôs a Lógica, entender a linguagem sem a Gramática, a arte sem a estética, e reivindicará para a História uma noção fundada na análise fenomenológica da própria historicidade da existência humana. A publicação desse seu trabalho fundamental ocorre em 1927. A obra seria seguida de segunda parte, que, no entanto, não apareceu mais, já que os resultados alcançados na primeira parte impediam o seu desenvolvimento.

Ser e Tempo é dedicado a Husserl: Heidegger afirma que trabalha com o método fenomenológico, ainda que a sua filosofia seja bem diferente da de Husserl, como constataremos em breve.

A HERMENÊUTICA DE HEIDEGGER

Heidegger desenvolveu uma das definições modernas de hermenêutica, quando, ao tratar do problema ontológico, empreendeu um estudo fenomenológico da presença quotidiana do homem no mundo, o qual designou em sua grande obra, **Ser e Tempo**, como a hermenêutica do Dasein. O traço fundamental da consciência humana é para Heidegger a compreensão do ser, com isto, a análise fenomenológica é transformada em Hermenêutica, já que a verdade, como compreensão e manifestação do sentido do ente e do seu ser, é um modo do ser do eis-aí-ser, deixando de ser uma ciência ou regras de interpretação textual.

Heidegger emprega para designar o fenômeno da compreensão do ser a expressão eis-aí-ser (Dasein). O vocábulo alemão "Dasein" significa "existência", seja no sentido mais geral do fato de ser, de existir, seja na acepção mais

(*) Mestranda em Direito Processual Civil pela PUC-Campinas.

peculiar de existência ou vida humana. Para Heidegger, se o ente no seu todo está patente de algum modo, o compreender tematiza apenas este ora aquele ente, de modo que o resto do ente e o seu ser ficam apenas implicitamente descobertos. O ser do ente é justamente aquilo que precede e acompanha a manifestação do ente, mas apenas implicitamente, de tal modo, que é possível explicar a sua compreensão.

O PAPEL DA FENOMENOLOGIA

O papel da Fenomenologia e, em geral, da Filosofia, consiste, segundo Heidegger, em tematizar a compreensão do ser em geral e dos seus diversos modos e variedades. A idéia da Fenomenologia nada tem que ver com a atitude ingênua de uma contemplação casual e despreocupada; o encontro com o ser e as estruturas ontológicas do ente requer uma cuidadosa determinação do ponto de partida da análise, pois o compreender humano não é absoluto; ao mesmo tempo que manifesta, ele oculta também o ente e esse é um dos pontos divergentes de Heidegger em relação a Husserl, que havia negligenciado o elemento da finitude histórica do compreender.

A fenomenologia é a tentativa de resgate do contato original com o objeto perdido em sofisticadas especulações abstratas ou em reduções matemáticas e quantificadoras do campo de vivência do ser humano, enquanto ser cognoscente. Ela tem uma história, porém, ela sempre tem que começar de novo porque não se contenta com os conhecimentos descobertos e guardados no passado visando em primeiro lugar à compreensão nova e atual. Brentano e Husserl podem ser identificados como precursores e fundadores da Fenomenologia e Heidegger e Merleau-Ponty, por exemplo, como continuadores.

O distanciamento faz o homem compreender decifrando as coisas que o circundam e isso se torna uma descrição do ser do mundo e das características do homem nos seus três sentidos: decifração do ser do Dasein; "ek-siste", tirar do esquecimento aqueles momentos privilegiados da existência humana e a decifração do logos,

A primeira incidência da finitude do homem sobre o seu compreender é a necessidade de pressupor; criando uma tríplice suposição que

comanda a determinação do sentido das coisas. Todo compreender se exerce num horizonte pré-determinado, que condiciona também a exposição do compreendido. A estrutura pressupositiva do compreender de qualquer fenômeno exerce-se, antes de tudo, dentro de um contexto previamente revelado. Além disso, compreender implica um ponto de vista prévio, em função do qual o fenômeno há de manifestar-se e ser tematizado.

Husserl pensava que seria possível atingir a própria coisa de um ponto de vista absoluto, afastando a necessidade de presença de todos os pressupostos para construir uma ciência filosófica. Ao reverso, para Heidegger, não se trata de prescindir dos pressupostos, mas de se dar conta da necessidade de fazê-los, para assim, poder escolher os autênticos, em vez de assumir cegamente aqueles que são apresentados pelo público. Com isto Heidegger transforma a análise fenomenológica em hermenêutica, encontrando a perspectiva original dentro da qual o ser do ente pode manifestar-se na sua plena verdade; entretanto, já que a verdade, como compreensão e manifestação do sentido do ente e do seu ser, é um modo de ser do "Dasein", é pela análise deste que se desenvolverá a questão fundamental do sentido de ser.

CONCLUSÃO

Heidegger posteriormente constatou que o verdadeiro resultado de **Ser e Tempo** foi o fracasso da Ontologia fundamental como Analítica existencial; o sentido do ser não pode ser determinado a partir de uma análise do ser do eis-aí-ser. O fracasso da Ontologia fundamental foi indispensável para que seguindo até o fim a linha de pensar metafísico, seria possível para Heidegger executar a meia volta do pensar. O sentido do ser não poderia ser condicionado pela compreensão do ser; ao reverso, é o ser que determina o destino do pensar humano; portanto, houve aí o abandono e substituição da filosofia transcendental, por um pensar que se dedica, sem intermediário algum, ao próprio ser, deixando esse novo pensamento de ser uma Ontologia, visto que não acontece como transcendência do eis-aí-ser para o ser.

BIBLIOGRAFIA

BLEICHER, Hermenêutica Contemporânea: Lisboa, Edições 70.

GREVEL. Marcelo da Veiga, O problema da fundamentação do conhecimento, uma abordagem fenomenológica.

Revista da Universidade Federal de Santa Catarina.

MACDOWELL. João Augusto A. Amazonas, A gênese da ontologia fundamental de Martin Heidegger: São Paulo, Editora Herder, 1970.

PALMER. Richard E, Hermêutica: Lisboa, Edições 70.

O CÍRCULO HERMENÊUTICO

Adriana Maria Palermo BRISOLLA*

O círculo hermenêutico representa o circuito do nosso saber, do conhecimento, do pensamento e da própria ciência.

Compreender é uma operação essencialmente referencial; compreendemos algo quando o comparamos com algo que já conhecemos. Aquilo que compreendemos agrupa-se em unidades sistemáticas, ou círculos compostos de partes. O círculo como um todo define a parte individual, e as partes em conjunto formam o círculo. Por uma interação dialética entre o todo e a parte, cada um dá sentido ao outro; a compreensão é portanto circular. E porque o sentido aparece dentro deste círculo, chamamo-lo de CÍRCULO HERMENÊUTICO.

O círculo hermenêutico opera, não só em nível lingüístico como também em nível do tema em causa. Tanto o que fala como o que ouve devem partilhar a linguagem e o tema do seu discurso. Tanto em nível do médium do discurso (linguagem) como da matéria do discurso (tema), o princípio do conhecimento prévio - ou o círculo hermenêutico - opera em todo o ato de compreensão.

No caso específico da leitura - compreensão - interpretação de um texto escrito, o círculo hermenêutico funciona como um todo e com uma circulação relacional entre os três pólos do processo comunicativo:

- AUTOR
- TEXTO
- INTÉRPRETE

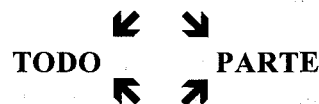
Para entendermos o efetivo funcionamento do círculo hermenêutico na prática da leitura e interpretação da escrita é necessário analisarmos

esses três pólos, considerando o círculo hermenêutico com relação:

1. somente ao texto;
2. entre o texto e o intérprete;
3. entre o texto e o autor.

1. O CÍRCULO HERMENÊUTICO DENTRO DO TEXTO

Considerando o círculo hermenêutico em uma dinâmica interna ao próprio texto, podemos nos basear em Verdade e Método de Gadamer, que nos através do ato da leitura o trabalho da hermenêutica, ou seja, que a análise do texto escrito nos ensina uma regra fundamental para qualquer interpretação: compreendem-se as partes singularmente a partir do todo, e ao mesmo tempo, o todo é compreendido a partir das suas partes constitutivas. As partes em sua totalidade e o todo composto das partes são ao mesmo tempo e reciprocamente determinantes e determinados, e portanto, podemos representar assim o círculo hermenêutico:



Gadamer propõe como exemplo a interpretação de um texto escrito em uma língua antiga (a tradução do grego clássico): primeiramente recolhe-se o todo de uma frase para fazer-se uma idéia, em um segundo tempo procura-se compreender e interpretar os elementos dos quais é composta a frase singularmente, estabelecendo assim um modo proporcional FRASE: TODO = PALAVRAS: PARTES

(*) Mestrando em Direito Processual Civil pela PUC-Campinas.

O trabalho de construção da frase, para buscar o seu significado, é conduzido por uma expectativa de sentido, que pode e deve ser extraída do contexto que antecede a frase em questão. A expectativa é sempre aberta para as modificações e correções, que aos poucos podem ser sugeridas ou impostas pelo próprio texto, uma vez traduzido.

Do outro lado, o significado conseguido pela frase contribui para reestruturar a expectativa de sentido para as outras frases que se sucedem no texto, objeto de tradução e interpretação.

Concluindo, teremos, então, que o todo identificado com a totalidade de sentido pela pré-compreensão (é aquela idéia que tínhamos feito do texto na primeira leitura), vem antecipadamente determinar as partes que o constituem, mas é também verdade que, uma vez que as tais partes (frases, mas antes ainda as palavras) assumem significados específicos, que por sua vez, determinam o todo.

É por este motivo que Gadamer conclui dizendo que: "o movimento do compreender vai continuamente do todo à parte e da parte ao todo".

Devemos considerar o fato que cada todo é também parte de uma totalidade mais ampla.

O que acontece é que inicialmente a interpretação provém de uma dialética ou movimento limitado entre todo e parte. Em seguida, visto em um contexto mais amplo, o todo pode e deve ser considerado ele mesmo como parte, que juntamente com outras constitui uma outra totalidade significativa.

2. TEXTO - INTERPRETE

Em Heidegger, tomamos conhecimento de que a compreensão/interpretação não tem somente o caráter técnico e metodológico, mas conquista valor ontológico, onde o "Sern" é aquele que compreende. A compreensão é o poder de captar as possibilidades que cada um tem de ser, no contexto do mundo vital em que cada um de nós existe. Ela não se concebe como algo que se possua, mas como um modo ou elemento do ser - no - mundo.

A compreensão é a base de toda interpretação; é contemporânea da nossa existência e está presente em todo o ato de interpretação.

A compreensão é assim ontologicamente fundamental e anterior a qualquer ato de existência. Contudo, a essência da compreensão não está na simples captação de situação de cada um, mas sim na revelação das potencialidades concretas do ser, no horizonte da situação que cada um ocupa no mundo.

A hermenêutica fenomenológica de Heidegger explora as implicações do círculo hermenêutico no que respeita à estrutura ontológica de toda compreensão e interpretação existenciais do homem. O ponto chave em Heidegger é que a compreensão se tornou ontológica.

Cada interpretação pressupõe não somente uma reflexão sobre o que é para ser compreendido, mas também a reflexão com atenção, autocontrole e autoconsciência do interprete sobre si mesmo, sobre seu próprio Ser.

A interpretação é simplesmente tornar explícita a compreensão. O fundamento da compreensão é anterior a toda a afirmação temática.

O papel da hermenêutica, portanto, não é só a utilização de um método, articulado em regras técnicas, que permitem a um sujeito conseguir um objeto que é contido no texto escrito, ou seja de obter um significado em modo científico e objetivo, mas a interpretação é determinada "pela" e "da" situação existencial na qual o intérprete se encontra.

3. RELAÇÃO ENTRE AUTOR E TEXTO AUTOR TEXTO INTÉRPRETE



A dinâmica do círculo é análoga àquela entre texto e intérprete. No momento em que o autor "diz", através daquilo que pronuncia em modo explícito, objetivo, entende particularizar e dar significado ao seu pensamento.

Quando escreve, o sentido especifica-se nos significados peculiares do texto, mas ao mesmo tempo nota-se um descarte de sentido entre o querer dizer e o efetivo significado intencionado. Eis então que o que se diz objetivado no texto deve ser considerado pelo próprio autor, que agora fica leitor e intérprete de si mesmo.

O fato de os intérpretes serem colocados a uma certa distância (temporal, cultural) do autor de uma obra, do seu mundo, constitui um grande problema. Como podemos preencher esta distância? Qual é a obrigação da hermenêutica filosófica em respeito às obras do passado, e também àquelas do nosso presente, na medida em que é sempre possível conferir uma distância entre autor e intérprete, como também entre intérprete e texto?

Gadamer propõe duas concepções hermenêuticas em confronto e entre elas faz uma escolha bem precisa. De uma parte temos a hermenêutica de Schleiermacher, que se baseia numa consciência histórica de tipo subjetivo, e da outra parte temos a hermenêutica de Hegel, que se fundamenta em uma hermenêutica de tipo objetivo.

"A hermenêutica como arte da compreensão não existe como uma área geral, apenas existe uma pluralidade de hermenêuticas especializadas". Esta asserção programática com a qual Schleiermacher abriu as suas conferências de 1819 sobre hermenêutica, enuncia, numa frase, o seu objetivo fundamental: construir uma hermenêutica geral como arte da compreensão.

Schleiermacher baseia-se na reconstrução, isto é, para compreender corretamente uma obra devem ser recuperados todos os elementos psicológicos, históricos, sociais, éticos, políticos, culturais, que constituem a estrutura do "mundo" que viu surgir a obra em questão. Para ele, a hermenêutica transforma-se verdadeiramente numa "arte da compreensão".

Em confronto a Schleiermacher, Hegel propõe uma hermenêutica de integração. Isto é usar o espírito pensante, aquele que compreende e interpreta a obra através da mediação do presente, da nossa existência, que constitui a condição *sine qua non* do inteiro processo. O passado, que é extra para nós, vem assim filtrado pelo nosso presente de intérprete, vem "lido" através de uma

grelha hermenêutica. A origem, como também o contexto originário, é aquele passado que não volta mais, e por isso para nós inacessível.

Para defender-se da acusação de subjetivismo, Gadamer, faz referência à tradição do pensamento e a sua transmissão histórica, que constituem elementos decisivos para superar o tempo e o subjetivismo.

CONCLUSÃO

O círculo hermenêutico exprime-se no movimento, que na interpretação, conduz das partes ao todo e do todo as partes, em um sucessivo e progressivo enriquecimento.

Para entender a parte de um texto devemos interpretar à luz do conhecimento do texto inteiro para depois voltarmos àquela parte. Do mesmo modo, o conhecimento de um texto deverá presumir o conhecimento da obra inteira do seu autor.

Este movimento "em horizontal" entre as partes não exige de um movimento "em vertical" (no tempo). De fato é impossível ler um autor em relação ao qual se criou uma certa distância, senão à luz das diversas interpretações que sobre a sua obra se sedimentaram, interpondo-se entre o autor e o atual leitor; derivando então o fato que o texto é qualquer coisa de autônomo que possui um ulterior significado, desconhecido pelo próprio autor.

BIBLIOGRAFIA

- D'ALESSANDRO Paolo, *Ermeneutica e Filosofia*, Edizioni Cuem, Milano, 1999;
- FERRARIS, Maurizio, *L'ermeneutica*, Editori Laterza, Bari, 1998;
- PALMER, Richard E., *Hermenêutica*, Edições 70, Lisboa, 1997;
- RICOUER, Paul, *Interpretação e Ideologias*, Ed. Francisco Alves, RJ, 1988.

A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE ARBITRAGEM

Ricardo Rodrigues GAMA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Atividade Jurisdicional. 3. Vantagens da Arbitragem. 4. Dispositivos Ditos Inconstitucionais. 5. Direitos e Garantias Individuais e Cláusulas Pêtreas. 6. Controle Judiciário. 7. Controle Judiciário, Direito de Ação e Cláusula Compromissória. 8. Juiz Natural e Árbitro. 9. Tribunal de Exceção. 10. Devido Processo Legal. 11. Contraditório e Ampla Defesa. 12. Ausência de Duplo Grau de Jurisdição. 13. Efeito Suspensivo da Apelação. 14. Acesso à Justiça. 15. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1.996, inovou a arbitragem nacional, colocando o Brasil em posição avançada com relação aos outros países.

Por conta das inovações, as quais reclamam uma nova concepção de vários institutos processuais, a inconstitucionalidade da referida lei já bateu nas portas do Supremo Tribunal Federal. Dentre os institutos processuais, o da jurisdição foi o mais afetado, exigindo uma reavaliação até de seu conceito. Trata-se de ampliação do conceito, o que é salutar.

Registre-se, ainda, o confronto entre a nova Lei de Arbitragem e alguns direitos e garantias fundamentais defendido por alguns juristas brasileiros. Em momento oportuno, vamos delimitar tais direitos, confrontando com a lei *ut supra* e, como resultado, apresentar os contornos reais da nossa Carta Magna.

Diante das várias alegações em prol da inconstitucionalidade da Lei de Arbitragem, seria ela parcial ou totalmente inconstitucional? Para nós, conforme veremos mais adiante as razões, a constitucionalidade deve ser reconhecida por inteiro.

2. ATIVIDADE JURISDICIONAL

Embora estejamos nas preliminares desse estudo sobre a arbitragem, é importante determinar a sua natureza jurídica para auxiliar na resolução de outros temas a serem enfrentados.

As teorias sobre a natureza jurídica da arbitragem são de três ordens. Elas defendem que a arbitragem tem natureza:¹ a) contratual; b) jurisdicional; c) mista. A origem contratual da arbitragem acompanha muitos pensadores da atualidade, mas não subsiste como natureza dela frente a nova lei brasileira. Com as vestes de jurisdição no direito nacional, a arbitragem encantou os favoráveis a nova roupagem e não deixou de receber duras críticas dos defensores da tese contrária. Amenizando as asperezas, a teoria mista atribui a contratualidade inicial à arbitragem, deixando a assunção da natureza jurisdicional para um segundo momento.

Por convencionarem as partes pela arbitragem, decidindo sobre quem vai atuar como árbitro e as regras a serem adotadas, a natureza contratual foi atribuída a esta. Ainda, para defender-se da teoria da jurisdição, lembram os defensores dessa teoria que a arbitragem não conta com a coerção e execução do laudo arbitral (sentença).

(¹) Professor da Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiaí-SP.
Mestrando pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas-SP.
Advogado

Com a função dos árbitros, os quais até prolatam sentença,² parece não pairar dúvida sobre a atividade jurisdicional por ele desenvolvida. É certo que os elementos da jurisdição não estão todos presentes, mas, dentre a *nocio*, a *vocacio*, a *coercio*, a *iudicium* e a *executio*. A arbitragem só não possui a coerção e a execução, o que não desfigura a sua natureza jurisdicional.

Acerca da natureza jurídica da arbitragem nacional, entre as teorias privatística e a publicista, acreditamos ter ela natureza mista, isto é, a forma contratual na formação e a jurisdicional depois de instaurada a arbitragem.

Modernamente, como bem apregoa Mário Cappelletti, o povo deve participar da realização da justiça. A exemplo disso, já temos o tribunal do júri³ e os conciliadores e juízes leigos dos Juizados Especiais.⁴ Ainda, tem órgãos que não fazem parte do Judiciário, como o Tribunal de Contas da União,⁵ que exercita a jurisdição.⁶

3. VANTAGENS DA ARBITRAGEM

Ao se aperfeiçoar um instituto, a primeira idéia que pode vir à mente é a de sua real utilidade. A arbitragem, apesar de não ser muito utilizada no passado (esperamos intensa utilização no futuro), constitui um importante instrumento a ser desenvolvido para cumprir a sua função, qual seja, a de compor e resolver os litígios.

Inúmeras são as vantagens da arbitragem, contudo vamos acusar algumas: a) auxiliar o Poder Judiciário, diminuindo o número de processos deste e promovendo a Justiça; b) proporcionar uma justiça rápida e segura; c) ser uma justiça confidencial, a qual guarda segredos; d) expressar a confiança de julgamento técnico mais preciso do que o do Judiciário; e) ser uma justiça mais barata (por ser mais rápida).

As estatísticas do número de processos para cada juiz ou do número de habitantes por juiz é algo fora do normal, para não dizer absurdo.⁷ Com relação à rapidez da prestação jurisdicional, basta atentar pelo prazo de seis meses para o árbitro apresentar a sua sentença em caso de não ser estipulado outro prazo.⁸ Nas relações comerciais de monta, onde a arbitragem é bastante fértil, é muito importante que os detalhes dos objetos em

discussão não escape para a concorrência. Pela complexidade de algumas questões, exige-se conhecimento técnico profundo para entender o cerne da discussão, o que o juiz togado não possui na maioria das vezes; por outro lado, na arbitragem, o árbitro pode ser pessoa com conhecimento técnico. Só a demora já torna a decisão da Justiça Estatal mais cara, porque, em se tratando de indústria e comércio, assim como para a pessoa física, o tempo pode gerar prejuízos difíceis de serem reparados.

Em tempos de grande preocupação com a efetividade do processo e o acesso à justiça, a nova arbitragem só vem contribuir.

4. DISPOSITIVOS DITOS INCONSTITUCIONAIS

Toda e qualquer inovação é polêmica, não sendo diferente com a Lei de Arbitragem, a qual foi taxada de inconstitucional. Com isso, é claro que não faltam aqueles que atribuem a inconstitucionalidade a toda a Lei de Arbitragem, contudo, alguns artigos hão de ser destacados por serem mais atacados.

Dentre todos, citemos os seguintes artigos: 6º, 7º, 18, 31, 32, 33, 41 e 42. Não é bem o *caput* do art. 6º, mas mais precisamente o seu parágrafo único, o qual faz remissão ao art. 7º; este trata de forçar aquele que anuiu à cláusula compromissória a submeter-se à arbitragem, podendo o pretendente valer-se de ação judicial própria para tal (é o chamado efeito vinculante da cláusula compromissória). Dá-se a imposição da arbitragem por existir a referida cláusula. Pelo art. 18, o árbitro é juiz de fato e de direito, da sentença arbitral não cabe recurso e, ainda, dispensa-se a sua homologação pelo Judiciário. O art. 31 equipara a sentença arbitral à sentença judicial de natureza condenatória, fazendo dela um título executivo. Na sua essência, os arts. 32 e 33 fazem previsão da possibilidade de ser anulada a sentença arbitral por via judicial. O art. 41 promove as seguintes alterações no Código de Processo Civil: a) a extinção do processo pela convenção arbitral (art. 267, VII); b) a matéria referente a convenção de arbitragem passa a ser preliminar, devendo ser alegada antes do mérito na contestação (art. 301, IX); c) inclui a sentença arbitral dentre os títulos executivos judiciais (art. 584, III). Pelo art. 42, a apelação de sentença que julgar procedente o pedido de

instituição de arbitragem conta somente com o efeito devolutivo(art. 520, CPC).

Saliente-se que dentre os dispositivos supra mencionados, o Ministro Sepúlveda Pertence considerou inconstitucionais o parágrafo único do art. 6º, o art. 7º, o art. 41 e o art. 42.⁹ Na nossa visão, *data venia*, conforme demonstraremos adiante, todos os dispositivos são constitucionais.

5. DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS E CLÁUSULAS PÉTREAS

Dentre os constitucionalistas mais vigorosos, quando a questão envolve a *aparente* ofensa aos direitos e garantias fundamentais previstas no art. 5º da Constituição Federal, vem logo à mente a questão da impossibilidade de *adaptar* o texto constitucional à realidade, tendo em vista a existência das cláusulas pétreas. Levando em conta o § 4º do art. 60,¹⁰ como deve ser, a mudança da Constituição a respeito dos direitos e garantias é impossível.

Com relação à Lei de Arbitragem, com uma interpretação que leve em conta as mutações sofridas pelo processo civil frente à corrida contra o tempo e em favor da efetividade do processo, vamos demonstrar que não há ofensa a qualquer dispositivo da Lei Maior. Mais do que conhecimento do Direito Constitucional, a interpretação deve contar com as noções do Direito Processual Civil, isso porque ele é que vai dar a extensão e o posicionamento da arbitragem hoje no Brasil. A intenção aqui não é destorcer conceitos para atingir objetivos retóricos, senão demonstrar que a inclusão desse importante instituto da arbitragem não feriu a Constituição.

Para os defensores da Constituição, a Lei de Arbitragem fere os dispositivos de segurança desta.¹¹ Os direitos e garantias constitucionais violados são os seguintes: a) a apreciação pelo Judiciário; b) o juiz natural; c) o juiz ou tribunal de exceção; d) o contraditório e a ampla defesa; e) o duplo grau de jurisdição.

6. CONTROLE JUDICIÁRIO

A exclusão da apreciação do Judiciário da lesão ou ameaça de direito é vedada expressamente pela Constituição. Conforme dispõe o próprio texto constitucional, *a lei não excluirá da apreciação do*

*Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*¹² Não há dúvida que os subsídios doutrinários saudáveis são sobejos para não confundir o intérprete.

Como se vê na precisa lição de Walter Ceneviva, para quem *...a lei está impedida de criar, em nível infraconstitucional, qualquer órgão de tipo administrativo contencioso, no qual se esgote, sobre qualquer lesão sofrida ou afirmada pelo interessado.*¹³ Aqui, o Autor enaltece a origem do princípio consagrado pela Carta Magna. É que foi por causa dos regimes ditatoriais brasileiros que este princípio faz parte das nossas Constituições.¹⁴ Em época de ditadura, uma das primeiras medidas, até para implantá-la, é fugir do controle do Judiciário, da legalidade, da constitucionalidade. Por esse motivo, não pode a lei criar *administrativo contencioso*. Agora, com relação à arbitragem, é importante ressaltar que o legislador não criou órgão administrativo simplesmente, mas, órgão investido da jurisdição. Ao atribuir ao árbitro a condição de juiz de fato e de direito e à sua decisão a natureza de sentença (dispensada a homologação pelo Judiciário), longe de enfileirá-lo como magistrado, o legislador estendeu a este o exercício da atividade jurisdicional. Não se pode presumir que a jurisdição seja somente exercida pelo Poder Judiciário, isso porque a própria Constituição traz exceções e não impõe que somente o este Poder exerça esta função. No caso de responsabilidade, por exemplo, o Presidente da República¹⁵ é julgado pelo Senado Federal.¹⁶ Nos crimes dolosos contra a vida, o tribunal do júri promove o julgamento.¹⁷ Na esfera infraconstitucional, a Lei de Pequenas Causas conta com conciliadores e juízes leigos.¹⁸

Desta forma, a primeira parte do art. 18 da Lei de Arbitragem não é inconstitucional. A segunda parte do referido artigo vamos tratar adiante (duplo grau de jurisdição).

7. CONTROLE JUDICIÁRIO, DIREITO DE AÇÃO E COMPROMISSO ARBITRAL

Apesar de sua importância, o direito de ação não foi elevado a princípio constitucional e, já que ninguém pode ser impedido de ter o acesso à justiça, foi preciso com este assegurar que a iniciativa de movimentar o Judiciário seria somente do cidadão titular do direito ameaçado ou lesionado.

É o art. 2º do Código de Processo Civil que consagra este princípio. Conforme o conteúdo deste artigo, *nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais*. Por ser infraconstitucional, o disposto no referido artigo não encontra nem mesmo conflito com os arts. 6º, 7º e 41 da Lei de Arbitragem. Ainda, apesar de o princípio da ação ser uma derivação do princípio do controle Judiciário, em sua essência ele não é ferido pela Lei da Arbitragem.

Na combinação do parágrafo único do art. 6º com o art. 7º, força-se o anuente de cláusula compromissória a submeter-se à arbitragem, não havendo inconstitucionalidade mas acomodação interpretativa do dispositivo da lei processual. Também, é clara a harmonia com o controle judiciário, isso porque a parte é quem optou pela arbitragem e a ela deve submeter-se. Na previsão constitucional deste controle há referência à exclusão da apreciação do Poder Judiciário pela lei, aqui é a vontade das partes que funciona como determinante. Teoricamente, há que se fazer uma distinção entre a *exclusão* e *opção* do cidadão pela apreciação ou não pelo Poder Judiciário. *Ad argumentandum tantum*, o § 2º do art. 4º da Lei da Arbitragem o pactuante no contrato de adesão, no qual poderia se dar abusos.

Com relação ao art. 41 da Lei da Arbitragem, o qual introduz alterações no Código de Processo Civil, mais precisamente dos arts. 267, 301 e 584, frise-se que o Min. Sepúlveda Pertence o considera inconstitucional no que diz respeito aos arts. 267 e 301. Ao extinguir o processo ou considerar preliminar a convenção arbitral, estaria a lei impedindo a formação ou a continuidade do processo? Na respeitável visão do Min. Sepúlveda Pertence, é isso que se dá. Ousamos em discrepar, porque o litigante escolheu a via arbitral, dispensando, desta forma, a via judicial. Pensamos que a questão pode ser resolvida somente com distinção entre *exclusão* e *opção*. Com relação à inclusão da sentença arbitral como título executivo judicial, a inafastável natureza jurisdicional da arbitragem autoriza tal inovação.

8. JUIZ NATURAL E O ÁRBITRO

O princípio do juiz natural deve ser entendido como direito atribuído a todos de terem suas causas

apreciadas por juiz independente, imparcial e legalmente investido no cargo.¹⁹

Com esta nova visão, ao lado da justiça estatal, vislumbra a justiça privada. É somente com relação à cognição que se posta o juiz extra-estatal. Pelo princípio do juiz natural, não chama a atenção a suposta agressão às qualidades do julgador, mas a falta da investidura nos quadros do Poder Judiciário. É que a investidura se dá de outra forma, qual seja, a atuação das partes na escolha daquele que deve apreciar e julgar a sua contenda. Longe de querer ocupar o espaço do juiz estatal, o árbitro tem a sua área de atuação limitada pela lei. Aliás, é de se observar que a extensão do princípio é estabelecida pela doutrina, pois o inc. LIII do art. 5º da Constituição Federal dispõe que *ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*.²⁰

A Lei de Arbitragem estabeleceu garantias e deveres para o árbitro e, como poderia se pensar, não fez dele um magistrado (juiz de direito), senão deu condições para que ele se comporte com tal.²¹

9. TRIBUNAL DE EXCEÇÃO

A inadmissibilidade de tribunal de exceção completa o princípio do juiz natural na Constituição Federal.²² Preferimos destacar com item próprio, para ficar claro que os árbitros e os tribunais arbitrais não constituem criação para julgar determinado caso.

10. DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal, norteador de vários outros princípios, diz respeito à exigência de normas prévias que estabeleçam acerca do acesso ao Judiciário e da tramitação do processo. Assim, as leis devem estabelecer as formas para acessar o Judiciário, o início e o desenvolvimento do processo.

Pelo disposto no inc. LIV do art. 5º da Constituição Federal, *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*. Isso quer dizer que ninguém pode ser privado da liberdade ou de seus bens sem a obediência ao procedimento anteriormente estabelecido. Em nenhum momento, a Lei da Arbitragem fere este

princípio. Aliás, conforme a convenção de arbitragem, o art. 21 desta Lei determina a submissão ao procedimento estabelecido pelas próprias partes.

A possibilidade da sentença arbitral ser anulada por via judicial, embora queiram alguns, por considerá-la restritiva a direitos básicos, não afronta o devido processo legal. Pelo contrário, a Lei da Arbitragem, nos seus arts. 32 e 33, trata de pré-estabelecer as matérias que podem ser objeto de apreciação pelo Judiciário. Ainda neste ponto, não há que se falar em direitos básicos, pois a arbitragem foi uma opção dos litigantes, os quais não foram coagidos a pactuar.

As alterações promovidas pelo art. 41 da Lei da Arbitragem também não contrariam o devido processo legal. No art. 267 do Código de Processo Civil, o referido artigo da Lei da Arbitragem obedece o devido processo legal ao incluir a extinção do processo pela convenção arbitral(VII). É claro que esta inclusão impede a formação e o desenvolvimento do processo, contudo, tudo é previamente determinado. Com relação à cláusula compromissória, observe-se a diferença entre *exclusão* e *opção*. Para as mudanças do art. 301, o qual passou a ter a convenção arbitral como preliminar de contestação(IX), carreando para a extinção do processo se aceita a preliminar, a argumentação é a mesma, qual seja, a opção do litigante pela arbitragem deve gerar as consequências previstas anteriormente na lei. Com relação à consideração da sentença arbitral como título executivo judicial, mudança feita no art. 584, não há qualquer ofensa ao devido processo legal, senão conformidade com este.

A apelação contra sentença arbitral só goza do efeito devolutivo e esta inovação foi trazida pelo art. 41 da Lei da Arbitragem, o qual alterou o art. 520 do Código de Processo Civil. Aqui não há qualquer justificativa para considerar a inovação inconstitucional. O que há na verdade, dentro da questão prática, é uma certa deficiência operacional(debatida adiante no item 13).

11. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Decorrente do devido processo legal e inspirado na igualdade, o contraditório e a ampla defesa são consagrados pela Constituição Federal

da seguinte maneira: *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.*²³

O contraditório deve ser entendido como a efetiva participação do litigante no desenvolver do processo. No ato participativo, a parte pode tentar contrariá-lo, daí contraditório ser o nome do princípio. No mesmo sentido, a ampla defesa está relacionada a utilização dos meios hábeis a defesa. No bojo do processo arbitral, não há que se falar em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, isso porque os arts. 20 e 21 da Lei da Arbitragem, dentre outros, dão abertura a quaisquer arguições das partes.

12. AUSÊNCIA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O princípio do duplo grau de jurisdição significa que a decisão deve contar com a possibilidade de ser reexaminada por um colegiado de juízes.²⁴ A Lei da Arbitragem não permite recurso da sentença arbitral²⁵ e fere o princípio do duplo grau de jurisdição, contudo é de se acentuar que este princípio não é constitucionalmente assegurado.

13. EFEITO SUSPENSIVO DA APELAÇÃO

A alteração do art. 520 do Código de Processo Civil promovida pelo art. 42 da Lei da Arbitragem merece reparo, porque pode surgir uma questão prática de difícil solução.

A apelação de sentença que julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem tem somente efeito devolutivo. Por não contar com o efeito suspensivo, pode acontecer de não ser julgado o recurso e o árbitro proferir a sua decisão. E, neste caso, como poderia ser solucionado o conflito entre a decisão arbitral e o acórdão proferido pelo tribunal. Afasta-se mais da solução, quando se antevê que da decisão do árbitro não cabe recurso. Diante de tamanha confusão, valeria o acórdão ou a decisão arbitral? Esta resposta é, por demais, difícil de ser encontrada. Mas, a questão aqui é saber se tal situação conduz à inconstitucionalidade do dispositivo ou a uma incoerência da lei a ser resolvida pelos tribunais. Não há que se alegar a inconstitucionalidade, isso porque não fere a Constituição Federal.

Antes da questão ser levada aos tribunais, os legisladores podem bem reparar a incoerência por eles promovida.

14. ACESSO À JUSTIÇA

Em favor da efetividade do processo, visando promover uma justiça rápida e barata, a arbitragem veio para contribuir com a tendência mundial de simplificar o processo e adequar o procedimento à solução dos conflitos de interesses. Dessa forma, a arbitragem constitui uma das formas de dar acesso à justiça.

15. CONCLUSÃO

A Lei da Arbitragem é movida por objetivos claros, quais sejam, desafogar o judiciário de causas técnicas e apresentar as soluções exigidas por estas. Além de não ferir a Constituição Federal, é importante ressaltar a ampliação interpretativa dos dispositivos desta, a qual será objeto de monografias que se destinarão a dar a nova visão da nossa Carta Magna.

BIBLIOGRAFIA

- BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo: Saraiva, 1.988-99.
- BUENO FILHO, Edgard Silveira. O Direito à Defesa na Constituição, São Paulo: Saraiva, 1.994.
- CASELLA, Paulo Borba(coord.). Arbitragem: A Nova Lei Brasileira(9.307/96) e a Praxe Internacional, São Paulo: LTR, 1.997.
- CENEVIVA, Walter. Direito Constitucional Brasileiro, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1.991.
- CUNHA, Fernando Whitaker da, e outros. Comentários à Constituição, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1.990.
- FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição Brasileira, São Paulo: Saraiva, 1.989.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Da Constitucionalidade dos arts. 6º, 7º, 41 e 42 da Lei da Arbitragem (9.307/96), in RePro 91, p. 170-2, São Paulo: RT, 1.998.
- FURTADO, Paulo, e BULOS, Uadi Lammêgo. Lei da Arbitragem Comentada, São Paulo: Saraiva, 1.997.
- GAMA, Ricardo Rodrigues. Manual de Direito Constitucional, Curitiba: Juruá, 1.998.
- KROETZ, Tarcísio Araújo. Arbitragem: Conceito e Pressupostos de Validade, São Paulo: RT, 1.997.
- LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil, São Paulo: RT, 1.995.
- LEE, João Bosco. *Le Nouveau Régime de l'Arbitrage ao Brésil*, in RePro 93, p. 197-217, São Paulo: RT, 1.999.
- MUNIZ, Tânia Lobo. Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96, Curitiba: Juruá, 1.999.
- NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, 2ª ed., São Paulo: RT, 1.995.
- PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1.997.
- REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. Aspectos do Instituto da Arbitragem, in RT 743, p. 64-73, São Paulo: RT, 1.997.
- RICCI, Edoardo F. Reflexões sobre o Art. 33 da Lei de Arbitragem, in RePro 93, p. 45-59.
- TEIXEIRA, Paulo César Moreira, e ANDREATTA, Rita Maria de Faria Corrêa. A Nova Arbitragem, Porto Alegre, 1.997.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Arbitragem como Meio de Solução de Conflitos no Âmbito do Mercosul e a Imprescindibilidade da Corte Comunitária, in Rev. Jurídica nº 236, p. 15-29, Porto Alegre: Síntese, 1.997.
- VIGORITI, Vincenzo. Em Busca de um Direito Comum Arbitral, trad. Carlos Alberto Carmona, in RePro 91, p. 11-26.

NOTAS

- (1) Tânia Lobo Muniz, Arbitragem..., p. 30; Paulo Furtado e Uadi Bulos, Lei..., p. 14; Paulo Teixeira e Rita Andreatta, A Nova..., 31.
- (2) Arts. 23 e segs. da Lei de Arbitragem.
- (3) Inc. XXXVIII, do art. 5º, da Constituição Federal.
- (4) Art. 7º, da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1.995.
- (5) O art. 71 da Constituição Federal atribui competência o TCU para julgar as contas, aplicar sanções ou outras cominações.
- (6) O art. 73 da CF fala em jurisdição do TCU.
- (7) Conforme Paulo Furtado e Uadi Bulos, ...se estima a média de um juiz para cada 29.000(vinte e nove mil) habitantes(Lei..., p. 12).
- (8) É o que dispõe a segunda parte do art. 23 da Lei de Arbitragem.
- (9) STF - Agr. Reg. em Sentença Estrangeira nº 5.206-Reino da Espanha.
- (10) Conforme dispõe o referido § 4º e seu inciso IV, não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.
- (11) Ricardo Rodrigues Gama, Manual de Direito Constitucional, p. 218-20.
- (12) Art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal.

- (13) Walter Ceneviva, *Direito Constitucional Brasileiro*, p. 62.
- (14) Foi a Constituição de 1.946, no período pós-Vargas, que adotou o princípio pela primeira vez.
- (15) Não só o Presidente da República pode ser destituído, mas, também o seu vice, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, o Advogado-Geral da União (Ricardo Rodrigues Gama, *Manual...*, p. 138).
- (16) Art. 52 da Constituição Federal.
- (17) Inc. XXXVIII, alínea d, art. 5º, Const. Federal.
- (18) Art. 7º, da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1.995.
- (19) Antonio Carlos de Araújo Cintra e Outros, *Teoria Geral do Processo*, p. 138; Nelson Nery Junior, *Princípios de Processo Civil na Constituição*, p. 64-5; Rui Portanova, *Princípios do Processo Civil*, p. 64.
- (20) Art. 5º, inc. LIII, da Constituição Federal.
- (21) Selma Maria Ferreira Lemes, *Arbitragem: a Nova Lei Brasileira* (9.307/96) e a *Praxe Internacional*, p. 243-279.
- (22) Art. 5º, inc. XXXVII, da Constituição Federal.
- (23) É o inc. LV do art. 5º que faz tal previsão.
- (24) Não se pode confundir este princípio com a obrigatoriedade de apreciação de determinadas questões pelo segundo grau de jurisdição, como se dá nas ações contra a União, os Estados e os Municípios. Dá-se aqui o recurso de ofício. É até chamado por alguns como princípio do duplo grau de jurisdição obrigatório.
- (25) Conforme dispõe o art. 18 da Lei da Arbitragem, *o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.*

TUTELA ANTECIPADA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

José Eduardo Supploni de AGUIRRE*

1. O Destaque Dado Pelo Código de Processo Civil Brasileiro ao Processo de Conhecimento

1.1. O Código de Processo Brasileiro veio à luz, dando evidente destaque ao processo de conhecimento.

Em seu art. 270, o supracitado diploma declara regular o processo de conhecimento, de execução, cautelar e os procedimentos especiais.

Insere o processo de conhecimento no Livro I, submetendo-o ao procedimento comum, ou seja, ordinário e sumaríssimo (hoje sumário).

A primeira indagação, que se impõe, é qual a caracterização essencial do processo de conhecimento?

O processo de conhecimento tem como fulcro a composição lógica da lide, através da aplicação do direito material à mesma.

Encerra-se ele, quer quando inaugurado por ações declaratórias, constitutivas ou condenatórias, por uma operação intelectual e ato de vontade do juiz, onde, simplesmente, declara-se ou declara-se e aplica-se o direito ao caso concreto, sem que se pratiquem, em seu interior, atos invasivos do patrimônio jurídico do réu.

Exatamente por estar o juiz impedido de gerar atos concretos incidentes sobre o patrimônio do réu, é que tal processo passou a ser conceituado como "*de conhecimento*".

Por isso é que sua província é circunscrita às operações mentais de aferição da prova dos fatos alegados, escolha da lei pertinente aos mesmos e:

a) declaração pura e simples da existência ou não do direito do autor (ação meramente declaratória);

b) declaração da existência do direito do autor e determinação de vontade de suas consequências jurídicas consistentes na criação, modificação e extinção de relações jurídicas (ação constitutiva);

c) declaração do direito do autor e condenação do réu ao pagamento de soma em dinheiro, a dar coisa certa ou incerta, praticar ou deixar de praticar determinada conduta, fazer ou deixar de fazer (ação condenatória).

Observe-se que, nas hipóteses de ação declaratória e ação constitutiva, a simples prolação de sentença de procedência satisfaz o autor.

Na declaratória, busca o autor a segurança de ver reconhecido o seu direito com a estabilidade emanada da coisa julgada, como ensina João Batista Lopes em seu "**Ação Declaratória**" (ed. RT, 1985, pág. 59).

Assim, o juiz, reconhecendo a existência de um direito, declara-o por ato de vontade.

Na constitutiva, a sentença, além de declarar o direito do autor à criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica, determina, através da simples manifestação de vontade do julgador, tais efeitos, que se produzem de imediato, sem necessidade da prática de qualquer outro ato concreto.

Como se vê, em ambas as ações retromencionadas, o autor é satisfeito com atos lógicos e de vontade do julgador, não sobrevivendo, fora ou dentro do processo, qualquer ato concreto direcionado contra o réu.

O processo de conhecimento condenatório exaure-se com o reconhecimento do direito do autor e a condenação do réu, significando esta última a aplicação ao mesmo de uma sanção

* Mestrando em Direito Processual Civil pela PUC-Campinas.

processual, consistente na possibilidade de, em não cumprindo a obrigação declarada, ver-se submetido, independentemente de sua vontade, a atos estatais tendentes à satisfação do credor, através de transferências de seus bens ou até mesmo constrição de sua liberdade (**art. 733 do C.P.C.**).

Cândido Rangel Dinamarco, depois de aclarar que a sanção processual consiste em "substituir a prestação do obrigado pelos atos de subrogação que caracterizam a execução forçada", lembra, também, que "responsabilidade patrimonial (ou executiva) é uma situação meramente potencial, caracterizada pela sujeitabilidade do patrimônio de alguém às medidas executivas destinadas à atuação da vontade concreta do direito material" ("**in**" "**Execução Civil**", ed. Malheiros, 1997, págs. 240, nota 8, e 244).

No entanto, para a concretização da sanção processual, que pende potencialmente na sentença condenatória, mister será que o autor maneje outra ação, isto é, a ação de execução, que dá início ao processo de igual nome, consistente na prática de atos materiais estatais tendentes à satisfação do credor.

O fenômeno é dissecado por Teori Albino Zavascki:

"A distinção entre cognição e execução situa-se, essencialmente, na finalidade de cada uma delas: na cognição o objetivo é "descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso"; na execução é de "efetivar o conteúdo daquela regra"; na cognição, busca-se ver declarado "o que deve ser"; na execução, busca-se "conseguir que seja o que deve ser"; a cognição está direcionada à "declaração de certeza de uma mandato individualizado"; a execução "trata de fazer com que o mandato individualizado declarado certo pela decisão, seja executado praticamente". Desse modo, "na cognição, a atividade do juiz é prevalentemente de caráter lógico: ele deve estudar o caso investigar os fatos, escolher, interpretar e aplicar as normas adequadas, fazendo um trabalho intelectual, que se assemelha sob certos pontos de vista, ao de um historiador, quando reconstrói e avalia os fatos do

*passado. O resultado de todas essas atividades é de caráter ideal, porque consiste na enunciação de uma regra jurídica que, reunindo certas condições, se torna imutável (coisa julgada). Na execução, ao contrário, a atividade do órgão é prevalentemente prática e material, visando produzir na situação de fato as modificações aludidas acima ("in" "**Título Executivo e Liquidação**", ed. Revista dos Tribunais, 1999, pág. 21).*

Impende, também, reproduzir considerações Ovídio A. Baptista da Silva, que dissecou, em várias de suas obras, a essência do processo de conhecimento, denunciando as ligações ideológicas que o levaram à consagração pelo processo civil nascente no século XIX, ligações essas que examinaremos mais abaixo.

Por enquanto, acompanhemos o ilustre professor gaúcho na caracterização do processo de conhecimento, como campo restrito às operações lógicas e de vontade do juiz:

*"Eis a razão de ser do denominado "processo de conhecimento"; com suas três espécies de sentenças, através das quais o magistrado simplesmente julga, diz o direito, realizando uma atividade puramente lógica; e nada executa, no plano da realidade social" ("in" **Curso de Processo Civil**, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1987, pág. 95).*

E ainda:

"Resumindo: o procedimento só é ordinário porque - ao seguir-se a ordem natural dos juízos (ordo judiciorum privatorum) - riscam-se dele todas as decisões liminares, por meio das quais poderia o magistrado eventualmente dar disciplina provisória aos fatos da lide, ou mesmo antecipar-lhe, como acontece por exemplo com as liminares dos processos interditais, o resultado final da provável sentença de procedência" (Ob. cit. pág. 102).

Em resumo, o processo de conhecimento condenatório encerra-se, também, em atos lógicos e de vontade, não satisfazendo integralmente o credor, que fica remetido a outro processo calcado na sentença, que ganha a condição de título executivo.

Restou, em fim, estabelecida pelo Código de Processo Civil a dicotomia Processo de Conhecimento - Processo de Conhecimento (art. 270).

É claro que, consoante se verá, no curso do presente trabalho, esta situação alterou-se profundamente com a reforma de 1994, introdutória da tutela antecipada.

2. A Dicotomia Processo de Conhecimento-Processo de Execução Tem Profundas Raízes Históricas

Tal como observa Liebman, "o direito romano observou com grande rigor o princípio, segundo o qual deviam conhecer-se as razões das partes antes de fazer-se a execução" ("**in** Processo de Execução, ed. Saraiva, 1968, pág.9).

Anota ele como, depois do ano 1000, nas universidades italianas, a concepção dicotômica romana entrou em choque com a germânica, "**rude e violenta, impaciente de qualquer demora, que permitia em primeiro lugar a realização de atos executivos e admitia só eventualmente e incidentalmente o exame imparcial das razões dos contendores**" (Ob. cit. pág.10).

E aponta para circunstância de terem os juristas da idade média conseguido "**realizar um compromisso entre essas duas correntes contrárias e, atendendo as necessidades sociais e jurídicas de seu tempo**", criar "**o novo instituto da executio parata**" (Ob. cit. pág.10).

E obtempera o jurista italiano que a "**executio parata**", por sua alta eficiência prática, representa hoje a solução do problema" (Ob. cit. pág. 10).

3. Os Compromissos do Processo Civil Científico, em seu Despertar, com o Processo de Conhecimento e a Dicotomia Processo de Conhecimento-Processo de Execução e o Caráter Ideológico dos Mesmos

3.1. O século XIX contempla o nascimento do "Processo Civil Científico", que vem à luz, principalmente, pelos trabalhos de Von Büllow e Wach, o primeiro isolando a relação jurídica processual da relação jurídica material e o segundo o direito de ação do direito material.

Vive o século XIX o apogeu do Estado Liberal, em que prevalece a concepção de que a sociedade se compõe de indivíduos titulares de direitos oponíveis ao Estado, a quem cabe, simplesmente, garantir a ordem jurídica, sem intervenção no espaço de liberdade do cidadão.

Cuidaram as constituições liberais não só do asseguramento de direitos contra o Estado, como também do fracionamento do Poder em Executivo, Legislativo e Judiciário, como forma de impedir o seu agigantamento.

Sob tal aparelhamento legal e político, estavam os interesses econômicos da burguesia e sua preocupação na preservação dos mesmos contra a interferência estatal.

Acompanhem-se as seguintes manifestações de Paulo Bonavides sobre o tema, expendidas em seu "**Do Estado Liberal ao Estado Social**", Malheiros Editores, 1996:

*"Na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade. Foi assim que o trataram os primeiros doutrinários do liberalismo, ao acentuarem, deliberadamente, essa antinomia. A sociedade representava historicamente, e depois racionalmente, com Kant, a ambiência onde o homem fruía de plena liberdade. O Estado e a soberania implicavam antítese, restringiam a liberdade primitiva. Com a construção do Estado jurídico, cuidavam os pensadores do direito natural, principalmente os de sua variante racionalista, haver encontrado formulação teórica capaz de salvar, em parte, a liberdade ilimitada de que o homem desfrutava na sociedade pré-estatal, ou dar a essa liberdade de função preponderante, fazendo do Estado o achado servo do indivíduo. Com o advento do Estado, que não é de modo algum um **prius**, mas necessariamente, um a **posteriori** da convivência humana, segundo as teorias contidas na doutrina do direito natural, importava, primeiro que tudo, organizar a*

liberdade no campo social. O indivíduo, titular de direitos inatos, exercê-los-ia na Sociedade, que aparece como ordem positiva frente ao Estado, ou seja, frente ao negativum dessa liberdade, que, por isso mesmo, surge na teoria jusnaturalista rodeado de limitações, indispensáveis à garantia do círculo em que se projeta, soberana e inviolável, a majestade do indivíduo. Decorrente dessa posição filosófica, temos o Estado gendarme de Kant, o Estado guarda-noturno, que Lasalle tanto ridiculizava, demissionário de qualquer responsabilidade na promoção do bem comum. Este só se alcança quando os indivíduos se entregavam à livre e plena expansão de suas energias criadoras, fora de qualquer estorvo de natureza estatal. A Sociedade, por sua vez, na teoria do liberalismo, se reduz à chamada poeira atômica de indivíduos. A cláusula kantista, do respeito mútuo da liberdade de cada um, converte-se em domínio onde as aptidões indivíduos se concretizam, à margem de todo esboço de coação estatal" (Ob. cit. 39/40).

"O Estado é armadura de defesa e proteção da liberdade. Cuida-se, com esse ordenamento abstrato e metafísico, neutro e abstencionista de Kant, de chegar a uma regra definitiva que consagre, na defesa da liberdade e do direito, o papel fundamental do Estado. Sua essência há de esgotar-se numa missão de inteiro alhamento e ausência de iniciativa social. Esse primeiro Estado de Direito, com formalismo supremo, que despira o Estado de substantividade ou conteúdo, sem força criadora, reflete a pugna da liberdade contra o despotismo na área continental européia" (Ob. cit. pág. 41).

"A filosofia política do liberalismo, preconizada por Locke, Montesquieu e Kant, cuidava que, decompondo a soberania na pluralidade dos poderes, salvaria a liberdade" (Ob. cit. pág. 45).

Condensando:

a) a ordem jurídica funda-se em liberdade individuais;

b) como garantia das liberdades divide-se o poder entre três órgãos: executivo, legislativo e judiciário;

c) a vontade dos poderes deve ser a vontade da lei e sua ação deve ser conforme a mesma, de forma tal que os mesmos permanecem neutros.

3.2. O caráter ideológico de tais fundamentos do Estado Liberal é patente.

Por primeiro, a burguesia capitalista precisava de liberdade em seus negócios, assegurando-se do distanciamento do Estado.

Por segundo, necessitava ela, para os seus empreendimentos, de certeza e segurança na realização de seus projetos, elementos só alcançados pela vontade "neutra" da lei e pela ação do Estado e dos indivíduos em função dela, ação essas, portanto, também "neutras".

3.3. Ao mesmo tempo, a visão do direito, veiculada pelos juristas, é de cunho nitidamente positivista.

O positivismo jurídico, como lembra Vera Regina Pereira de Andrade, pode ser visto do ângulo de seu objeto, bem como teoria.

3.3.1. Quanto ao objeto, o direito resume-se na lei ("In" Dogmática Jurídica - Escorço de sua configuração e identidade - ed. Livraria do Advogado, 1996, págs. 56/57).

Os valores éticos, portanto, constituem objeto da moral e não preocupação dos juristas.

3.3.2. Como teoria, o positivismo consiste no:

a) estudo da norma jurídica em abstrato, objetivando a sua caracterização;

b) estudo do conjunto das normas ou do ordenamento jurídico como sistema completo;

c) interpretação da vontade do legislador, ou seja, em atividade essencialmente lógica e dedutiva (Ob. cit. págs. 59/61).

Perceptível a busca do conhecimento pelo isolamento de princípios fundamentais e, nessa medida, informativos do todo, característico das ciências naturais.

3.4. Percebe-se que tal modo científico de pensar o direito, com abstração do problema dos valores, está ajustado aos interesses de segurança e certeza, como se o direito nada exigisse senão puro e neutro raciocínio geométrico dedutivo, sem nenhuma tangência com a questão dos valores.

3.5. Em condensação, a ordem jurídica, o estudo do direito e sua aplicação são ideologicamente comprometidos com a economia liberal, que exige a certeza, a neutralidade, e, em última análise, a proteção contra o arbítrio estatal.

3.6. Como não podia deixar de ser, o Processo Civil Científico nasceu contaminado pela ideologia do liberalismo.

E nada mais coerente com as concepções liberais do que a consagração do processo de puro conhecimento, com a intervenção estatal no patrimônio do réu só depois da sentença definitiva.

A proteção contra o Estado ficava assegurada, na medida, em que este só interviria no patrimônio jurídico do cidadão depois de alcançada a certeza sobre os fatos, que, por sua vez, permitiria a aplicação neutra da vontade da lei.

Por outro lado, um processo de conhecimento materializado em procedimentos simples e que, ao mesmo tempo, permitissem o conhecimento da controvérsia em todos os seus ângulos, como é o caso do procedimento comum, seria, ao ver dos juristas de então, um caminho para a rápida solução dos conflitos.

Ora, a rápida solução dos conflitos também era exigência do capitalismo em evolução.

Manifesta, então, as raízes ideológicas do processo de conhecimento, através do procedimento comum.

Sobre o caráter ideológico do processo de conhecimento, tendo como expressão o procedimento comum, merece ser lida a lição de Ovídio Baptista da Silva:

"Todo o movimento doutrinário que sustentou o próprio estabelecimento do Direito Processual Civil como um ramo autônomo da ciência jurídica, a partir justamente do conceito de "ação" processual, estava inserido no amplo contexto histórico do liberalismo capitalista do século XIX europeu e a serviço de suas proposições teóricas fundamentais. Estes ideais, no campo do direito processual, refletiam-se na exigência de que a jurisdição fosse confiada a juizes desprovidos de qualquer poder de império, passivos e inertes, cuja única missão deveria ser a mera aplicação do direito legislado. Eis a razão de ser do denominado "processo de conhecimento", com suas três espécies de sentenças, através das quais o magistrado simplesmente julga, diz o direito, realizando uma atividade puramente lógica; e nada executa, no plano da realidade social.

As mesmas exigências do nascente estado industrial refletiam-se igualmente no campo do Direito Processual civil com uma intensidade sequer suspeitada pelos doutrinadores, no sentido de buscarem-se formas e estruturas procedimentais capazes de atender a suas outras necessidades básicas do Estado liberal: a certeza do direito e a maior simplicidade e celeridade procedimentais. Nem seria realmente possível imaginar-se a vitória da civilização industrial contemporânea, a partir do liberalismo dos séculos XVIII e XIX, se o direito não pudesse assegurar ao litigante vitorioso em juízo, para sempre, os resultados práticos de sua vitória. Para o empresário moderno, sempre que ele tenha de sujeitar-se a uma controvérsia judicial, é mil vezes preferível uma rápida derrota do que uma vitória demorada ou parcial, que ainda deixe pontos litigiosos, capazes de alimentar novas demandas posteriores. Para os 'homens de negócio', a perda de uma demanda judicial pouco ou nada representa, em termos de encargos financeiros, pois são inúmeras e conhecidas as técnicas de composição de custos de produção, por meio das quais é-lhes perfeitamente possível,

e fácil, transferir ao 'consumidor' os prejuízos decorrentes da derrota processual. Estes, assim como os lucros, são perfeitamente escrituráveis. A incerteza jurídica não. Nenhum empresário, seja ele pertencente ao setor de atividade que se quiser, poderá conviver com a incerteza" (Ob. cit. pág. 95/96).

E está claro que a "canonização" do processo de conhecimento determinava, quando fosse ele de cunho condenatório, a dicotomia processo de conhecimento-processo de execução.

Se, para os processualistas de então, a dicotomia processo de conhecimento-processo de execução correspondia à fórmula ideal, e estava perpassada por vistoso eixo ideológico, é certo que o mesmo acontecia com as suas investigações científicas.

Contaminados pela crença de que a ordem jurídica, além de exaurir o fenômeno jurídico, tinha como finalidade o manutenção da realidade social e econômica existentes, os processualistas limitavam-se à contemplação dos textos legais, sem qualquer inquietação com os resultados externos do processo.

Procurarão eles, através da metodologia positivista, a classificação dos institutos e a determinação dos princípios básicos e informativos dos mesmos.

Em razão disso, anos a fio, os processualistas, depois de classificarem os institutos básicos do processo civil em ação, relação processual e jurisdição, passaram a pesquisar os princípios fundamentais de cada um dos mesmos, na edificação do processo civil científico.

Como os motivos sociais da criação das normas, o ajustamento das mesmas aos valores éticos socialmente consagrados e a repercussão social delas eram, ao ver deles, questões metajurídicas, tudo isso foi isolado dos estudos processuais.

3.7. Do conjunto do que se aduziu, extrai-se que, sendo a dicotomia processo de conhecimento-processo de execução consagrada como verdade ideal pelo legislador e pelos processualistas, a proteção judicial aos direitos, através de sentenças que

compunham logicamente os confrontos, acabou por ser considerada como padrão.

Diferenciada seria a atividade judicial consistente no exame parcial da lide e no deferimento de liminares, antes do julgamento definitivo das pretensões processuais, bem como na prolação de sentenças definitivas, cujos efeitos concretos se manifestassem dentro do mesmo procedimento inaugurado com a inicial e sem necessidade do ajuizamento da ação de execução.

Os procedimentos que comportavam tais providências, e eles sempre existiram em caráter de exceção, como é o caso das possessórias, foram classificados de especiais, e, sintomaticamente, protegiam pretensões ligadas a bens patrimoniais.

4. O Declínio do Prestígio da Dicotomia Processo de Conhecimento-Processo de Execução Bem Como do Processo de Conhecimento nos Casos em que a Sentença Definitiva Satisfaz

4.1. O nosso século contemplou o declínio do liberalismo.

As profundas desigualdades econômicas, criadas pelo capitalismo incontrolado, com os inevitáveis confrontos entre as classes sociais detentoras dos meios de produção e o restante da sociedade deles desprovidas, colocaram em xeque o Estado Liberal.

As distorções na distribuição da riqueza fizeram com que as liberdades constitucionais e muitos dos direitos assegurados na legislação infraconstitucional fossem meras ficções, posto que só os economicamente aquinhoados, efetivamente, deles desfrutavam.

O Estado Liberal dá lugar ao Estado Social, que não seria mais neutro.

Passa este último a buscar a igualdade substancial dos cidadãos e, para conseguí-la, despe-se da posição de Estado ausente para atuar, efetivamente, na vida social e econômica, procurando distribuir as riquezas de forma mais equitativa.

O Estado Social, na persecução de tal objetivo, ora manterá a estrutura política democrática, ora a abandonará, como foi o caso dos estados socialistas.

À medida em que o século avança e que, mercê, da informática, o intercâmbio de riquezas e idéias se torna mais rápido, vislumbrará ele a ruína dos estados sociais autoritários e a prevalência dos estados sociais democráticos.

As constituições dos estados sociais democráticos não serão neutras, pois estarão comprometidas com o objetivo da construção de uma ordem jurídica real e não apenas conceitual, criando, enfim, uma democracia substancial, conciliando classes e grupos sociais de interesses antagônicos, em prol de uma unidade marcada, dialeticamente, pela presença de contrários em clima de coexistência.

Para o alcance de tal desiderato, as constituições, além de manterem os clássicos direitos de primeira geração, disporão sobre direitos sociais e econômicos, ditos de segunda geração, objetivando a melhor distribuição da riqueza, bem como protegerão direitos de minorias (raciais, sexuais, culturais e etc), e a qualidade de vida dos cidadãos, nas urbes e diante da natureza.

Fixarão princípios e regras, perfeitamente diferenciadas conceitualmente.

Realmente na esteira do escólio de Canotilho, enquanto as regras *"são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proibem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção"*, os *"princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas"*, impondo *"a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível, fáctica ou jurídica"* e *"não proibem, permitem ou exigem algo em termos de "tudo ou nada" ("Direito Constitucional e Teoria da Constituição", Almedina, pág.1.123).*

Doravante, cumpre ao Poder, nas suas expressões Executivo, Legislativo e Judiciário, missões transformadoras da sociedade, papel que, também, deve ser desempenhado pela lei.

Proliferam, em nível infraconstitucional, normas de caráter aberto, que propiciam a seus aplicadores opções variadas de condutas, diante dos casos concretos, em função dos princípios contidos na Lei Maior.

Em condensação, o Direito passa a ser um instrumento de alteração da realidade social e

econômica, de forma a propiciar a existencialização dos direitos, abrigando, como ensina Reale, em dialética de complementariedade, fato social captado e regrado pela norma, em função de valores acolhidos pelo legislador:

"Isto posto, sendo a experiência jurídica uma das modalidades da experiência histórico-cultural, compreende-se que a implicação polar fato-valor se resolve, a meu ver, num processo normativo de natureza integrante, cada norma ou conjunto de normas representando, em dado momento histórico e em função de dadas circunstâncias, a compreensão operacional compatível com a incidência de certos valores sobre os fatos múltiplos que condicionam a formação dos modelos jurídicos e a sua aplicação ("in" "Teoria Tridimensional do Direito" - Situação Atual - ed. Saraiva, 1994, pág. 74).

4.2. Muda, assim, a visão tradicional do Poder Judiciário.

A este não cabe, apenas, através do método lógico-sistemático, dizer a vontade da lei e aplicá-la ao caso concreto.

O Judiciário, como o Executivo e o Legislativo, estará empenhado na realização da democracia substantiva e na concretização dos valores constitucionalmente protegidos.

Cumprirá sua missão constitucional através do processo, impendendo lembrar as considerações de José Carlos Barbosa Moreira:

"O processo é o canal por que se exerce a jurisdição; esta, por sua vez, inclui-se entre as manifestações essenciais do poder estatal. Não pode o processo, por conseguinte, deixar de constituir fenômeno politicamente relevante. As decisões dos juizes são decisões de órgãos do Estado, como as dos legisladores e as dos administradores: concorrem com umas e outras para a definição dos rumos da sociedade politicamente organizada. A diferenciação entre essas categorias nasceu, firmou-se e desenvolveu-se menos como sinal de diversidade ontológica do que como opção

de conveniência - inspirada provavelmente, de início, em considerações de ordem prática relacionadas com a necessidade da divisão do trabalho, que a crescente complexidade social gerava, e depois, também, nas sociedades que se afastaram do absolutismo, em certa prevenção contra a excessiva concentração do poder, aliada à crença na eficácia de mecanismos de controle recíproco dos órgãos (impropriamente ditos "poderes") do Estado. De qualquer modo, já se vai recolhendo ao museu dos mitos a idéia da "neutralidade política" do Judiciário, sem que isso signifique por força render tributo às concepções radicais que enxergam na Justiça mero instrumento de dominação de uma sobre outra classe ("in" *Revista de Processo*, nº 49, 1988, pág. 12).

4.3. Em última análise, o processo passa a ter uma finalidade instrumental, que exige, como explicitado por Cândido Rangel Dinamarco, a implantação de procedimentos de resultados, ligados aos escopos jurídico, social e político ("in" *Instrumentalidade do Processo*, ed. RT, 1987).

O escopo jurídico é a aplicação da vontade da lei ao caso concreto, consistindo o escopo social na pacificação justa dos confrontos, enquanto que o político identifica-se com a reafirmação da ordem jurídica criada pelo Estado.

Em compêndio, ao Poder Judiciário cumpre, via processo, garantir a efetividade do direito, participando para a democracia substantiva e não meramente formal.

No entanto, mister se faz aprofundar o exame do tema.

O que significa a vontade da lei e o que significa a pacificação justa?

A lei infraconstitucional está submetida não só aos requisitos formais de sua elaboração, contidos na Constituição.

Está, também, jungida aos princípios e valores que a Carta Magna consagrou, eis que, como lembra Paulo Bonavides *"as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal*

normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais" ("in" *Curso de Direito Constitucional*, 6ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1996, pág. 237).

Logo, aplicar a vontade da lei consiste em escolher, entre as várias interpretações de seu comando, a mais afinada com os princípios e valores constitucionais, produzindo a pacificação justa dos confrontos.

Oportuna a ponderação do Ministro José Carlos Moreira Alves, ao abordar as técnicas de julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade da lei:

"Finalmente, com relação às técnicas de julgamento, o Supremo Tribunal Federal tem adotado algumas de inspirações no sistema constitucional alemão. Assim, temos a chamada interpretação conforme a Constituição. É dizer, aqueles casos nos quais a lei admite uma pluralidade de interpretações das quais apenas uma é considerada constitucional. Desta forma, se declara a procedência parcial da ação para o fim de se declarar que são inconstitucionais todas aquelas interpretações que não aquela que o Supremo fixou no seu dispositivo. A este procedimento se dá o nome de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, porque nada se retira materialmente do texto, apenas se retira deste uma parte do seu conteúdo significativo" ("in" *10 anos de Constituição*, ed. Celso Bastos, 1998, pág. 255).

Para o positivismo jurídico a vontade da lei era extraída da norma em exame, através de critérios gramaticais e lógico-sistemáticos, só sendo permitido o recurso a princípios, quando insuficientes aqueles.

Na ótica instrumental do processo, os princípios constitucionais devem presidir a escolha das várias interpretações captáveis pelos critérios gramatical e lógico-sistemático.

Mais ainda, cumprirá, na aplicação da lei, verdadeira missão criadora dos juízes, em virtude do progressivo surgimento de cláusulas gerais nas normas jurídicas.

Lapidar, nessa linha, o obtemperado por José Carlos Barbosa Moreira:

"Outra manifestação do papel "criador" do órgão judicial é a que se relaciona com a tendência - progressivamente acentuada, nos últimos tempos, em vários setores da legislação - a empregar traços mais flexíveis na configuração dos esquemas de fato a que se atribuem determinados efeitos jurídicos. Para não enrijecer de modo exagerado a disciplina das relações sociais, dificultando a sua indispensável adaptação às mutáveis condições econômicas, políticas, culturais - cujo incessante dinamismo caracteriza as sociedades contemporâneas -, abstém-se o legislador de descer a minúcias na configuração das hipóteses de incidência, limitando-se a inserir na norma legal alguns dados genéricos ou elementos de referência, que compõem um "quadro" a ser preenchido pelo aplicador da lei, mediante a utilização de padrões variáveis de acordo com as concepções dominantes no ambiente histórico e social. Cresce de frequência o uso das "cláusulas gerais"; dos standards jurídicos, dos conceitos indeterminados; e em igual medida aumenta de vulto a tarefa do órgão judicial, chamado a assentar, caso por caso, por exemplo, se são "contrários à moral e aos bons costumes" os atos em razão dos quais se quer privar o pai do pátrio poder (Cód. Civil, art. 395, III); ou se o locatário cumpriu a obrigação de tratar a coisa alugada "com o mesmo cuidado como se sua fosse" (Cód. Civil, art. 1.192, I, fine); ou se o ato praticado pelo mandatário exorbitou da "administração ordinária" e por isso dependia da concessão de poderes expressos e especiais no instrumento do mandato (Cód. Civil, art. 1.295, § 1º); ou se o litigante não podia "razoavelmente desconhecer" a falta de fundamento da pretensão ou da defesa deduzida, para que se haja de afirmar a sua responsabilidade por dano processual (Cód. Proc. Civil, art. 17, I); etc. ("in" "Tema de Direito Processual", ed. Saraiva, 1977, pág. 10).

4.4. Em síntese apertada, como anotou Maria da Glória Colucci, com a "concreção axiológica do Direito", coloca-se no centro da imputação, ao subsumir-se o fato à norma, a preocupação constante com a realização prática de valores, pretendendo atrair para o ato decisório (entendido em seu sentido amplo, qual seja de escolha da norma aplicável ao caso), não apenas elementos de ordem lógica, como histórica, axiológica, econômica, etc. ("in" "Fundamentos de Teoria Geral do Processo", ed. JM., 1999, pág. 25).

4.5. Para tais finalidades, mostra-se a dicotomia Processo de Conhecimento-Processo de Execução insuficiente.

O longo tempo consumido pelo processo de conhecimento para preparação do título executivo e a necessidade do ajuizamento da ação de execução, com a possibilidade, inclusive, da ação incidental de embargos, tornam a ação transformadora do processo sobre a realidade, através da pacificação justa dos confrontos e da garantia da existencialização dos direitos assegurados nas normas, na maior parte das vezes, inócua.

Quando, depois do extenso "iter" percorrido, sobrevem a satisfação concreta do direito postulado, já sofreu o autor, na maior parte dos casos, prejuízos tão grandes, que o processo não lhe garantiu a mesma satisfação que teria, se o litígio não tivesse sobrevivido.

Essa constatação, imersa numa concepção da ordem jurídica transformadora da sociedade, conduziu os processualistas à preocupação com os efeitos práticos do processo.

Como acentua o Prof. Cândido Dinamarco, "o novo momento metodológico dos estudos processualistas" diz respeito a um "processo civil de resultados" ("Revista de Processo", RT, no 81, jan/mar 1996, pág. 61)

Não se trata de renegar as conquistas do "processo científico", mas sim de vê-lo do ponto de vista de suas finalidades concretas.

Como se infere ao processualista cumprirá o estudo de instrumentos técnicos capazes de fazer com que o processo traga benefícios a quem dele se vale, se acobertado estiver pela vontade da lei.

Em arremate não se contemplam mais as normas jurídicas processuais, para fixação e estudos de seus princípios, como ocorreu no século passado.

Hoje, o ângulo de inquietação consiste no vislumbre do processo como instrumento de alteração de situações sociais conflitantes concretas, restabelecendo direitos, no plano existencial, em conformidade com princípios e valores constitucionalmente albergados.

5. As Tutelas Diferenciadas

5.1. Precisações Conceituais

5.1.1. A crise do processo de conhecimento, expresso no procedimento comum, conduziu os processualistas à cogitação de um novo tema, isto é, o das tutelas diferenciadas.

5.1.2. Antes de mais nada, cumpre definir o que é tutela, à ótica do processo civil moderno.

Cândido Rangel Dinamarco, em artigo de 1996 e, portanto, olhando para passado recente, procura definir o que seja tutela, a partir da efervescência sobre o tema da instrumentalidade do processo, expresso em múltiplas manifestações dos doutos, inclusive de outros países.

Conclui que tutela jurisdicional consistiria no benefício externo ao processo acarretado pela sentença:

"Tutela jurisdicional não é o mero exercício da jurisdicional, ou somente a outorga do provimento jurisdicional em cumprimento ao dever estatal que figura como contraposto do poder de ação. A ação em si considera-se satisfeita e exaurida sempre que emitido esse provimento, quer seja favorável ou desfavorável. É, portanto, um conceito indesejavelmente técnico, para quem busca resultados - e o processo civil de hoje é um processo civil de resultados". A utilidade prática que se deseja do processo é a efetiva satisfação de pretensões apoiadas pelo direito. "Só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão, não quem ostenta um direito inexistente" (Liebman) - eis que a

chave para a distinção entre ação e direito à tutela jurisdicional, no quadro das tendências do processo civil contemporâneo.

O direito moderno não se satisfaz com a garantia da ação como tal e por isso é que procura extrair da formal garantia desta algo de substancial e mais profundo. O que importa não é oferecer ingresso em juízo, ou mesmo julgamentos de mérito. Indispensável é que, além de reduzir os resíduos de conflitos não-jurisdicionalizáveis, possa o sistema processual oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas desfavoráveis. Tal idéia da *efetividade da tutela jurisdicional*, coincidente com a da plenitude do acesso à justiça e a do *processo civil de resultados*.

A reabilitação do conceito de tutela jurisdicional, contemporânea à relativização do binômio direito-processo, tem valor sistemático de permitir afirmações como essa, de inclusão dos bons resultados justos do processo no contexto metodológico do direito processual. O dogma da autonomia deste, cultuado com obsessão durante um século, já produziu os resultados científicos desejáveis e não merece ser erguido em pedestal capaz de isolar o processo da realidade. Falar em tutela jurisdicional, nesse contexto moderno, constitui legítimo desdobramento do postulado da instrumentalidade do processo. O retorno ao tema harmoniza-se com tendência à visão do sistema processual pelo ângulo externo, em contraposição ao método introspectivo que os estudos dogmáticos principiados no século passado propiciaram" ("in" "Revista de Processo", RT, nº 81, jan/mar 1996, pág. 54/55).

5.1.3. Fixado o conceito de tutela, impende investigar o significado do predicado "diferenciada", encontrado em múltiplas manifestações doutrinárias.

5.1.4. Ovídio Baptista da Silva, em obra de 1987, versou sobre as tutelas diferenciadas, referindo-se a várias qualificações.

A Assim é que, expondo a função instrumental do processo, lembra a necessidade de desenvolvimento de formas especiais de procedimentos, que chama de sumários, onde se assegure uma tutela preventiva:

"Segundo se diz, se a função do processo há de ser verdadeiramente instrumental, deverá ele ser concebido e organizado de tal modo que as pretensões de direito material encontrem, no plano jurisdicional, formas adequadas, capazes de assegurar-lhes realização específica, evitando-se, quanto possível, que os direitos subjetivos primeiro sejam violados para, só então, merecer tratamento jurisdicional, concedendo-se a seu titular, às mais das vezes, precário e aleatório sucedâneo indenizatório. A partir desta idéia básica, busca-se hoje, tanto no campo doutrinário, quanto na prática judiciária, desenvolver formas especiais de procedimentos sumários, por meio dos quais a ordem jurídica assegure a realização efetiva de cada direito subjetivo, protegendo-o, quando necessário, através de alguma forma de tutela preventiva. ("in" "Curso de Processo Civil", Sérgio Antonio Fabris, 1987, pág.106).

B Menciona, em seguida, os processos interditais, ou simplesmente interditos, cuja característica genérica está na possibilidade de o juiz poder outorgar ao autor uma decisão liminar que antecipe, em parte o resultado da futura sentença de procedência da ação (Ob. cit. pág.106).

C Aponta, também, o processo sumário documental, onde é "possível reduzir-se a área de cognição judicial, numa determinada demanda, impedindo que as partes se valham de certas provas, ou impossibilitando-lhes a prova de certos fatos, cuja demonstração exija o emprego de algum instrumento probatório demasiadamente complexo e de produção demorada" lembrando, como exemplo, o mandado de segurança" (Ob. cit. pág. 109).

D Relaciona, por fim, os processos monitorios e injuncionais, aduzindo que:

"nascidos da mesma vertente que nos deu os processos documentais, caracterizam-se também pelo emprego de uma técnica similar de sumarização, com inversão de contraditório, através de inserção de uma fase preliminar, onde o juiz - com base na simples verossimilhança do direito sumária e superficialmente provado pelo autor - profere uma decisão liminar condenatória. Proferida a decisão liminar, então o réu há de ser citado para defender-se. Nos processos monitorios puros, de que nossa antiga ação comunitária, do art. 302 do C.P.C. de 1939, era exemplo, a contestação oferecida pelo demandado, por si só, tem a virtude de transformar o preceito contido na decisão liminar em simples citação e o processo, a partir daí, prosseguirá como se fora desde o início uma ação ordinária comum" (Ob. cit. pág. 111).

- 5.1.5. Em peregrino exame da cognição no processo civil, Kazuo Watanabe, em 1987, dividiu-a em horizontal e vertical, merecendo conferência o que expôs.

Quanto à cognição horizontal, aduz:

"No plano horizontal, a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo estudados no capítulo precedente (trinômio: questões processuais, condições da ação e mérito, inclusive questões de mérito; para alguns: binômio, com exclusão das condições da ação; Celso Neves: quadrimônio, distinguindo pressuposto dos supostos processuais). Nesse plano, a cognição poder ser plena ou limitado (ou parcial) segundo a extensão permitida." ("Da Cognição no Processo Civil", ed. RT., 1987, pág. 83).

No que tange à cognição vertical, obtempera que a mesma "pode ser classificada", segundo o grau de sua profundidade, em exauriente (completa) e sumária (incompleta) (Ob. cit. pág. 83).

Finalmente, consigna:

"De sorte que, segundo a nossa visão, se a cognição se estabelece sobre todas as questões, ela é horizontalmente ilimitada,

mas se a cognição dessas questões é superficial, ela é sumária quanto à profundidade. Seria, então cognição ampla em extensão, mas sumária em profundidade. Porém, se a cognição é ilimitada "de uma área toda de questões", seria limitada quanto à extensão mas se quanto ao objeto cognoscível a perquirição do juiz não sofre limitação, ela é exauriente quanto à profundidade. Ter-se-ia, na hipótese, cognição limitada em extensão e exauriente em profundidade. Reservamos somente àquela, conforme será explanado no parágrafo seguinte, a expressão cognição sumária (Ob. cit. pág. 84).

A seguir, giza que "com a combinação de dessas modalidades de cognição, o legislador está capacitado a conceber procedimentos diferentes e adaptados às várias especificidades dos direitos, interesses e pretensões materiais" (Ob. cit. pág. 84), para recomendar mais à frente:

"Na ótica do instrumentalismo substancial a que aludimos no capítulo inicial do trabalho, a cognição sumária constitui uma técnica processual relevantíssima para a concepção de um processo que "tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos" (Ob. cit. pág.110).

- 5.1.6. Luiz Guilherme Marinoni, em obra de 1993, refere-se à tutela jurisdicional diferenciada, mencionando procedimentos capazes, por sua estrutura, de gerarem tutela efetiva, em oposição a tutela formal e abstrata do direito, invocando, em seguida, procedimentos adequados às peculiaridades da pretensão de direito material:

"A busca de tutelas jurisdicionais diferenciadas"

"Ao lado das tutelas sumárias de urgência, de grande importância para a efetividade do processo é a pesquisa das chamadas tutelas jurisdicionais diferenciadas. As tutelas diferenciadas são necessárias para

assegurar o exercício do direito à adequada tutela jurisdicional. Realmente, como escreve Proto Pisani, o processo civil deve ser visto como uma espécie de contrapartida que o Estado oferece aos cidadãos diante da proibição da autotutela, contrapartida essa que para ser efetiva, deve traduzir-se na disposição prévia dos meios de tutela jurisdicional (de procedimentos, provimentos e medidas coercitivas) adequados às necessidades de tutela de cada uma das situações de direito substancial. Com efeito, como disse o mesmo Professor de Florença em outra ocasião, para que seja assegurada a tutela jurisdicional de uma determinada situação de vantagem, não basta, não é suficiente, que a nível de direito processual seja previamente disposto um procedimento qualquer, mas é necessário que o titular da situação de vantagem violada (ou ameaçada de violação) possa utilizar um procedimento estruturado de modo tal a lhe poder fornecer um tutela efetiva, e não meramente formal ou abstrata do seu direito. O procedimento, portanto, deve ser adequado às peculiaridades da pretensão de direito material, falando-se, então, como o faz Alcides Munhoz da Cunha, "em diferentes tipos de processo ou categorias processuais autônomas, tendo em vista as diferentes formas de tutela jurisdicional que se aprestam em função de lides estruturalmente diversas, isto é, que traduzem combinações de situações jurídicas subjetivas inconfundíveis, quanto à necessidade de tutela a que aspiram" ("in" "Novas Linhas do Processo Civil", ed. RT, 1993, págs. 84/85).

Em obra de 1992, o eminente processualista já alertava para a indispensabilidade da tutela sumária antecipatória de cunho satisfativo, diferenciando-a sob este último aspecto das tutelas cautelares:

"É de concluir, portanto, neste passo, que a busca da efetividade do processo é necessidade que advém do direito constitucional do homem à adequada tutela jurisdicional, indissociavelmente do homem

*à adequada tutela jurisdicional, indissociavelmente ligado ao **due process of law**, e insito no princípio da inafastabilidade, que é garantido pelo princípio imanente ao próprio Estado de Direito, aparecendo como contrapartida à proibição da autotutela privada, ou ao dever que o Estado se impõe quando chamou a si o monopólio da jurisdição. A tutela sumária antecipatória, destarte, nada mais é do que instrumento necessário para a realização de um direito constitucional".*

"Quando falamos em tutela sumária antecipatória, como já foi possível perceber, queremos dizer tutela sumária satisfativa. Ou seja, assimilamos tutela antecipatória à tutela que satisfaz por antecipação" ("in" "Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória", ed. RT, 1992, pág. 99).

Retiram-se de tais considerações brilhantes intuições do professor, que, mais a frente, se constituiria em um dos maiores analistas da antecipação de tutela do atual artigo 273 do C.P.C.

5.1.7. Em 1994, José Roberto dos Santos Bedaque lembrava que:

"Quanto mais tivermos procedimentos adequados às especificidades da tutela pleiteada, mais próximos estaremos da justiça substancial, isto é, mais o direito processual se aproxima do direito material, com vista a assegurar, com eficiência, a efetividade deste. Embora instrumento, o processo constitui importantíssimo fator no desenvolvimento das relações substanciais. Daí não se poder falar em um direito processual puramente técnico, neutro quanto aos objetivos visados pelo legislador material. O estudioso do processo deve, em primeiro lugar, identificar as necessidades verificadas no plano material; depois, verificar quais as técnicas processuais existentes para a tutela da situação substancial posta em juízo; por último, refletir a respeito da aptidão destes meios para a obtenção dos resultados pretendidos, propondo, se o caso, a criação de mecanismos mais adequados. Tal análise depende

basicamente de um fator: a consciência de que o processo será tão mais importante e necessário quanto maior seja sua efetividade; e mais, à base de toda a construção processual deve estar o fenômeno material, sob pena de se perpetuar o equívoco de discussões estereis, sem qualquer importância para os escopos do processo" ("in" "Direito e Processo", Malheiros Editores, 1995, pág. 58).

5.1.8. Sopesadas as sobreditas emanações doutrinárias, resulta que a tutela diferenciada é passível de caracterização através da oposição dialética ao processo de conhecimento, bem como à dicotomia processo de conhecimento-processo de execução.

Realmente, enquanto a tutela, ofertada no processo de conhecimento, é resultado do exame plenário da lide, ou seja da cognição horizontal plena e vertical exauriente, a tutela diferenciada poderá derivar de cognição horizontal plena, acompanhada da cognição vertical sumária, ou da cognição horizontal limitada junto com a cognição vertical exauriente ou não.

Exemplo de cognição plena e sumária, temos, em liminares de determinados casos de busca e apreensão de menores, prevista no art. 839 do C.P.C., onde pode assumir o processo feição nitidamente satisfativa e, portanto, não cautelar, como frisa Vicente Greco Filho:

"Contudo, a busca e apreensão pode ser ação principal se com ela se pretende um provimento definitivo, como, por exemplo, a pretensão do pai que teve seu filho retirado de sua guarda ou pátrio poder, que lhe não tem necessidade alguma de definir a guarda ou o pátrio poder, que lhe é inerente. Pede busca e apreensão do menor em caráter definitivo, e não em cautelar" ("in" "Direito Processual Civil Brasileiro", 12ª ed., vol. 3, pág. 179).

O legislador não estabelece limites à discussão do tema (cognição plena), ao mesmo tempo que permite a expedição de liminar fruto de cognição sumária.

Exemplo de cognição limitada e sumária, observa-se nas liminares das ações possessórias, onde a tutela é fruto do só exame da questão da posse (cognição limitada), podendo ser provisoriamente deferida, sem exame exauriente da controvérsia, antes do julgamento final, (cognição sumária).

Caso de cognição limitada e exauriente é o da ação de desapropriação, onde só se propicia a testilha sobre o valor do bem (art. 20 do Decreto-lei nº 3.365/41).

Enquanto a tutela prestada no processo de conhecimento consiste na solução lógica da lide incidente sobre o objeto litigioso, reservando-se para o processo de execução os atos que atingem concretamente o réu, a tutela diferenciada pode consistir em atos de cognição, acompanhado de mandamento ao réu (mandado de segurança) ou ordem imediata de execução (ações executivas "latu sensu", como é o caso do despejo) prescindindo-se, em ambas as hipóteses do processo de execução inaugurado através do título executivo.

Em apertada síntese conclui-se que:

a) a tutela ordinária se identifica com a composição meramente lógica e voluntária do litígio, através de cognição plena, do ponto de vista horizontal e vertical, satisfazendo ou não integralmente o autor (caso das ações constitutivas e declaratórias, na primeira hipótese, e da condenatória na segunda);

b) a tutela diferenciada se identifica com a composição plena ou parcial do litígio, por tutela satisfativa integral, que abriga atos de mero conhecimento, aliados a mandamento ou ordem executiva, passíveis ou não de antecipação provisória.

Despega do que se consignou que a tutela ordinária não é necessariamente uma questão de rito processual.

Poderá haver tutela diferenciada em rito formalmente comum, como acontece no despejo de imóvel residencial para uso próprio, onde necessária não será a instauração do processo autônomo de execução, visto que a sentença contém ordem de execução imediata.

Assim como poderá haver tutela ordinária deferida em procedimento montado em dissonância

com o comum, desde que caracterizada por natureza exclusivamente lógica e fruto de cognição plena e exauriente.

5.2. A Presença Excepcional da Tutela Diferenciada no Código de Processo Civil Brasileiro até 1994

Consoante já afirmado, o Código de Processo Civil Brasileiro veio à luz prevendo procedimentos especiais, responsáveis por tutelas diferenciadas.

Estas, também, vêm previstas em procedimentos criados por legislação esparsa.

No entanto, o processo de conhecimento veio realçado no Código de Processo Civil, que o colocou em nível de supremacia incontestável.

Porém, foi sendo cada vez mais perceptível a incompatibilidade do processo de conhecimento, em virtude de seu excessivo consumo de tempo, com as exigências de um processo de resultados, que significasse a aplicação e atuação do direito de forma a transformar a sociedade, na perseguição de valores, direitos e princípios consagrados no texto constitucional.

Mas, simplista seria a proposta da eliminação do processo de conhecimento e de multiplicação dos procedimentos especiais.

Atentando-se para a circunstância de que estes últimos, em grande número de casos, comportam a cognição parcial do litígio, resultaria que a parte irresolvida da lide forcejaria novas pugnas judiciais, com custo excessivo para as partes e movimentação multiplicada da máquina do Judiciário.

Isso tudo sem falar-se de que a produção indiscriminada de procedimentos especiais instauraria, no âmbito da legislação processual civil, um casuismo crescente e de difícil manipulação pelos operadores do direito e progressivamente incompreensível para o cidadão, distanciando-o do convívio com o direito.

Se é verdade que a morosidade do processo de conhecimento é indesejável, também é indubitoso que, ao propiciar a decisão plena do litígio, ancorada em cognição ampla e exauriente, não só impede o aumento dos confrontos judiciais, como também, responde ao anseio de segurança jurídica da sociedade.

Por isso, o encaminhamento do problema tendia, inevitavelmente, para uma solução, que eliminasse o que era indesejável no processo de conhecimento e nos procedimentos especiais, aproveitando as qualidades de ambos.

Tal solução, encontrou-a o legislador reformista no instituto da antecipação de tutela dos arts. 273 e 461 do C.P.C., tema que será examinado a seguir.

6. O Instituto da Tutela Antecipada como Positivção do Princípio da Proporcionalidade

6.1. A tutela antecipada, introduzida pelo reformador de 1994, significa a autorização infraconstitucional de proporcionalização do conflito entre o direito à efetividade da justiça e o direito à segurança jurídica.

O direito à segurança jurídica consiste, na impossibilidade da perda da liberdade ou de outros bens em sentido amplo, a não ser através do devido processo legal.

Trata-se de direito que há de ser deduzido do princípio do devido processo legal, agasalhado pelo art. 5º, LV, da Constituição Brasileira, a teor do disposto no art. 5º, § 2º, da mesma.

O direito à efetividade da justiça há de ser constatado desde o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, contido no art. 5º, inciso XXXV, da C.F., a teor, igualmente, do disposto no art. 5º, § 2º, da mesma.

É manifesta a tensão entre tais direitos, na função jurisdicional prestada através do processo.

Enquanto o direito à efetividade implica a rápida e adequada tutela ao direito do autor, o direito à segurança implica o contraditório entre as partes, entendido este último em sentido mais amplo que a simples defesa técnica, vez que abrange o direito à prova, bem como o direito a informação e reação sobre os atos processuais que se sucedem, tudo a consumir tempo.

Se, no plano constitucional, todos os direitos ali albergados não podem ser desprezados, é certo que, quer no terreno da produção da norma infraconstitucional pelo Poder Legislativo, quer no

âmbito das atividades do Poder Executivo, quer no do Judiciário ao aplicar a lei, tais direitos, muitas vezes, entram em oposição.

6.2. Daí o reconhecimento, para se manter o respeito a todos eles, da incidência de um outro princípio constitucional, qual seja o da proporcionalidade que, mesmo quando não explícito nos textos constitucionais, há de ser reconhecido como implicitamente presente.

Pelo princípio da proporcionalidade devem ser compostos os direitos em tensão, de forma que um poderá prevalecer sobre o outro, sem no entanto aniquilá-lo.

Ressalte-se que o desenvolvimento dos estudos sobre o Princípio da Proporcionalidade tem, quer no nível doutrinário, quer no nível jurisprudencial, inclusive alienígena (caso do Tribunal Constitucional Alemão), conduzido às seguintes conclusões:

1ª) a proporcionalidade, em sentido amplo, significa razoabilidade e limitação do excesso de Poder;

2ª) a proporcionalidade impõe-se em decorrência dos seguintes fatos: a) todos os direitos e princípios constitucionais, na medida em que previstos na Carta Magna, devem ser preservados pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (Princípio da Unidade); b) quando os Poderes, em suas atividades específicas, deparam-se com o confronto entre os direitos e princípios e valores, não podem, então, ignorar um deles, devendo respeitar o núcleo essencial de todos (Teoria da Proteção do Núcleo);

3ª) a proporcionalidade, que opera, então, como elemento propiciador da atividade pública que, ao mesmo tempo, respeita e limita os direitos e princípios constitucionais em colisão, é composta de três subprincípios: a) adequação da providência eleita ao fim social pretendido; b) necessidade da utilização da providência escolhida; c) proporcionalidade em sentido estrito, que significa a ponderação entre as desvantagens dos meios em relações as vantagens do fim (Nesse sentido, as lições de J. J. Gomes Canotilho ("**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**", Ed. Almedina, págs. 259/263), Raquel Denize Stumm

("Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro", págs. 78/82), Suzana de Toledo Barros ("**O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**", Ed. Brasília Jurídica, 1996, págs. 67/84) e Luís Roberto Barroso ("**Interpretação e Aplicação da Constituição**" - Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora - Ed. Saraiva, 1996, págs. 208/209);

6.3. O instituto da antecipação da tutela é, então, o fruto da composição da tensão entre os direitos constitucionais à segurança jurídica e à efetividade da justiça, em plano infraconstitucional.

Tal composição entre ambos opera-se, no Código de Processo Civil Brasileiro, através da permissão, no processo de conhecimento, do deferimento de tutelas que implicam atos invasivos do patrimônio jurídico do réu, antes da composição definitiva e meramente lógica do conflito, desde que observadas, no caso do art. 273, a condição de ocorrência de prova suficiente à conclusão da probabilidade da existência do direito do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (inciso I) ou, então, a simples caracterização do abuso do direito de defesa, ou do caráter protelatório da mesma, aliada à prova suficiente das alegações conducentes à constatação probabilidade do direito do autor (inciso II).

A antecipação de tutela teve também previsão no art. 461, parágrafo 5º do C.P.C., que deve ser lido em consonância com o art. 273.

Enfim, permitiu o legislador reformista, em determinadas condições, a prevalência do direito à efetividade sobre o direito à segurança, sem eliminar este último.

6.4. Minudenciando-se, apura-se o que se segue.

A Através deste instituto, ficam mantidas a segurança jurídica e as vantagens de julgamento integral do litígio com supedâneo na certeza advinda da produção probatória, característica fundamental do processo de conhecimento.

Tanto que o instituto é incompatível com a antecipação da composição lógica do litígio.

Realmente, não compadece ele com a possibilidade de declarar, constituir ou condenar antecipadamente, mas sim significa a mera antecipação de efeitos práticos da declaração, constituição ou condenação, derivada não do reconhecimento ou não do direito postulado, mas sim de simples julgamento de probabilidade da existência do mesmo (vide considerações de Athos Gusmão Carneiro e João Batista Lopes "in" "**Da Antecipação da Tutela no Processo Civil**", ed. Forense, 1998, pág. 42 e "**Aspectos Polêmicos da Antecipação da Tutela**", ed. Revista dos Tribunais, pág. 210/212).

Pudesse a composição lógica ser antecipada e haveria efeitos irreversíveis, como lembra Marinoni ao citar a hipótese de antecipação do efeito desconstitutivo do divórcio, aduzindo que, diante de tal concessão, poderiam os cônjuges casarem-se com outros pares e terem filhos ("in" "**A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil**", Malheiros Editores, 1995, pág. 76/77).

Se, em sede de decisão definitiva, fosse o pleito de divórcio julgado improcedente, qual seria o estado jurídico dos filhos do segundo consórcio?

Seriam predcados como filhos naturais ou adulterinos?

Por aí se vê que a antecipação da solução lógica do confronto conduz a situações de irreversibilidade.

Por isso mesmo, Marinoni ensina:

"O que o art. 273 veda, quando fala que a tutela não poderá ser concedida quando houver perigo de "irreversibilidade do provimento antecipado" - que nada tem a ver, repita-se, com irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento -, são as declarações e constituições provisórias, não raras na prática judiciária brasileira ("A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil", ed. Malheiros, 1995, pág. 76).

B A possibilidade de antecipação dos efeitos práticos da sentença, típica de procedimentos especiais, elimina os efeitos indesejáveis da morosidade característica do processo de conhecimento.

Mais que isso, na determinação dos efeitos práticos antecipados, abre-se ensejo à atividade criadora do Juiz, que poderá escolher e combinar atos mandamentais e executivos adequados à proteção do direito material, superando a rigidez das tutelas previamente estabelecidas em lei.

Lapidar a observação de Kazuo Watanabe para quem o instituto representa **"inovação nos tipos de provimentos jurisdicionais, com relevante repercussão nos poderes do juiz", afirmando que a expressão "no que couber", contida no § 3º do art. 273, também constitui uma sinalização nesse sentido". ("Reforma do Código de Processo Civil, Ed. Saraiva, 1996, pág. 21).**

C Finalmente, é fundamental não se esquecer que os atos executivos ou mandamentais, de que atuam a tutela antecipada, sucedem-se dentro do próprio processo de conhecimento, eliminando-se os inconvenientes da dicotomia processo de conhecimento-processo de execução, só sendo será possível a alteração no patrimônio jurídico do réu com a sobrevinda do título executivo.

É que a atuação da antecipação de tutela não se harmoniza com o processo de execução de título judicial, como estabelecido no Livro II do Código de Processo Civil, uma vez que o deferimento da antecipação envolve simples decisão, incapaz de alçar-se à condição de título executivo prevista no art. 585 do C.P.C..

Daí porque, assenta Marinoni que **"as regras do processo de execução não foram pensadas para dar atuação aos procedimentos sumários"** (Ob. cit. pág. 88/89).

E há outra circunstância a ser relevada, qual seja, a de que o desencadeamento dos atos executivos ou mandamentais, dentro do próprio processo de conhecimento, sem que se tenha a instauração do processo de execução do Livro II do C.P.C., torna incabível, outrossim, a articulação de embargos de devedor, cujo manejo traz enorme alongamento do procedimento executivo.

D O fato de realizarem-se os atos correspondentes à antecipação de tutela, dentro do processo de conhecimento, tem propiciado dúvidas sobre a qualificação do processo em que sobrevieram.

A dúvida fica mais acendrada no caso do art. 461 do C.P.C..

Teori Albino Zavascki conclui que havendo a antecipação de tutela, com fundamento no § 3º, do art. 461 do C.P.C., a ação seria executiva "latu sensu", posto que não haveria execução "ex intervallo" (Ob. cit. pág. 40).

Embora não tenha o autor ferido especificadamente tal questão, claro que tal pensar, em linha de coerência, conduziria à igual conclusão, se a antecipação de tutela deferida e atuada, com base no art. 273, tornasse dispensável, para a satisfação do autor, o processo de execução da sentença condenatória.

Fosse procedente essa análise e teríamos de concluir que a caracterização do processo, em que sobreviesse a antecipação de efeitos práticos da sentença, variaria, em função da plena satisfação do autor e da natureza mandamentaria executivo "latu sensu" ou mandamental, enquanto que, no segundo, seria de conhecimento seguido de execução "ex intervallo".

E "Data venia", ousamos discordar de tal conclusão.

O legislador reformista manteve a dicotomia processo de conhecimento-processo de execução, ao estabelecer a antecipação de tutela, e, assim fazendo, não ensejou que o processo de conhecimento tivesse a virtualidade de transmutar-se em sua essência.

Mantido o processo de conhecimento, respondeu ele ao direito constitucional à segurança jurídica.

Introduzindo a tutela antecipada, permitiu ele ao Juiz, através do princípio da proporcionalidade, que prevalecesse, ainda que temporariamente, o direito à efetividade da tutela.

O fato de, em determinadas hipóteses, vir o autor a obter, pela antecipação dos efeitos práticos da tutela, a plena e concreta satisfação de sua pretensão, não significa que o processo tenha ganhado ou obtido característica de executivo "latu sensu" ou mandamental.

Mesmo nos casos de satisfação plena do autor, durante o processo de conhecimento, a sentença condenatória, a teor do art. 584, do C.P.C.,

se alçar à condição de título executivo, ensejando o processo de execução diferido.

Nesta hipótese, as condições da ação de execução existirão e ela poderá ser proposta.

Só que, se manejada, inaugurará processo que deverá ser julgado de ofício extinto, posto que presente nos autos a prova de adimplemento da obrigação, através da atuação da tutela antecipada.

É que o adimplemento não se confunde com as condições da ação de execução, sob pena de retrocesso à tese imanentista do direito de ação.

Cândido Rangel Dinamarco, com o costumeiro rigor, anota que para a propositura da ação de execução não há necessidade de prova da existência do crédito, uma vez que a sua certeza corresponde, apenas, à definição, no título, da natureza da relação jurídica, dos seus sujeitos e do seu objeto, concluindo que "não haveria como nem por quê exigir a segura existência do direito, como requisito para executar" (Ob. cit. pág. 490).

Na verdade, o adimplemento coincide com o próprio mérito do processo de execução, como afirmado por Dinamarco, em lição invocada por Alberto Camiña Moreira:

"Se houve pagamento da quantia cobrada na execução, ocorreu, como é curial, adimplemento e extinção da obrigação. O inadimplemento é requisito necessário para realizar qualquer execução (Cap. III do Livro II do C.P.C.) e é tido por Dinamarco como o próprio mérito do processo de execução: "Quem recebeu o que lhe era devido já não tem o direito material que alega e isso é matéria atinente ao mérito de sua pretensão; ocorrido adimplemento, quem era credor já não o é mais e a sua pretensão a receber pela segunda vez não merece ser satisfeita pela via executiva nem por qualquer outra, em qualquer tempo". Seria extremamente desarrazoado que o juiz, diante de prova de pagamento da dívida, ignorasse-a, para exigir novo pagamento e, posteriormente, a repetição dele" ("in" "Defesa sem Embargos do Executado - Exceção de Pré-Executividade", ed. Saraiva, 1998, pág. 144).

E o mesmo autor assenta a possibilidade do conhecimento de ofício da incidência do adimplemento, para o fim de extinção de execução:

"Apesar da enfática rejeição de Liebeman à alegação de pagamento na ação de execução, é certo que admite o conhecimento do pagamento, pelo juiz, de ofício. Escreveu no Manual de Direito processual civil que os fatos afirmados pelo réu precisam ser distinguidos: "alguns deles o juiz deve sempre levar em conta quando ficarem fora de dúvida, mesmo que o réu não os haja colocado como objeto de uma exceção. Isso deve ser dito, por exemplo, do pagamento (...). Usando uma terminologia tradicional, poderemos dizer que esses fatos produzem seu efeito extintivo modificativo ou impeditivo ipso jure" (Ob. cit. pág. 149).

Parece-nos que a postura que ora adotamos explica a especificidade da antecipação de tutela, sem implicar a descaracterização do processo de conhecimento, respondendo aquela pela efetividade e o segundo pela segurança jurídica, só prevalecendo a antecipação provisoriamente, nos casos traçados pelo legislador.

O contrário consistiria em atribuir ao processo de conhecimento ductibilidade capaz de alterar sua própria natureza, transformando-o em verdadeiro camaleão, ao sabor da eventualidade das providências tutelares tomadas antecipadamente.

7. Conclusões

Ao cabo do presente trabalho, concluímos, resumindo:

a) o Estado Social Democrático, na medida em que se propõe a alterar a realidade social, através da implantação de princípios e valores colhidos pelo legislador constituinte junto à sociedade, fez do direito não só um instrumento da ordem, como também da mudança;

b) o processo de conhecimento plenário e com deslinde do conflito meramente lógico, está ajustado a uma concepção do direito como simples instrumento de manutenção da ordem existente, visão esta ideologicamente ligada ao Estado Liberal;

c) sendo o processo a via pela qual o Poder Judiciário altera a realidade social, eliminando conflitos e existencializando direitos formalmente previstos, impõe-se seja efetivo, isto é, rápido e prestador de tutelas adequadas aos direitos pretendidos, sem no entanto afrontar o direito à segurança jurídica, derivado do devido processo legal;

d) o instituto da antecipação de tutela, introduzido pela reforma de 1994, deu ensejo à criação judicial de tutelas diferenciadas, que atuam, provisoriamente, dentro do processo de conhecimento, efeitos práticos de futuras e eventuais sentenças declaratória, constitutiva ou condenatória, cuja finalidade é a composição lógica da lide;

e) a antecipação da tutela significa a positivação, na legislação ordinária, do princípio constitucional da proporcionalidade, de forma a possibilitar a eliminação da tensão entre a efetividade e a segurança, fazendo com que aquela avance sobre esta, sem no entanto eliminá-la;

f) a dicotomia processo de conhecimento-processo de execução não foi alterada pelo instituto da antecipação da tutela, sendo que a atuação antecipada dos efeitos práticos da sentença, poderá, eventualmente, inviabilizar o processo de execução, sem que haja, no entanto, incompatibilidade, em abstrato, entre a antecipação da tutela e o processo de execução do título judicial.

BIBLIOGRAFIA

- 1) ALVES, José Carlos Moreira - "10 anos de Constituição", ed. Celso Bastos, 1998;
- 2) ANDRADE, Vera Regina Pereira, "Dogmática Jurídica" - "Escorço de sua Configuração e Identidade", ed. Livraria do Advogado, 1996;
- 3) BARROSO, Luís Roberto - "Interpretação e Aplicação da Constituição" - "Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora" - ed. Saraiva, 1996;
- 4) BARROS, Suzana de Toledo - "O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos" Fundamentais, ed. Brasília Jurídica, 1996;
- 5) BEDAQUE, José Roberto dos Santos - "Direito e Processo", Malheiros ed., 1995;
- 6) BONAVIDES, Paulo - "Curso de Direito Constitucional", 6ª ed. Malheiros, 1996;
- 7) BONAVIDES, Paulo - "Do Estado Liberal ao Estado Social", Malheiros ed., 1996;
- 8) CANOTILHO, J. J. Gomes - "Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Almedina,
- 9) CARNEIRO, Athos Gusmão, "Da Antecipação da Tutela no Processo Civil", ed. Forense, 1988;
- 10) COLUCCI, Maria da Glória - "Fundamentos de Teoria Geral do Processo, ed., J. M., 1999;
- 11) DINAMARCO, Cândido Rangel - "Instrumentalidade do Processo", ed. RT, 1987;
- 12) DINAMARCO, Cândido Rangel - "Execução Civil", ed. Malheiros, 1997;
- 13) DINAMARCO, Cândido Rangel - "Revista de Processo", RT, 81, Jan/Mar, 1996;
- 14) FILHO, Vicente Greco - "Direito Processual Civil Brasileiro", ed. Saraiva, 12ª ed., vol. 13;
- 15) LIEBMAN, Enrico Tullio - "Processo de Execução", ed. Saraiva, 1968;
- 16) LOPES, João Batista - "Ação Declaratória", ed. RT, 1985;
- 17) LOPES, João Batista - "Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela", ed. RT, 1997;
- 18) MARINONI, Luiz Guilherme - "A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil", Malheiros ed., 1995;
- 19) MARINONI, Luiz Guilherme - "Novas Linhas do Processo Civil", ed., RT, 1993;
- 20) MARINONI, Luiz Guilherme - "Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória", RT., 1992;
- 21) MOREIRA, Alberto Camina - "Defesa sem Embargos do Executado" - "Exceção de Pré-Executividade" - ed. Saraiva, 1998;
- 22) MOREIRA, José Carlos Barbosa - "Revista de Processo", ed., RT nº 49, 1988;
- 23) MOREIRA, José Carlos Barbosa - "Temas de Direito Processual", ed. Saraiva, 1997;
- 24) REALE, Miguel - "Teoria Tridimensional do Direito" - "Situação Atual" - ed. Saraiva, 1994;
- 25) SILVA, Ovídio A. Baptista - "Curso de Processo Civil", Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987;
- 26) STUMM, Raquel Denize - "Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro", ed. Livraria do Advogado, 1995;
- 27) ZAVASCKI, Teori Albino - "Título Executivo e Liquidação", ed., RT, 1999;
- 28) WATANABE, Kazuo - "Reforma do Código de Processo Civil", ed., Saraiva, 1996;
- 29) WATANABE, Kazuo - "Da Cognição no Processo Civil", ed. RT., 1993;

O DIREITO À PROVA NO PROCESSO CIVIL

João Batista LOPES*

A doutrina clássica sempre se preocupou com a questão do ônus da prova, bastando lembrar, ao propósito, que o tema foi objeto de duas monumentais monografias (**Die Beweislast**, de Rosenberg e **L'onere della prova**, de Micheli).

Mais recentemente, os autores perceberam que a importância das regras sobre **onus probandi** era relativa, certo que só tinham repercussão por ocasião da sentença, na hipótese de ausência de prova. Valiam, assim, como regras de julgamento.

O próprio ROSENBERG já havia antecipado proposta doutrinária que distinguia o **ônus subjetivo** (a quem incumbe a carga de provar) do **ônus objetivo** (não importa quem provou, mas o que se provou).

Aspecto novo no estudo da matéria é, porém, a preocupação com o direito à prova no processo civil decorrente do elastério que hoje se confere ao direito de ação e à ampla defesa.

De acordo com a doutrina atual, o direito de ação não significa simples faculdade de movimentar a máquina judiciária para obter um pronunciamento judicial. Nem é suficiente sustentar, com apoio em LIEBMAN e ROSENBERG, que a ação é o direito de obter uma sentença sobre o mérito da causa.

À luz da efetividade do processo, do instrumentalismo substancial, do processo civil de resultados, a ação deve garantir o direito ao devido processo legal e colimar o acesso à ordem jurídica justa. Para tanto, não basta assegurar o acesso formal e protocolar ao juiz ou tribunal: é de rigor garantir o direito à tutela jurisdicional qualificada, ao devido processo legal, com respeito ao contraditório, à ampla defesa, à igualdade de

tratamento das partes, ao juiz natural, à proibição das provas ilícitas etc.

Como decorrência do princípio do devido processo legal (fórmula ampla que, a rigor, já consagra as garantias constitucionais sobreditas) refere-se a doutrina mais recente ao direito à prova, aspecto fundamental do direito à ampla defesa.

E, por ampla defesa, não se entende unicamente o direito conferido ao réu de responder às alegações do autor. Ampla defesa é direito que protege tanto o réu como o autor, além dos terceiros juridicamente interessados.

Os processualistas atuais põem em relevo a insuficiência da concepção tradicional de **ampla defesa**, mostrando que de nada vale garantir às partes o direito de deduzir suas alegações se não lhes for assegurado o de prová-las em juízo.¹

Na lição de COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, o direito à prova tem as seguintes implicações:

- a) o direito de deduzir todos os meios destinados a demonstrar as alegações;
- b) o direito à prova contrária, isto é, de servir-se de todos os meios para demonstrar o contrário do que foi alegado pelo adversário;
- c) o direito de produzir efetivamente as provas que forem deduzidas e admitidas;
- d) o direito à valoração adequada da prova pelo juiz.²

Dos aspectos supracitados os três primeiros têm sido enfatizados pela doutrina e, em verdade, constituem decorrência lógica do direito à prova.

* Professor e Coordenador do Curso de Mestrado da PUC-Campinas.

Como é curial, o reconhecimento do direito à prova tem, como corolário, o direito à sua indicação, especificação e produção, sempre que se mostrarem admissíveis segundo o sistema processual. Tais implicações são intuitivas e, assim, tornam dispensáveis maiores considerações.

O mesmo não se diga, porém, do direito à valoração da prova, de que pouco se fala na doutrina.

Trata-se, em verdade, de aspecto novo do tema a merecer maior reflexão.

O direito à valoração da prova tem íntima relação com o princípio constitucional que garante a motivação das decisões judiciais: É que o juiz tem o dever de motivar suas decisões indicando os elementos **de fato** e de direito que lhe formaram o convencimento.

A tal respeito, a doutrina apresenta panorama uniforme como se pode aferir das lições de grandes mestres da atualidade.

Em obra recente, **COMOGLIO, FERRI e TARUFFO** assinalam que o dever de motivação das decisões judiciais constitui garantia do tipo objetivo ou estrutural na qual coexistem:

- a) a correlação finalística com o princípio da legalidade;
- b) a idoneidade institucional de consentir um controle externo dos modos nos quais se exprimem, concretamente, a sujeição do juiz à lei e sua imparcialidade (ou independência) *no ius dicere*;
- c) o suporte instrumental indispensável para um adequado exercício do direito de defesa no confronto da mesma decisão e no juízo de impugnação³

Com efeito, a exigência de motivação harmoniza-se com o princípio da legalidade, na medida em que o juiz deve obediência à lei (em sentido amplo), seja em razão da garantia constitucional de que se cuida, seja em decorrência de disposições processuais que estabelecem o dever de fundamentação das decisões.

A liberdade conferida ao julgador não vai ao extremo de permitir que ele se abstenha de indicar as razões da formação de seu convencimento.

As influências recebidas pelo juiz ao longo de sua vida familiar, escolar e profissional, por

certo, contribuirão na formação de seu espírito de julgador, mais liberal ou conservador, mais ortodoxo ou flexível.

Entretanto, não lhe é dado decidir em função de suas preferências ou tendências pessoais, cumprindo-lhe atender aos valores consagrados pelo sistema jurídico entre os quais o respeito à legalidade.

De outro lado, a motivação permite o chamado controle externo das decisões judiciais, porque às partes, seus advogados e aos jurisdicionados em geral é possível, em razão da publicidade dos atos processuais, tomar conhecimento dos fundamentos da decisão e verificar a imparcialidade e independência do juiz. É a motivação como *"espressione del principio della partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia"* ⁴.

LUIGI MONTESANO, que não adere inteiramente a essa corrente, refere-se, porém, à "necessità... che la motivazione sia destinata a convincere i defensori e il ceto giuridico con discorsi di contenuto tecnico-giuridico"⁵.

O mesmo autor, em outra obra, escrita em colaboração com **GIOVANNI ARIETA**, ressalta que "se a motivação é totalmente omissa ou se resulta intrinsecamente inidônea a fazer perceber as razões postas como fundamento da decisão, tem-se um vício de violação da lei"⁶.

Também **ANDREA PROTO PISANI** discorre sobre a necessidade de fundamentação ao explicar a fórmula adotada pelo legislador italiano para admitir recurso de cassação ("omessa insufficiente o contraddittoria motivazione circa un ponto decisivo della controversia, prospettato dalle parti o rilevabile d'ufficio"):

"Não há dúvida de que o ponto decisivo seja um ponto de fato (principal ou secundário) e não de direito (...). O ponto da controvérsia deve ser "decisivo" de tal modo que se avaliado e examinado corretamente teria podido conduzir a uma decisão de mérito diversa"⁷.

A fundamentação das decisões permite que a parte vencida exerça plenamente seu direito de defesa (em sentido amplo) interpondo os recursos cabíveis e fundamentando-os adequadamente. É

que não basta a previsão genérica do direito de defesa, sendo de rigor que o sistema jurídico assegure aos jurisdicionados o pleno acesso à jurisdição. E a plenitude da jurisdição, que compreende o direito de recorrer, não pode prescindir da garantia da motivação, que permitirá ao recorrente impugnar as razões de fato e de direito adotadas na sentença.

Importa ressaltar que essa tendência doutrinária tem marcante colorido democrático ao permitir, ainda que indiretamente, a participação popular na administração da justiça.

Há que registrar, também, que a garantia da motivação estende-se, até mesmo, às decisões administrativas dos tribunais, como reza o inciso X, do mesmo artigo.

A doutrina pátria é unânime em pôr em relevo a necessidade de motivação das decisões judiciais, considerada direito constitucional dos jurisdicionados.

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, analisando estudo de **BARBOSA MOREIRA** acerca do tema (A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito, in *Temas de Direito Processual Civil*, Saraiva, 1980, p. 85) indica várias razões que teriam conduzido à obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais:

"A primeira destas razões, familiar ao pensamento tradicional, é de ordem técnica. Seria, sob este enfoque, necessária a motivação para poder precisar se e delimitar se minuciosamente o âmbito do **decisum**.

A impugnabilidade tem como pressuposto a fundamentação do objeto impugnado, principalmente porque se tem por admitido que as decisões não sejam arbitrárias. Esta, a Segunda razão de ordem técnica.

Outro enfoque que pode ser concebido, típico de nossa época, é o que vê na idéia de garantia a fonte básica de inspiração da obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais.

Essa idéia tem uma série de desdobramentos que se limitam nitidamente ao processo, ainda que digam respeito a toda atividade estatal. A motivação:

1. oferece elementos concretos para que se possa aferir a imparcialidade do juiz;

2. poder-se-á, também, por meio do exame da motivação da decisão, verificar da sua legalidade;

3. por fim, a motivação garante às partes a possibilidade de constatar terem sido ouvidas, na medida em que o juiz terá levado em conta, para decidir, o material probatório produzido e as alegações feitas pelas partes".⁸

Presentes tais considerações, tem-se que o dever de motivar traz, insito, o de valorar adequadamente a prova dos autos. Assentado que o juiz não goza de liberdade irrestrita na valoração da prova - não pode, por exemplo, julgar segundo suas impressões pessoais, nem desprezar as regras jurídicas, os princípios lógicos, as leis econômicas, as máximas de experiência etc. - tem-se, como colorário, que à parte assiste o direito de ver suas provas valoradas adequadamente, isto é, segundo as regras e princípios sobreditos. O desrespeito a essa exigência converteria o direito à prova em "garantia ilusória e meramente ritualística", na fórmula lapidar de TARUFFO.⁹

Alguns exemplos tornam patente a validade dessa doutrina.

Suponha-se que, ante laudos e pareceres conflitantes, em pleito possessório, limite-se o juiz a dizer na sentença: "os pareceres dos assistentes técnicos não me convenceram do desacerto das conclusões do perito judicial"; ou, em acidente de trânsito, conclua pela culpa do réu exclusivamente com base no boletim de ocorrência cuja narração é desmentida pela prova testemunhal concludente; ou, ainda, em ação de separação litigiosa, se louve no princípio da "verdade sabida" para proclamar a conduta desonrosa de uma das partes.

Nessas hipótese, foi vulnerado o direito à adequada valoração da prova, isto é, a fundamentação adotada pelo juiz é a técnica e ofensiva ao sistema processual.

De todo o exposto não se conclua, porém, pela existência de direito ao acolhimento dos critérios jurídicos ou técnicos pretendidos pela parte.

Se, em ação renovatória de contrato de locação, o juiz preferir o "método da renda" ao "método comparativo", esclarecendo as razões técnicas da escolha - v. g., inexistência, na mesma região geo-econômica, de elementos homogêneos - não se lhe poderá imputar malferimento ao princípio da motivação das decisões judiciais.

Outra prática repelida pela doutrina consiste em valer-se o juiz, na valoração das provas, do expediente da apreciação conjunta das provas. Esse procedimento, por sua fluidez, imprecisão e subjetividade, agride a garantia da fundamentada valoração das provas.¹⁰

De todo o exposto, é lícito concluir que o direito à prova constitui aspecto essencial do princípio do contraditório e da ampla defesa e tem maior elastério do que geralmente se supõe.

Assim é, também, na Itália, que constitui importante laboratório para o desenvolvimento da ciência processual.¹¹

Importa ressaltar, porém, que o direito à prova não é ilimitado e irrestrito, certo que seu alcance e exercício dependem do desenho constante do sistema jurídico.

Os limites do direito à prova são de duas ordens: a) subjetivos; b) objetivos.

Os primeiros estabelecem que somente as partes, terceiros interessados e o M. P. têm direito à prova. Os segundos decorrem de regras impostas pelo sistema constitucional e processual concernentes à admissibilidade de certos meios de prova (v.g., restrições à prova testemunhal, proibição das provas ilícitas), à produção (momento e forma de colheita da prova) e à valoração (que se submete ao princípio da persuasão racional, como já exposto). Há que ressaltar, também, a proibição de produção e reavaliação da prova nos recursos extraordinários lato sensu (recurso especial e recurso extraordinário) e na ação rescisória. Tal vedação, como é sabido, não impede, porém, a discussão no recurso extraordinário sobre ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa - que abrange, também, o direito à prova, como já posto em relevo - e, no recurso especial, alegação de violação a regra legal sobre admissibilidade, ônus, produção e valoração da prova. A valoração jurídica da prova não constitui questão de fato, mas de direito.¹²

BIBLIOGRAFIA

1. ARIETA, Giovanni. *Diritto processuale civile*. Turim: G. Giappichelli Editore, 1996.
2. ATTARDI, Aldo. *Diritto processuale civile*. Pádua: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1994.
3. COMOGLIO, Luigi Paolo e outros. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Ed. Il Mulino, 1955.

4. GOMES JR., Antonio Magalhães. *O direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
5. JUNOY, Joan Picó I. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1996.
6. LOPES, João Batista. *Manual das provas no processo civil*. Campinas: Kennedy Editora, 1974.
7. MONTESANO, Luigi e ARIETA, Giovanni. *Diritto processuale civile*. Turim: G. Giappichelli Editore, 1996.
8. PINTO, Nelson Luiz. *Recurso Especial para o S. T.J.* São Paulo: Malheiros, 1992.
9. PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Nápoles: Jovene Editore, 1996.
10. SANTOS, Gildo dos. *A prova no processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975.
11. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1952.
12. SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977.
13. TARUFFO, Michele. *Il diritto alla prova nel processo civile*, in Riv. Dir. Proc., vol. I (ano 1984), pp. 74 e 75).
14. TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milão: Giuffrè, 1974.
15. WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim. *Nulidades da sentença*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

NOTAS

- (1) Em moderníssima monografia, JOAN PICÓ I JUNOY ressalta que a concepção da prova como direito fundamental dos litigantes é recente: "hasta fechas recientes los estudios doctrinales han analizado la prueba desde la perspectiva del conjunto de normas que regulan la admisibilidad de los medios probatorios, sus desarrollos procedimentales, así como su eficacia y valoración, obviándose su examen como derecho básico o esencial de los litigantes. De igual modo, la relación entre las partes y la prueba ha merecido la atención de la doctrina, esencialmente, desde el prisma de la "carga de la prueba"; y así GOUBEUX pone de relieve que lo clásico consiste en tratar la prueba como una carga sin percibirse demasiado de que también constituye un derecho primordial de las partes. En el presente trabajo nos proponemos, precisamente, analizar la temática probatoria desde esta perspectiva, máxime cuando el derecho a la prueba, como hemos indicado, se configura como uno de los derechos fundamentales del art. 24 C.E." (El derecho a la prueba en el proceso civil, Barcelona, J. M. Bosch editor, 1996, p. 15/16). Cf., também, TARUFFO, Il diritto alla prova nel processo civile, in Riv. Dir. Proc., Vol I (ano 1984, pp. 74 e 75); GOUBEUX, Gilles, Le droit a la preuve, Bruxelles, Émile Bruylant, 1981, p. 277; ANTONIO MAGALHÃES GOMES JR., ob. cit.

- (2) Lezioni sul processo civile, Bolonha, Il Mulino, 1995, p. 512, item 3º.
- (3) (Lezioni sul processo civile, Bologna, Ed. Il Mulino, 1995, pp. 80/81).
- (4) (TARUFFO, La motivazione della sentenza civile, Padova, 1975, 409 e segs.)
- (5) (Controlli esterni sull'amministrazione della giustizia e funzioni garantistiche della motizzazione, in La sentenza in Europa, Napoles, Cedam, 1988, p. 436)
- (6) (Diritto processuale civile, Turim, G. Giappichelli Editore, 1996, vol. I, p. 291, NOTA 8)
- (7) (Lezioni di Diritto Processuale Civile, 2ª ed., Napoles, 1996, p. 576).
- (8) (Nulidades da sentença, Ed. Revista dos Tribunais, 1987, pp. 140/141).
- (9) ob. cit., p. 106.
- (10) Sobre o ponto, vale a pena reproduzir lição de JOAN PICÓ I JUNOY: "... acerca de la exigencia de valorar motivadamente la prueba desarrollada en el proceso, no podemos desconocer que en la práctica judicial se soslaya continuamente mediante el uso torticero del denominado expediente de la apreciación conjunta de las pruebas, consistente en la declaración del órgano jurisdiccional por la que se limita a manifestar que el material probatorio há sido valorado "en conjunto" o "conjuntamente", con omisión de la necesaria justificación racional de las causas por las que se há concedido validez a los datos fácticos probados en el proceso, esto es, sin la especificación de las fuentes y medio valorados positiva o negativamente por el juzgador. A pesar de la crítica doctrinal unánime que há merecido esta práctica forense, entre la que destaca MONTEIRO AROCA sosteniendo que "hoy debe estimarse inconstitucional", dicha actuación judicial sigue siendo legitimada jurisprudencialmente tanto por parte del TS como del TC. A nuestro entender, este uso viciado del presente expediente debe desaparecer del quehacer de nuestros Tribunales, pues sólo de este modo se logra garantizar la plena eficacia del derecho a la prueba (art. 24.2 C. E.), así como el correcto cumplimiento de la obligación constitucional de motivar las sentencias (art. 120.3 C. E)" (ob. Cit., p. 28 e 29).
- (11) Sobre a importância que os autores italianos conferem ao tema vejamos, entre outros:
COMOGLIO, Luigi Paolo - Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali, in Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., vol. 4º (ano 1994); TARUFFO, Michele, ob. cit.; COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, Lezioni, cit., pp. 512 e segs; TROCKER, Nicolò - Processo civile e Costituzione (problemi di diritto tedesco e italiano, Milão, Giuffrè, 1974; DENTI, Vittorio - L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civile contemporanei, in Riv. Dir. Proc., Vol. I (ano 1965), pp. 31 e segs; RICCI, Edoardo - Su alcuni aspetti problematici del diritto alla prova, in Riv. Dir. Proc., vol. I (ano 1984), pp. 159 e segs.
- (12) (cf. NELSON LUIZ PINTO, Recurso Especial para o S. T. J., Malheiros, 1992, p. 138). Também, na ação rescisória, a arguição de violação a literal disposição de lei sobre tema probatório.

TUTELA JURISDICCIONAL DIFERENCIADA E A EFETIVIDADE DO PROCESSO

Eliane Avelar Sertorio OCTAVIANI*

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Tutela Jurisdiccional - Evolução. 3. Os Escopos do Processo. 4. A Efetividade do Processo. 5. Importância das Tutelas Diferenciadas e sua Influência na Efetividade do Processo. 6. Espécies de Tutelas Diferenciadas. 7. Tutela Antecipada. 8. Prova Inequivoca e Verossimilhança. 9. Reversibilidade e Execução da Tutela. 10. Procedimento Monitorio. 11. Natureza do Procedimento Monitorio. 12. Prova Escrita. 13. Natureza dos Embargos ao Mandado. 14. Outros Pontos Polêmicos. 15. Tutela Sumaria. 16. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Na medida em que a atividade jurisdiccional representa a resposta dada pelo Estado à proibição da autodefesa, é necessário proporcionar ao titular do direito meios para que possa ter seus interesses protegidos de forma eficaz.

É primordial criar mecanismos de forma a tornar mais rápido o provimento jurisdiccional e possibilitar no plano substancial e processual a pacificação dos conflitos entre a população.

Para alcançar o ideal de Justiça não é suficiente a solução judicial dos conflitos; necessário se faz que essa solução seja efetivamente justa, possibilitando alcançar o resultado pela adequação dos instrumentos processuais aos direitos previstos no ordenamento jurídico material, de forma a reduzir não só a duração do processo, como também seu alto custo.

Cândido Rangel Dinamarco, quando da elaboração de sua obra, que está se tornando clássica nos meios processuais - A instrumentalidade do processo -, ao colocar sua proposta, consignou que: "Por imposição do seu próprio modo de ser, o direito processual sofre da natural propensão ao formalismo e ao isolamento. Ele não vai diretamente à realidade da vida, nem fala à

linguagem do homem comum. O homem comum ignora, o próprio jurista o desdenha e os profissionais do foro lamentam suas imperfeições, sem atinar com meios para melhorá-lo. A descrença de todos na Justiça é efeito das mazelas de um sistema acomodado no tradicional método introspectivo, que não inclui a crítica do sistema mesmo e dos resultados que ele é capaz de oferecer aos consumidores finais de seu serviço -, ou seja, aos membros da população".¹

Portanto, não basta assegurar a todos o ingresso em juízo, isto é, a possibilidade de movimentar a máquina judiciária, utilizando-se do processo; requer-se a efetividade da proteção judicial, que somente é obtida com o bom funcionamento do mecanismo judicial.

2. TUTELA JURISDICCIONAL - EVOLUÇÃO

O direito de buscar no Judiciário lesão ou ameaça a direito constitui princípio constitucional e vem disciplinado no artigo 5º, XXXV. O Estado tem por objetivos fundamentais os de criar uma sociedade livre e justa, na qual deve garantir o bem de todos, e para isso exerce a administração pública, criando normas reguladoras da convivência social, assumindo também o compromisso de tornar efetiva a aplicação de tais normas.²

(*) Professora em Direito do Trabalho em Pinhal e Mestranda em Processo Civil pela PUC-Campinas.

Bedaque conceitua que "ação constitui direito ou poder, cujo exercício tem em vista a tutela jurisdicional".³ Ainda, citando Moreira Alves, esclarece que processo é um meio a ser utilizado para que o poder possa ser exercitado em sua plenitude; poder esse que constitui a ação⁴ e que tem a incumbência de retirar a jurisdição de sua inércia, reportando-se a uma determinada situação real. Para o nobre doutrinador o direito de ingresso está completamente desvinculado do caso concreto; para ele, o direito de ação para o seu efetivo exercício dependerá da hipótese das condições da ação estarem presentes, as quais serão aferidas acerca da relação jurídica material.

Quando da formulação do Código de Processo Civil Brasileiro, seguiu-se o modelo clássico de divisão das tutelas: tutela de conhecimento, tutela executiva e tutela cautelar. Na tutela de conhecimento fixa-se a regra jurídica que deve regular o caso concreto, formulando-se juízo sobre o direito afirmado; na tutela executiva tomam-se as providências práticas para a realização do direito reconhecido ou presumidamente existente; e na tutela cautelar adotam-se medidas para assegurar o resultado útil das duas formas de tutelas de conhecimento e executiva, sempre que a demora em sua prestação possa acarretar alguma espécie de dano à efetividade do processo.

Com efeito, se é certo que o processo de conhecimento tem por finalidade a outorga de tutela para a certificação do direito, nem por isso se deve concluir ser ele incompatível com a outorga de tutela de outra espécie, e o mesmo vale para o processo de execução e o cautelar.

Essa classificação tradicional de tutela jurisdicional está longe de ser absoluta; ao contrário, são elas atributos inerentes ao resultado do processo, quanto ao mérito. O nobre professor gaúcho, Teori Albino Zavaschi, ao elaborar sua crítica a essa forma de divisão da atividade jurisdicional, assim se manifestou: "Embora a cada espécie de tutela correspondam, em nosso Código de Processo Civil, "processos" e "ações" distintos, não é absoluta a segmentação das três espécies, eis que há casos de prestação de tutela de conhecimento em relação a cautelar nas ações que predominam cognição e execução, bem assim, tutela executória em ação cautelar e de conhecimento. Em regra, a tutela de conhecimento precede à de execução, no entanto,

podem elas ser prestadas simultaneamente. Pode ocorrer, igualmente, prestação integral de tutela executiva, provisória ou definitivamente, sem que tenha se esgotado, ou mesmo iniciado, a prestação da tutela de conhecimento; quanto à tutela cautelar, esta é prestada antes ou no curso da prestação de uma das espécies, e jamais depois delas. É relativa, por isso mesmo, a importância da classificação tradicional da tutela jurisdicional, sendo criticável, sob o aspecto científico, a tripartição classicamente adotada, eis que tutela cautelar, a rigor, é também ela prestada mediante atividades cognitivas e executivas".⁵

Deve-se, ainda, acrescentar que o sistema do CPC foi moldado para atender a prestação jurisdicional para casos de lesões a direitos subjetivos individuais; outrossim, não se previa a possibilidade de instrumentos para a tutela coletiva desses direitos; como também para interesses transindividuais, de titularidade indefinida, como são chamados os interesses difusos ou coletivos, hoje presentes em nosso dia a dia e que obrigou que a estrutura do sistema processual civil fosse revista para incluir essas formas de tutela.

O direito material é formado por um conjunto de regras voltadas para a solução de conflitos de interesses entre as pessoas, determinando qual deve prevalecer e conferindo situação de vantagem a seu titular. Já o direito processual é constituído por normas que regulam os diversos mecanismos estatais destinados à atuação das regras materiais, ou substanciais, naquelas situações concretas em que os destinatários não se subordinam espontaneamente ao comando delas emergentes. Na medida em que se afirma a natureza instrumental do direito processual, sua autonomia como ciência não pode significar isolamento em relação ao direito material; sem este último, aquele não teria sentido. Mas o direito material também depende intimamente do direito processual, na medida em que sua atuação coercitiva não pode dispensar o processo, sob pena de apagarmos séculos de evolução da sociedade.

É necessário verificar de que maneira o direito processual se dispõe a assegurar a atuação das regras materiais. Sabe-se que não existe apenas um tipo de processo; a tutela jurisdicional se apresenta de várias formas, com conteúdo diverso, tudo em função da natureza do direito a ser protegido.

Cândido Rangel Dinamarco assinala que não se deve confundir tutela jurisdiccional com a atividade do juiz desenvolvida no exercício da função jurisdiccional; para ele a tutela "é o resultado do processo em que essa função se exerce. Ela não reside na sentença em si mesma como ato processual, mas nos efeitos que ela projeta para fora do processo e sobre as relações entre as pessoas "...." O serviço jurisdiccional que vem a culminar na tutela é o fator que, pela própria natureza e pela completa positividade do poder em que se resolve, confere o caráter de dinamismo à tutela jurisdiccional (em confronto com a tutela estática residente nas normas abstratas)".⁶

A tutela não é concedida exclusivamente ao vencedor da demanda; a proteção do processo justo e do processo legal, como garantia constitucional, é concedida a ambas às partes, como premissa do Estado de direito; a proteção que se dá aos litigantes no processo também é reconhecida como tutela; tanto que a máxima carnellutiana de que só se considera ato jurisdiccional o que realiza a justa composição da lide deve ser revista, quando não mitigada. Por diversos modos o tempo pode conduzir à frustração dos direitos das pessoas que buscam tutela através do processo, variados são também os instrumentos que ao longo dos séculos se cogitaram para neutralizar esses efeitos perversos.

3. OS ESCOPOS DO PROCESSO

Há necessidade de conciliar a técnica processual com seu escopo, isto é, com o que se busca, na verdade, através do processo. Não se pode pretender um tecnicismo exagerado, nem mesmo, abandonar totalmente a técnica. O bom processualista seria aquele que consegue harmonizar esses dois aspectos, o que implicará a construção de um sistema processual apto a alcançar seus escopos, de maneira adequada⁷. Com efeito, só se chega à tutela jurisdiccional através do exercício do direito processual de ação. Tais afirmações objetivam conferir ao direito processual sua verdadeira dimensão: "a de instrumento voltado para fora do sistema, pois tem o escopo de conferir eficácia a outro direito - o material (jurídico), para, a final, atingir seus escopos últimos (social e político)"⁸.

Fala-se muito nos escopos do processo; a matéria foi abordada com maestria por Dinamarco, em obra que se transformou em clássico em nosso direito processual; para ele, a jurisdição não tem apenas um escopo, que seria o jurídico; na verdade, "o que há de mais importante é a destinação social e política do exercício da jurisdição. Ela tem, na realidade, escopos sociais (pacificação com justiça, educação), políticos (liberdade, participação, afirmação da autoridade do Estado e do seu ordenamento) e jurídico (atuação da vontade concreta da lei)"⁹.

4. A EFETIVIDADE DO PROCESSO

O tempo é um implacável inimigo do processo, contra o qual todos os que participam, como juiz, seus auxiliares, as partes e seus procuradores, devem lutar de modo obstinado¹⁰; portanto, o juiz deve conduzir o processo com a presteza necessária, não fomentando a inércia e impulsionando o procedimento para atingir sua finalidade mais importante. O professor paulista, José Rogério Cruz e Tucci¹¹, citando Proto Pisani assinala que: "Descrevendo os males que determinam o retardamento da tutela jurisdiccional, Proto Pisani mostra que a ideologia liberal-individualista dos fins do século passado e da primeira metade deste imaginava com a absoluta certeza que a técnica do procedimento ordinário resultava idônea a tutelar um rol infinito de direitos. Anota, assim, que o caráter mistificador decorrente do pressuposto teórico da igualdade formal das partes ensejou, de modo fecundo, o culto acrítico àquela forma de procedimento. Todavia, em época mais recente, dada a inequívoca evolução científica e tecnológica do processo civil, observa-se que o tradicional modelo do procedimento ordinário é completamente inadequado para assegurar uma tutela jurisdiccional efetiva a todas as situações de vantagem, ou seja, a todos os direitos que reclamam uma tutela de urgência".

Os meios técnicos de aceleração tradicionalmente empregados contra essas causas diretas ou indiretas de frustração ou enfraquecimento da tutela jurisdiccional são destinados, conforme o caso, a preservar o processo mesmo contra certos desgastes previsíveis ou a propiciar o acesso mais rápido aos bens da vida; portanto à luz do princípio

da efetividade e da instrumentalidade do processo é que se introduziram as tutelas jurisdicionais diferenciadas.

Em três décadas de existência, o Código de Processo Civil, embora fosse um dos mais bem arquitetados e avançados do mundo, não ficou imune a inúmeras críticas, desde sua aprovação; considerando a absoluta procedência dessas críticas pela afirmação de que existia um enorme descompasso entre o instrumento e a rápida e segura e cabal prestação jurisdicional do Estado, o renomado jurista, Salvo de Figueiredo Teixeira, coordenando, como presidente da Comissão de notáveis juristas, que tinha a incumbência da reforma do CPC, observou em Conferência proferida no II Congresso Nacional de Direito Processual Civil, em Porto Alegre, que todas as últimas mudanças que foram inseridas no CPC tinham como finalidade simplificar, dar eficácia e celeridade ao processo, em busca da preocupação maior que era a efetividade.¹²

Barbosa Moreira, há mais de quinze anos, já fazia oportuna e precisa observação a respeito da dissociação das normas de processo à realidade forense, no tópico que denominou do abstrato ao concreto; "...tomava-se a consciência cada vez mais clara da função instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira efetiva o papel que lhe toca". E, mais adiante, prossegue o doutrinador: "... Se o processo é instrumento de realização do direito material, o resultado de seu funcionamento deve situar-se a uma distância mínima daquele que produziria a atuação espontânea das normas substantivas, e já constitui uma desgraça a impossibilidade de fazer coincidir precisamente um e outro"¹³.

Objetivou-se com a reforma, em síntese, após a identificação dos pontos críticos e de estrangulamento da prestação jurisdicional, o oferecimento de projetos de lei desburocratizantes, com base no trinômio - simplificação, agilização e efetividade do processo.

Um dos pontos de estrangulamento que fora observado e que impedia a real efetividade do processo estava na ordinarização do processo de conhecimento.

O procedimento ordinário faz com que o ônus do tempo do processo recaia apenas sobre o

autor, como se este fosse culpado pela demora existente na cognição dos direitos. O tempo do processo deve ter seu devido valor, pois " terá uma maior capacidade de eliminar com justiça as situações de conflito, quanto mais prontamente tutelar o direito do autor que tem razão. De nada adianta a doutrina continuar afirmando, retoricamente, que justiça atrasada é uma injustiça, se ela não tem a mínima sensibilidade para perceber que o processo sempre beneficia o réu que não tem razão"¹⁴.

Ovídio A Baptista da Silva enuncia que maior novidade científica no âmbito desse ramo jurídico originariamente foi utilizada por Andrea Proto Pisani que, em contraposição ao procedimento ordinário, reuniu vários procedimentos, estruturados a partir de peculiaridades de certas categorias substanciais, de natureza plenária ou sumária e que se apresentam como uma das vertentes para sintonizar a justiça civil às garantias processuais previstas na Constituição Federal, denominando-a de tutela jurisdicional diferenciada¹⁵.

O fator tempo tornou-se um elemento determinante para garantir a efetividade da prestação jurisdicional, a técnica da cognição sumária delineia-se de crucial importância para a idéia de um processo que cumpra seus escopos jurídico, político e social. "Fixar os escopos do processo equivale, ainda, a revelar o grau de sua utilidade. Trata-se de instituição humana, imposta pelo Estado, e sua legitimidade, há de estar apoiada não só na capacidade de realizar objetivos, mas igualmente no modo como estes são recebidos e sentidos pela sociedade. Daí o relevo de que é merecedora a problemática dos escopos do sistema processual e do exercício da jurisdição"¹⁶.

Continua o ilustre professor das Arcadas, Cândido Rangel Dinamarco: "A efetividade do processo mostra-se ainda particularmente sensível através da capacidade, que todo o sistema tenha de produzir realmente as situações de justiça desejadas pela ordem social, política e jurídica. A tutela específica dos direitos, execução em espécie, obtenção de resultados mediante sentenças constitutivas e eliminação de óbices à plena satisfação dos direitos (v.g., mediante as medidas cautelares), são fatores para a efetividade do processo. A tendência do direito processual moderno

é também no sentido de conferir maior utilidade aos provimentos jurisdicionais"¹⁷.

5. IMPORTÂNCIA DAS TUTELAS DIFERENCIADAS E SUA INFLUÊNCIA NA EFETIVIDADE DO PROCESSO

João Batista Lopes ao dispor sobre a tutela jurisdicional diferenciada¹⁸ assinala que ainda que vigore de forma geral a antiga máxima "nulla executio sine título", qual seja, a execução tem que estar apoiada em título executivo; outrossim, houve necessidade de se repensar nessa antiga premissa e, muitos doutrinadores brasileiros, sob a influência da doutrina italiana de Calamandrei, Garbagnati, Nicoletti e Perrot, entre outros, entenderam que havia necessidade de adaptar nosso sistema à nova ordem sócio-econômica. Havia necessidade de se dar um passo maior, revelando ousadia e modernidade, resultando, com isso em novas modalidades de tutela, entre elas a tutela antecipada, a ação monitória, o aumento no elenco de títulos extrajudiciais e a nova disposição das obrigações de fazer e não fazer, previstas no artigo 461, do CPC.

Tanto no procedimento monitório, como na tutela antecipatória se rompe com o princípio da *nulla executio sine título*, fundamento da separação entre conhecimento e execução. É importante lembrar que Chiovenda, ao constatar a separação entre a definitividade da cognição e a executoriedade na execução provisória da sentença, ressaltou que esta última figura apresenta-se de forma anormal, visto ser uma ação executória onde não está presente a certeza jurídica. O princípio da "*nulla executio sine título*", como se vê pela lição de Chiovenda, tinha como base a falsa idéia de que um direito somente pode ser realizado após o encontro da certeza jurídica, ou após ter sido declarado. Essa visão que decorre do mito da busca da verdade, acabou por terra pela utilização das medidas cautelares que antecipavam certos direitos; na verdade, as necessidades do direito substancial, no dia a dia forense, resultaram na falsidade da premissa aceita como dogma pela doutrina de Chiovenda¹⁹.

A sistematização da tutela sumária surgiu com o doutrinador italiano Andrea Proto Pisani, o qual ressaltou ser tarefa dos processualistas aperfeiçoar o processo de cognição plena, procurando identificar a utilização das tutelas

sumárias, sem esquecer os princípios da igualdade das partes dentro do processo²⁰.

Com o surgimento das tutelas diferenciadas buscaram-se os ideais de efetividade do processo, com a superação de conceitos fundamentais clássicos do processo civil brasileiro, reiterando, todavia, o princípio da efetividade à tutela dos direitos, como acesso à ordem jurídica justa.

Poder-se-ia entender que todas as tutelas inseridas no Livro IV, do Código de Processo Civil Brasileiro seriam consideradas diferenciadas, visto sua "peculiaridade ou especificidade de certos direitos materiais, cuja dedução em juízo para discussão ou atuação não se adapta bem aos procedimentos comum regulados pelo Livro I"²¹; outrossim, não é nesse sentido que se tem entendido as tutelas jurisdicionais diferenciadas, mas sim como modalidades de tutelas sumárias.

Escreve Donaldo Armelin que, na busca da efetividade do processo através de remédios jurídicos mais apropriados e de medidas que atenuem o indesejável fenômeno do retardamento da prestação jurisdicional do Estado, tem vindo à baila também a temática das tutelas diferenciadas. "Realmente, presentes diferenciados objetivos a serem alcançados por uma prestação jurisdicional efetiva, não há porque se manter um tipo unitário desta ou dos instrumentos indispensáveis a sua corporificação. A vinculação do tipo de prestação à sua finalidade específica espelha a atendibilidade desta; a adequação do instrumento ao seu escopo potência o seu tônus de efetividade".²²

Mas no que consistiria essa proteção diferenciada e qual o critério a ser tomado para considerá-la como tal? O magistrado paulista Bedaque, em sua festejada obra, consigna que: "A diversidade há de ser buscada em outro plano, ou seja, na qualidade que se empresta a esses efeitos. Mais especificamente na proteção, durabilidade ou perenidade destes no tempo, afetando a temporalidade da atuação jurisdicional ou a permanência e atuação destes no espaço jurídico, com a imunização frente a prestações idênticas, geradas em instrumento processual decorrente de ação também idêntica"²³. E continua: "Mais do que outras técnicas de diferenciação de tutela, a antecipação de seus efeitos é talvez a que melhor harmoniza com o atual sistema processual, na

medida em que pode ser adotada sem maiores transformações na sua estrutura"²⁴.

Dessa forma, as tutelas jurisdicionais diferenciadas são aquelas adequadas às diversas pretensões de direito material, visando permitir o ajustamento da ação processual à ação de direito material, no qual se identifica a dispensa da cognição sumária exauriente. Faz-se necessário com a nova realidade do mundo contemporâneo que o Direito e os remédios judiciais refletissem as necessidades, os problemas, as aspirações atuais da sociedade civil e dentre essas necessidades "...estão seguramente as de desenvolver alternativas aos métodos e remédios tradicionais, sempre que sejam demasiado caros, lentos e inacessíveis ao povo; daí o dever de encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de um tempo de transformações sociais em ritmo de velocidade sem precedente."²⁵

6. ESPÉCIES DE TUTELAS DIFERENCIADAS

As tutelas diferenciadas, em verdade, devem situar-se como contrapartida ao direito à adequada tutela jurisdicional, que representa, numa análise mais perceptível da realidade, concretização do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, hoje albergado no artigo 5º, XXXV, da CF.

Para se obter a aceleração de processo e com isso evitar que o autor, titular do direito em litígio, tenha que aguardar o final do processo para alcançar o bem da vida pretendido por meio do mesmo, a legislação reformista adotou novos tipos de tutelas denominadas pela doutrina de diferenciadas que se constituem em formas de abreviar e agilizar a concessão da prestação jurisdicional. Inevitavelmente as tutelas diferenciadas "tendem a favorecer o pólo ativo da relação processual, por isso, é indispensável a cautela no seu uso para evitar violação do necessário tratamento isonômico das partes litigantes bem como do princípio assegurado da paridade das armas do processo"²⁶.

Como a intenção dos reformistas não era a elaboração de um novo texto, mas adequar o existente com novas formas de procedimentos que fossem compatíveis com a nossa realidade, implantaram-se por ordem cronológica três tipos

distintos de procedimentos, denominados tutelas diferenciadas: tutela antecipada com a Lei 8.950 e a ação de obrigação de fazer ou de não fazer pela Lei 8.952, ambas de 13 de dezembro de 1.994 e a ação monitória pela Lei 9.079, de 14 de Julho de 1.995.

7. TUTELA ANTECIPADA

Uma das formas utilizadas para superar as agruras do procedimento ordinário foi a tutela antecipada, inserida pela Lei no 8.952/94. Cândido Dinamarco aduz que o "novo art. 273 do Código de Processo Civil, ao instituir de modo explícito e generalizado a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, veio com o objetivo de ser uma arma poderosíssima contra os males corrosivos do tempo no processo."²⁷

João Batista Lopes em trabalho publicado sobre as alterações do processo civil²⁸, denominado - Depois da reforma -, assevera, que: "De todas as inovações sobreditas a que maior impacto produziu foi, inquestionavelmente, a tutela antecipada, que representa tentativa ousada de levar a sumarização ao seu ponto mais elevado".

As tutelas diferenciadas surgiram como remédio para eliminar um mal que já estava instalado - a inefetividade do procedimento ordinário; para combater a morosidade na ordenação do processo, estava-se utilizando de forma desenfreada a tutela cautelar inominada, fundamentada no artigo 798 do CPC, com o escopo de obter a precipitação temporal de pelo menos um dos efeitos da tutela solicitada.

A utilização indiscriminada da tutela cautelar, portanto, apareceu como consequência da superação do procedimento ordinário, e da tendência, daí decorrente, da busca de sentenças rápidas e capazes de tornar efetivo o direito material.

Dessa forma, o novo regime do art. 273 generalizou a possibilidade de antecipação da tutela no âmbito do procedimento comum do processo de conhecimento, corrigindo ao mesmo tempo o desvio do uso das ações cautelares e concedendo-se assim poderoso instrumento para a agilização e efetividade da jurisdição e do direito dela consequente.

Como requisitos para que a tutela antecipada fosse concedida, o legislador consignou que haveria

de estar presente: a) prova inequívoca; b) verossimilhança da alegação; c) iminência de dano irreparável ou de difícil reparação; e d) reversibilidade da medida; ou e) abuso de direito de defesa; ou manifesto propósito protelatório do réu.

8. PROVA INEQUÍVOCA E VEROSSIMILHANÇA

O instituto da tutela antecipada surgiu como um instrumento para a concretização do direito à efetividade do provimento jurisdiccional, uma vez que todo aquele que conseguir demonstrar, através de "prova inequívoca" a alta probabilidade da existência do direito alegado não deve sofrer "dano irreparável ou de difícil reparação", em virtude da demora da prestação jurisdiccional. O Estado, ao proibir a autotutela, passa a ter o dever de proporcionar os meios para que os jurisdicionados, ao recorrerem à Justiça, possam fruir, de forma efetiva, do direito previsto pela norma jurídica, por ele mesmo editada, ou em outras palavras, o Estado deve garantir a utilidade da sentença.

Deve-se analisar no que consistem os termos colocados pelo legislador e que necessariamente devem estar contidos na ação, para que a tutela antecipada possa ser concedida. A doutrina tem pacificado sua posição quanto aos termos - prova inequívoca e verossimilhança e a melhor exposição, sem sombra de dúvida é do professor Dinamarco²⁹, que, preconiza que os conceitos em si seriam, aparentemente, antagônicos, visto "prova inequívoca" parece traduzir, em princípio prova tão robusta que não permita equívocos ou quaisquer dúvidas. Contudo, a cognição sumária na hipótese de pedido de antecipação de tutela, diferentemente do que ocorre no mandado de segurança, que se baseia no juízo de probabilidade de que a afirmação do autor não será elidida pelo réu, funda-se precisamente no juízo de probabilidade de que a afirmação do autor será comprovada no curso do procedimento ordinário³⁰. Conseqüentemente, a expressão "prova inequívoca" há de ser interpretada nos devidos termos.

De outro lado, a expressão "verossimilhança da alegação" atenua o rigor da interpretação dos termos "prova inequívoca". Trata-se do convencimento da aparência de verdade das alegações em si, e não dos fatos em que se apoiam; por conseguinte, o juízo de verossimilhança é um juízo emitido não

sobre o fato, mas somente sobre a afirmação do fato.

9. REVERSIBILIDADE E EXECUÇÃO DA TUTELA

Por outro lado, há o direito à segurança jurídica, garantido pelo devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), segundo o qual os bens em sentido amplo devem permanecer à disposição do seu titular até que se afirme, judicialmente, o contrário, respeitado o direito ao contraditório e à ampla defesa. Não há dúvida de que o tema reversibilidade é o que tem mais levantado polêmica nos meios doutrinários.

O § 2º do artigo 273, ao proibir a concessão da antecipação da tutela dos casos de "irreversibilidade do provimento antecipado", tenta conciliar o dois princípios acima expostos. Se, por um lado, o autor tem direito à tutela antecipada desde que haja "receio de dano irreparável ou de difícil reparação", por outro, o réu tem direito a que ela não seja concedida, caso os efeitos dela decorrentes sejam irreversíveis.

Não se discute que o § 2º constitui uma exceção ao caput do artigo 273, ou seja, um dos requisitos à concessão da tutela antecipada, ao lado da prova inequívoca, da verossimilhança e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Discute-se, no entanto, o seu âmbito de aplicação. Até que medida o juiz deve deixar de conceder a antecipação de tutela, nos casos em que se verifique que os seus efeitos serão irreversíveis?

Para que o novo instituto tenha pleno desenvolvimento, devem-se abordar posições doutrinárias a respeito do assunto, bem como a sua utilidade na solução dos casos concretos.

Para uma primeira corrente doutrinária, o requisito da reversibilidade adquire maior alcance, pois considera como irreversíveis todos aqueles efeitos dos quais não se pode retornar ao status quo ante. Não basta a recomposição em dinheiro, mas é necessário que possa haver o retorno ao quadro fático anterior. Essa é, por exemplo, a posição de Sérgio Bermudes, segundo o qual, "não se admite a antecipação quando a irreversibilidade só puder ser reparada em dinheiro. E preciso que o quadro fático, alterado pela tutela, possa ser recomposto."³¹

Admitir a antecipação de tutela quando se vislumbrar a irreversibilidade de seus efeitos significaria transferir o *periculum in mora* do autor para o réu. Da mesma forma que o provimento jurisdicional favorável ao autor seria inútil para a satisfação do direito pleiteado devido à ocorrência de um dano irreparável, o provimento jurisdicional, que no final seja favorável ao réu, seria também inútil a este, se já tiverem ocorrido efeitos irreversíveis. O autor, ao conseguir afastar o perigo que ameaça o seu direito, estaria impondo ao réu semelhante perigo. Ocorreria o chamado "*periculum in mora inversum*".³²

Antecipar irreversivelmente significa antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício do seu direito fundamental de se defender, exercício esse que, ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente inútil, por falta de oportunidade. Seria a transformação em definitiva de uma execução que dessa natureza não se pode revestir.

De acordo com essa posição, torna-se perfeitamente justificável a inexigibilidade de caução para que seja concedida a tutela antecipada (art. 273, § 3^a), pois o § 2^o do artigo 273, ao afastar a sua concessão nos casos de irreversibilidade, desobriga o autor da providência adiantada de reparar danos eventualmente causados por ela. Assim, onde fosse cabível a caução seria incabível a antecipação de tutela.

Ao contrário, para uma segunda posição doutrinária, o § 2^o do artigo 273 não deve constituir obstáculo intransponível para a concessão da tutela antecipada, pois se isso ocorresse estar-se-ia esvaziando o conteúdo e a eficácia desse novo instituto, conforme tem reiteradamente colocado Luiz Guilherme Marinoni³³, um dos defensores dessa corrente, chegando, mesmo a afirmar que a própria doutrina brasileira já admitia o risco da irreversibilidade dos efeitos fáticos da tutela antecipatória. Ele cita, como exemplo, posição de Ovídio Baptista da Silva.³⁴

Entendo que deve-se adotar para a solução dos casos em que há o perigo de irreversibilidade dos efeitos da antecipação de tutela os princípios da proporcionalidade e da probabilidade.

De acordo com o princípio da proporcionalidade, não há nenhum direito absoluto, nem

mesmo os garantidos constitucionalmente. Assim, quando dois ou mais deles entrarem em conflito, caberá ao juiz ponderar sobre qual deverá prevalecer, de acordo com o valor jurídico dos bens em confronto.

Também, reconhece, Ovídio Baptista da Silva, que há determinadas situações nas quais o juiz encontra-se entre duas alternativas: prover ou deixar perecer o direito que, no momento, apresente-se apenas como provável. Afirma ainda que, "em tais casos, se o índice de plausibilidade do direito for suficientemente consistente aos olhos do julgador - entre permitir sua irremediável destruição ou tutelá-lo como simples aparência, esta última solução torna-se perfeitamente legítima."³⁵

Cândido Rangel Dinamarco, por sua vez, critica essa idéia de sacrifício do direito menos provável em prol da antecipação do exercício "de outro que pareça provável". Afirma que "o direito não tolera sacrifício de direito algum e o máximo que se pode dizer é que algum risco de lesão pode-se legitimamente assumir (...) não deve o juiz correr riscos significativos e, muito menos, expor o réu aos males da irreversibilidade, expressamente vedados pela lei vigente."³⁶

Uma questão que surge para quem adota essa posição é como conciliar a concessão de uma tutela antecipada, cujos efeitos serão irreversíveis, com a inexigibilidade de caução, conforme dispõe o § 3^o do artigo 273.

Esse dispositivo prevê a aplicação somente dos incisos II e III do artigo 588, que trata da execução provisória. A princípio, portanto, não se admite a exigência da caução para que seja concedida a tutela antecipatória. Essa inexigibilidade está de acordo com a finalidade do instituto, que consiste em facilitar o acesso à justiça. Ora, exigir caução para que alguém tenha a prestação jurisdicional adequada é restringir o seu direito à efetividade do processo, na medida em que somente para aqueles que tivessem condições de caucionar poderia ser concedida a tutela antecipada.

Os defensores da aplicação dos princípios da proporcionalidade e da probabilidade afirmam, no entanto, que para diminuir os efeitos danosos que uma tutela antecipada causaria ao réu, se o provimento final for favorável a ele, o juiz poderá, com base no seu poder geral de cautela, exigir a

prestação de caução. O fato de o § 3º do artigo 273 não a prever significa somente que ela não deve ser obrigatoriamente exigida, mas nada impede que o juiz assim decida, dependendo do caso concreto.

A exigência de caução justifica-se na interpretação analógica do artigo 804 do CPC e na inafastabilidade do princípio de salvaguarda do direito à segurança jurídica do réu, visto que é indispensável preservar as condições que propiciem retorno ao estado anterior. Essa exigência independeria, portanto de autorização expressa na lei.

A justificativa encontra-se no próprio inciso III do artigo 588, bem como na responsabilização do requerente da medida cautelar pelos prejuízos que a execução da medida puder causar ao requerido, conforme prevê o artigo 811 do CPC.

Em suma, segundo essa posição, considerar o § 2º do artigo 273 como uma exceção rígida à concessão da tutela antecipada implicaria uma decisão judicial inadequada à solução da lide, na medida em que impediria que fossem levadas em consideração outras particularidades relevantes do caso concreto. Cabe ao juiz, em última análise, com base nos princípios acima expostos, verificar se o risco da irreversibilidade dos efeitos da tutela pretendida deve ou não impedir a sua concessão, a fim de não neutralizar o preceito contido no caput do artigo 273.

Para uma posição intermediária, somente haverá a irreversibilidade dos efeitos da tutela antecipada se a situação anterior não puder ser compensada pecuniariamente. Isso significa que, se a irreversibilidade tiver somente um caráter pecuniário, econômico, suscetível de estimação em termos de valor, a prestação de caução idônea afastará esse risco e, conseqüentemente, o obstáculo à admissibilidade da antecipação da tutela.

José Carlos Barbosa Moreira também sustenta essa posição, ao considerar que "a irreversibilidade poderia ser substituída por uma garantia cabal de que os efeitos danosos fossem pecuniariamente compensados, sempre no pressuposto de que se trate de matérias que comportem esse tipo de compensação."³⁷

Posição semelhante é adotada por Cândido Rangel Dinamarco, segundo o qual a dificuldade em conciliar o caráter satisfativo da antecipação da

tutela e o requisito da reversibilidade residem no fato de o autor não poder exercer o direito a ele concedido antecipadamente, a ponto de criar situações danosas ao réu. Uma possível solução seria, então, a imposição de medidas assecuratórias que sejam capazes de resguardar adequadamente a esfera de direitos do réu, como por exemplo, a exigência de caução.³⁸

Percebe-se, de acordo com essa posição, que apesar do § 3º do artigo 273 ter excluído a exigência de caução para a concessão da tutela antecipada, nada impede que o juiz a exija, nos casos em que a irreversibilidade é meramente patrimonial, pois ele estaria, na realidade, afastando esse impedimento. O que não se pode admitir é a obrigatoriedade da caução em todos os casos de pedido de antecipação de tutela, porque se assim fosse, estar-se-ia dificultando o acesso a esse novo instituto jurídico, daqueles com menor poder aquisitivo.

Em síntese, o adiantamento da tutela definitiva de mérito tem seu limite demarcado pela questão da possibilidade de retorno ao estado anterior. O juiz não poderá conceder a antecipação dos efeitos da sentença de mérito sem que estivesse limitado ao perigo da irreversibilidade, porque estaria, na prática, eliminando a possibilidade do exercício do contraditório, garantia constitucional intangível. A tutela antecipatória está apoiada no juízo de verossimilhança, no elevado grau de probabilidade do direito invocado na petição inicial. Todavia, não pudesse o contraditório produzir algo de concreto e proveitoso em favor do litigante, nenhuma expressão prática teria o princípio do devido processo legal, visto ficar reduzido a um compromisso meramente formal, sem qualquer repercussão entre as partes litigantes e, para não se eliminar a referida garantia do devido processo legal, é que o legislador impôs a reversibilidade para o deferimento da tutela antecipada.

Frise-se, entretanto, que o perigo de irreversibilidade não pode servir de pretexto para que o juiz não examine o caso concreto e, dentro do dever de fundamentar sua decisão, traduza inteiramente a postura que tomou, até porque o instrumento da denegação não pode ser visto em desprestígio da função jurisdicional.

O juiz deverá realizar o balanceamento dos valores em jogo, avaliar a existência de garantias

constitucionais, e estabelecer a regra de preponderância, sempre dentro dos princípios de razoabilidade e proporcionalidade para depois apreciar o pedido de tutela antecipada, analisando se há perigo de irreversibilidade do provimento a ser deferido. Após ser concedida a antecipação de tutela jurisdicional de mérito, esta decisão deve produzir resultados úteis e práticos, que vão de encontro com os efeitos fáticos da tutela definitiva, podendo-se utilizar para forçar o seu cumprimento a caracterização do crime de desobediência (art. 330 CP), fraude processual (art. 347), coação no curso do processo (art. 344 do CP) e exercício arbitrário das próprias razões (346 do CP).

10. PROCEDIMENTO MONITÓRIO

A lei processual de 1939 e a de 1973 não acolheram esse tipo de procedimento que já havia existido no Direito luso-brasileiro, quando das Ordenações Manuelinas e Filipinas - ação decenária, na qual se assinava o prazo de dez dias, para o devedor cumprir sua obrigação.

O projeto que inseriu a ação monitória começou a transitar no Congresso em 1993 e somente foi aprovado em 1995, através da Lei 9.079 de 14 de Julho de 1995. Na exposição dos motivos constou como objetivo da ação monitória: desburocratizar, agilizar e dar efetividade ao processo civil. Faz parte a ação monitória dos institutos solicitados pelos meios forenses e pelos processualistas na reforma do processo civil brasileiro.

A estrutura da monitória adequa-se perfeitamente à concepção moderna de que o direito a prestação jurisdicional célere e eficaz é corolário do mandamento constitucional que assegura o devido processo legal.

O procedimento monitório é o instrumento para a constituição do título judicial a partir de um pré-título - prova escrita da obrigação do pagamento de quantia certa, entrega de coisa fungível ou determinado bem móvel. Sua maior característica é propiciar ao autor, o mais rápido possível, o título executivo e, com isso, o imediato acesso à execução forçada. Buscou-se abreviar o caminho para a formação do título executivo, contornando o moroso e caro procedimento de conhecimento, onde se buscava uma sentença condenatória, pela qual se constituía o título executivo.

Embora não haja a participação do devedor na formação da decisão liminar em que se consubstancia o mandado de pagamento, não se viola porém, o princípio do contraditório, como, aliás, acontece em todas as decisões "inaudita altera parte". A oportunidade para o contraditório virá posteriormente, quando se possibilitará o oferecimento dos embargos ao mandado.

O referido procedimento traz inúmeras peculiaridades, a primeira delas é a colocação dos artigos em forma de letras e não número, como sempre ocorreu na legislação brasileira; outrossim, deve-se esclarecer que essa posição teve como finalidade não modificar totalmente os números dos artigos posteriores ao 1.102, o que traria grandes transtornos a todos os que manuseiam o Código de Processo Civil Brasileiro.

No direito estrangeiro, conforme assinala Vicente Greco Filho, há dois tipos de procedimento monitório, também conhecido como procedimento de injunção.

Procedimento monitório puro - (presuncional), no qual basta a afirmação do autor para que o juiz determine a expedição de mandado de pagamento ou entrega do bem - esse tipo de procedimento é adotado pelas legislações do Uruguai, Alemanha e Áustria.

Procedimento monitório documental - (prova escrita), no qual se exige para a existência da expedição do mandado, a prova escrita da obrigação. Esse tipo de procedimento é adotado pela França, Bélgica e pela legislação brasileira.

Na Itália, de onde foi tirado o modelo brasileiro, adota-se o procedimento documental, pois o legislador colocou como requisito a prova escrita - art. 634; todavia, há circunstâncias que devem ser analisadas, pois consoante coloca Proto Andrea Pisani³⁹, dependendo da prova escrita, pode-se considerar que o procedimento monitório é presuncional.

A divergência entre o procedimento italiano e o brasileiro está, portanto, no fato de que na legislação peninsular, o legislador previu hipóteses em que não haveria necessidade da prova completa, bastando qualquer elemento apto a presumir o fato alegado, até mesmo declaração de terceiros.

Na legislação brasileira, o legislador impôs três pressupostos de adequação a serem cumpridos pelo autor: existência de prova escrita da obrigação, que esse título não tenha eficácia de título executivo e que se requeira o recebimento de soma em direito, entrega de bem móvel determinado ou coisa fungível. A inexistência de qualquer um deles, acarretaria a carência de ação, pelo não cumprimento de uma das condições da ação - interesse de agir.

11. NATUREZA DO PROCEDIMENTO MONITÓRIO

A cognição praticada na ação monitória é, de início, sumária ou superficial, porque se limita a verificar se a pretensão do autor se apoia na prova escrita de que cogita o artigo 1102, letra "a", do CPC e se a obrigação nela documentada é daquelas a que o mesmo dispositivo legal confere a monitória.

O ato judicial parte de um convencimento liminar e provisório de que o credor, pela prova exibida, é realmente titular do direito subjetivo que lhe assegura a prestação reclamada ao réu. Daí ser possível, desde logo, ordenar-lhe que proceda o pagamento, tal como se faz no despacho da petição inicial da ação de execução por título extrajudicial. Como, todavia não há ainda título executivo, não é possível ainda cominar ao réu a sanção da penhora ou apreensão de bens; o despacho do juiz fica a meio caminho, entre a citação do processo de conhecimento e a citação do processo executivo, que é mais do que aquela, mas é menos do que esta.

A diferença porém, entre o procedimento comum de cognição e o procedimento monitório, está em que o contraditório é instaurado obrigatoriamente pelo autor enquanto, na monitória é de iniciativa do réu opor embargos sendo, por conseguinte, meramente eventual. Se, destarte o réu não se interessar pelo aforamento dos embargos, não se instaurará contraditório algum e, de plano, o credor terá acesso ao processo de execução, por simples decurso de prazo e em consequência da preclusão do direito de embargar a ação monitória.

Os doutrinadores se dividem quanto à natureza do procedimento monitório. Cernelutti, citado por Garbagnati⁴⁰, considera que o procedimento monitório seria um "*tertium genus*"; que se coloca como intermediário entre a cognição e a execução forçada, ou processo sem lide, ou processo

impróprio ou processo de contraditório eventual, resolve-se num puro comando pronunciado com vistas ao processo executivo. Todavia, Garbagnati espousa do entendimento de que o procedimento de injunção é um processo especial de conhecimento, no qual o exercício da forma especial de uma ação ordinária de conhecimento provoca a pronúncia, em forma especial, de um provimento jurisdicional idêntico por natureza, inobstante a sumariedade do conhecimento, aquele pronunciado no exercício da jurisdição declarativa em um processo ordinário de condenação. Essa mesma posição é adotada por estudiosos brasileiros, tais como: Nelson Nery Junior, Sérgio Shimura e Carreira Alvim.⁴¹

Vicente Greco Filho aduz que a natureza jurídica é de execução, porquanto "a ação monitória é um misto de ação executiva em sentido lato e cognição, predominando, porém, a força executiva", pelo que deve ser tratada como processo de execução.⁴²

Perfilho a tese de que a natureza jurídica da ação monitória é ação de conhecimento condenatória, porque há necessidade de o órgão jurisdicional, com segurança, conhecer a lide posta em juízo, visando a obtenção de uma sentença a fim de constituir um título para ser executado. Tais ações, como decorre de sua própria denominação, têm caráter cognitivo, isto é, objetivam-se saber, apurar, verificar a procedência ou improcedência do pedido do autor e de seus fundamentos. É preciso, pois valer-se do princípio do contraditório, ensejando ao réu oportunidade para oferecer sua resistência ao pedido inicial. Diversamente do que ocorre no processo de execução, as partes estão em igualdade de condições, porque não existe vencedor ou vencido. Assim, enquanto o processo de conhecimento é destinado a compor a lide, o processo de execução visa a concretização desse direito definido no título.

Não se confunde também com a tutela antecipada, embora ambas constituam formas de tutela diferenciada, objetivando evitar os males decorrentes da ordinarização do processo. O procedimento monitório é restrito às hipóteses prevista pela lei - quando se requer soma em dinheiro, determinado bem móvel ou entrega de coisa fungível; caracteriza-se pela expedição de mandado "initio litis e inaudita altera parte", enquanto a tutela antecipada pode ser concedida em qualquer ação de

conhecimento, "inaudita altera parte", quando "houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação". Frise-se, ademais, que a monitória deve lastrear-se em "prova escrita" e a tutela antecipada requer "prova inequívoca". Também, deve-se destacar que a revogabilidade e irreversibilidade estão presentes na tutela antecipada e não existem na monitória. Finalmente, assinale-se que a tutela antecipada visa antecipar os efeitos da sentença; enquanto a ação monitória tem como finalidade a expedição de mandado de pagamento ou formação de título executivo.⁴³

12. PROVA ESCRITA

Exige o artigo 1.102 do CPC que a petição inicial seja instruída com prova escrita do direito do autor.

Carreira Alvim, em palestra dada no Congresso de Processo Civil de Brasília, em 1995, assinalou que pela legislação brasileira tanto serve para instruir a ação monitória, a prova pré-constituída, como a casual; outrossim, afastou a possibilidade do começo de prova escrita na ação monitória brasileira, pois não há oportunidade de antes da expedição do mandado de pagamento ou entrega da coisa, que o autor complete a prova através de outros elementos.

João Batista Lopes, em recente parecer publicado no Repertório de Jurisprudência da IOB - (A Prova na Ação Monitória), assinalou que a prova escrita é espécie do gênero prova documental. No caso da ação monitória, o legislador não consentiu que toda e qualquer prova documental pudesse ser utilizada para instruir a ação, mas apenas, a prova consubstanciada em documentos escritos - isto é, aquela que representa literalmente os fatos.

Deve-se, ainda, esclarecer em relação à prova escrita, se ela teria que ser produzida pelo devedor, ou se poderia ser através de ato unilateral do credor ou, ademais, se terceiros poderiam produzir a prova escrita própria para a ação monitória.

A legislação brasileira, seguindo a italiana, não consignou no texto legal que apenas documentos de lavra do devedor seriam passíveis de embasar a ação, como também não exigiu a obrigatoriedade de assinatura do devedor da

obrigação; por conseguinte, inexistindo na lei tal previsão, o intérprete não pode exigir. Entretanto, a norma brasileira, ao contrário da peninsular, não consignou que declarações de terceiro, como por exemplo de servidor público, seriam suficientes para ensejar a expedição do mandado de pagamento, considerando tal documento como prova escrita.

No Brasil, tanto podem ser utilizado para instruir a ação monitória documentos produzidos pelo devedor, que contenham ou não sua assinatura, como também de lavra de terceiros, desde que haja nesses documentos elementos que convençam o juiz do reconhecimento da obrigação para com o autor. Quanto ao documento ser produzido, unilateralmente, pelo credor, isso não é possível, visto a Lei 9.079 ter adotado o procedimento documental; na hipótese do procedimento puro, adotado pela Alemanha, Áustria e Uruguai, isso seria cabível.

A prova escrita é espécie do gênero documental. No caso da ação monitória, o legislador não consentiu que toda e qualquer prova documental pudesse ser utilizada para instruir a ação, mas apenas a prova consubstanciada em documentos escritos - isto é, aquela que representa literalmente os fatos. Com essa posição o legislador afastou completamente a possibilidade de o autor usar como prova, fotografias, fitas de vídeo, fitas fonográficas, antes de produzidas por escrito, como também os documentos obtidos através da informática.

Mesma posição têm: José Rogério Cruz e Tucci, Humberto Theodoro Junior, Sérgio Shimura⁴⁴, como também, alguns doutrinadores italianos - Garbagnati - "il documento che prova fatti da cui giudice può soltanto desumere per presunzione il fatto costitutivo del diritto". Como Mandrioli, observando decisões do judiciário italiano: "é qualsiasi documento che il giudice ritenga meritevole di fede quanto ad autenticità ed efficacia del diritto".⁴⁵

No caso, deve-se examinar o conjunto probatório; mesmo que o documento que reconhece o débito não possua assinatura do devedor, ou seja de lavra de terceiros mas, o conjunto probatório traga elementos idôneos que autorizem ao juiz presumir pela existência da obrigação, o mandado de pagamento ou entrega da coisa deve ser expedido.

O juiz nesse momento fará o juízo de admissibilidade do procedimento monitorio, examinando se os documentos são idôneos e portadores de razoável probabilidade de existência do direito; embora não caiba ao juiz julgar o mérito nessa fase processual, é inegável que de algum poder dispõe o mesmo, nesse momento para avaliar a idoneidade do documento.

Dessa forma, podem ser utilizada como prova escrita - vales, recibos, telegramas, fax; e-mail; cambiais que tenham perdido a executividade pela prescrição ou qualquer outro defeito, os contratos sem testemunhas, guias de internação, requisição de exames laboratoriais, extratos contábeis regulares, etc.

A prova escrita, para que se cumpra a finalidade da lei, não deve se submeter ao rigor da prova do ato jurídico, exigida pelo direito material; deve-se confiar ao juiz uma livre apreciação da prova fornecida com a inicial e, considerando que a lei é recente, com certeza a jurisprudência cumprirá o papel de abalizar, no que consiste a prova escrita requerida pelo legislador.

Em caso de dúvida deste direito, deve optar o julgador pela não aceitação da prova, inviabilizando o procedimento monitorio, notadamente por ser o referido procedimento de cognição sumária, de contraditório eventual, e de perversos efeitos para o réu, suposto devedor que não comparece ao feito para se defender.

13. NATUREZA DOS EMBARGOS AO MANDADO

É grande a discussão sobre a natureza dos embargos ao mandado; para alguns seria defesa e para outros ação incidental. A polêmica deve ser aclarada pela doutrina e pela jurisprudência, pois há inúmeras consequências em decorrência de se adotar uma ou outra posição.

Os embargos poderiam ser considerados ação própria ou contestação?

Inúmeros e prestigiados são os doutrinadores que esposam do entendimento de que se trata de defesa, ou seja contestação: José Eduardo Carreira Alvim⁴⁶, Nelson Nery Junior⁴⁷, Willis Santiago Guerra⁴⁸. Entretanto, a posição dominante é que se trata de ação incidental, retratada por José Rogério Cruz e Tucci⁴⁹, João Batista Lopes⁵⁰, Humberto

Theodoro Junior⁵¹ dentre outros. Perfilho dessa última corrente. A demonstração de que se trata de ação incidental está na própria lei; a intenção do legislador não foi de considerar os embargos como defesa, primeiro pela denominação utilizada - embargos; também, o fato de ter consignado de que os embargos tramitariam nos próprios autos e seguiriam o rito ordinário; ora, se fosse defesa, não haveria necessidade do legislador consignar que os embargos correriam nos próprios autos, pois toda defesa tramita dessa forma; em identidade, o fato de ter disposto sobre o rito ordinário para os embargos; se fosse defesa, não haveria necessidade de tal disposição.

Ademais, deve-se acrescentar que a expedição do mandado de citação na monitoria não chama o réu para se defender; neste mandado consta que o réu deverá pagar quantia certa, entregar bem móvel determinado ou coisa fungível. Outro ponto merece ser destacado, é que a não oposição dos embargos ao mandado leva à constituição de um título executivo e não a revelia; o efeito de um e outro também deve ser destacado - com a oposição dos embargos na monitoria há a suspensão da eficácia do mandado inicial de pagamento, a contestação não possui esse efeito.

Outro assunto polêmico consiste na análise se os embargos ao mandado de pagamento ou entrega de bem na monitoria possuem identidade com os embargos à execução. A doutrina tem reiteradamente divulgado sua posição, a qual não identifica similitudes; ao contrário, as divergências são significativas: os embargos do devedor são meio de defesa do devedor, com natureza jurídica de uma ação incidente que tem por objeto desconstituir um título executivo ou declarar sua nulidade ou inexistência. Desse modo, os embargos do devedor só serão cabíveis se houver processo de execução.

Porém, na ação monitoria não estamos diante do processo de execução, vez que ainda não temos título executivo, como exige o artigo 583 do CPC; ao reverso, busca-se com esse procedimento o título executivo; evidencie-se, ademais, que para oposição dos embargos ao mandado, independem de prévia segurança do juízo, consoante pressupõe o Código de Processo Civil no artigo 737, para os embargos do devedor. Frise-se, ainda, a ausência de autuação

em apenso dos embargos à monitoria, ao contrário dos embargos à execução que são autuados e tramitam em apenso à execução. Quanto ao prazo para oposição dos embargos também há divergência; na monitoria é de 15 dias, na execução de dez dias. Outra diferença que pode ser apontada é a condição "sine qua non" do aperfeiçoamento da penhora para a interposição dos embargos à execução; na monitoria, o Juízo não necessita ser seguro.

14. OUTROS PONTOS POLÊMICOS

Assim, subsistem dúvidas a respeito da natureza jurídica do provimento judicial que defere a expedição do mandado de pagamento ou de entrega, ou seja, se configura ele uma decisão ou é simples despacho e, como tal, dispensado de fundamentação mesmo concisa.

Se esse provimento, ausentes os embargos ao mandado, reveste-se da imutabilidade inerente à coisa julgada material. Se os embargos consubstanciadores da defesa do réu são uma contestação ou uma ação direcionada à desconstituição do provimento judicial, que deferiu a expedição do mandado de pagamento ou de entrega. Se há embargos à execução e se estes têm seu objeto restrito ao elenco do art. 741 do CPC ou se, ao revés, seus lindes são aqueles do art. 745 do mesmo Código.

Se a apelação interposta da sentença que rejeitar os embargos tem efeito suspensivo ou meramente devolutivo. Se a estrutura do procedimento monitorio é análoga àquela dos procedimentos das ações executivas lato sensu, dispensando a citação do réu após a convolação do mandado de pagamento ou de entrega em título executivo judicial.

Se os embargos ao mandado, que fluem sob o rito ordinário, comportam reconvenção, declaratória incidental, intervenção de terceiros. Se o monitorio é admissível nas ações aforadas em face da Fazenda Pública ou de incapazes. Se todas as formas de citação são admissíveis nesse tipo de procedimento.

Esse sintético elenco meramente exemplificativo e não exaustivo de questões suscitadas pelos intérpretes da Lei 9.079/95 e resultantes também do necessário engaste da inovação nela consubstan-

ciada no sistema do Código de Processo Civil vigente, demonstra que, ao inserir-se o monitorio na estrutura desse Código, importou-se não apenas e ainda que em parte o modelo italiano do procedimento de injunção ali vigente, como ainda boa parte da problemática que remanesce na doutrina peninsular a despeito das décadas de utilização desse instrumento processual naquele país.

Com certeza, a presença do risco, decorrente da permanência de questões não definitivamente resolvidas pela doutrina e pela jurisprudência relativamente ao procedimento monitorio, só trará prejuízos a todos; dessa forma, os estudiosos devem analisar com cautela o referido procedimento, na busca de soluções talvez mais convenientes para a efetividade da tutela jurisdicional, objetivo principal das reformas impostas ao Código de Processo Civil.

15. TUTELA SUMARIA

O novo texto do artigo 461 do CPC, conhecido como tutela específica, inserido pela Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, é cópia do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor. O que era uma disposição de início voltada à efetivação de obrigações inerentes às relações de consumo passa a disciplinar amplamente a tutela das obrigações específicas. Outrossim, essa idéia mestra já havia sido colocada, sem êxito, no primeiro anteprojeto de modificação do Código de Processo Civil de 1985, elaborado por Luiz Antônio de Andrade, José Joaquim Calmon de Passos, Kazuo Watanabe e outros.⁵²

O processo somente obtém êxito integral em sua finalidade, como instrumento que é para a realização de direitos, quando for capaz de gerar resultados idênticos aos que decorreriam do cumprimento natural e espontâneo das normas jurídicas. Quando se propicia judicialmente, ao titular do direito, a obtenção de tudo aquilo e exatamente daquilo que pretendia, há a prestação de tutela jurisdicional específica.⁵³

As tutelas das obrigações de fazer e de não fazer, como previstas no Código antes da modificação da nova lei, apresentavam-se longe do modelo ideal, visto que era do conhecimento de todos, a inexistência de meios eficientes de prestar a tutela em relação ao comportamento omissivo ou comissivo do obrigado. No sistema anterior, a

alternativa que se oferecia ao credor pela impossibilidade de o réu cumprir sua obrigação era converter tal prestação em sucedâneo pecuniário de perdas e danos.

A falta de mecanismos adequados para obter a tutela específica ensejava a utilização indiscriminada da ação cautelar inominada, o que estava equivocado, visto a cautelar não poder antecipar os efeitos próprios da sentença do processo principal.

A tutela específica disposta no artigo 461 "...abrange todas as obrigações de fazer ou de não fazer, sem distinção, quanto àquelas, entre fungíveis e infungíveis (personalíssimas). Sabe-se que a resistência do obrigado é fonte de maiores dificuldades para o credor quando só por aquele a obrigação pode ser cumprida, mas tanto aí quanto nas obrigações de fazer fungíveis é lícito esperar pelo resultado final que é objeto da obrigação e só em caso de absoluta impossibilidade é que se dá a conversão em pecúnia. Daí o empenho do legislador pela satisfação em espécie, independentemente de qualquer distinção. Os meios de pressão psicológica (multas) e as medidas de apoio têm cabimento qualquer que seja a obrigação de fazer ou não fazer. Sendo personalíssima a obrigação e resistindo invencivelmente o obrigado, tem-se aí um caso de impossibilidade e por isso desencadeia-se a conversão".⁵⁴

Entende, Ovídio Baptista da Silva, que o preceito do artigo 461 agasalha tanto medidas executivas como mandamentais. Consigna o nobre professor gaúcho que: "Como se lê no § 3º do art. 461, o juiz poderá "conceder a tutela liminarmente", o que afasta, definitivamente, a suposição de que a demanda fosse apenas condenatória, pois, como se sabe, nestas ações, jamais o magistrado poderia antecipar execução, que é eficácia inteiramente ausente da demandade conhecimento condenatória". E mais adiante: "Fica assim demonstrado que as ações do art. 461 contêm simultaneamente conhecimento e execução. Mas poderá igualmente ocorrer que o resultado prático equivalente ao do inadimplemento não possa ser obtido através do ato executivo, por tratar-se de pretensão a um fazer infungível - o que é comum nas obrigações de não fazer consistentes em prestações infungíveis - hipóteses em que a sentença haverá de assumir natureza mandamental. Assim como o juiz poderá,

executivamente, na mesma relação processual, determinar o "desfazimento de obras" porventura construídas contra direito, poderá igualmente "impedir" a atividade nociva porventura praticada pelo demandado (§ 5º), proibindo-lhe, sob pena de desobediência, a prática do ato ou o comportamento proibido".⁵⁵

No artigo 461 do CPC o legislador conjugou o provimento mandamental e executivo lato sensu, para conferir a maior efetividade possível à tutela das obrigações de fazer e não fazer. Os dois provimentos possuem como ponto em comum a possibilidade da efetivação do cumprimento da ordem dentro do próprio processo, não sendo necessário a propositura de nova medida para se executar a sentença. Como ponto divergente entre elas temos que nas sentenças mandamentais, a ordem para cumprimento é dada para a própria parte, sob pena de medidas coercitivas, se não atendida; outrossim, nas executivas lato sensu, não se veiculam ordens propriamente ao réu, mas sim, o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, será efetuada por meio sub-rogatórios, isto é, por agentes do Estado ou até por particulares.

A finalidade do artigo 461 é permitir ao autor obter a tutela específica ou o resultado equivalente ao do adimplemento. É por isso que o artigo afirma que a obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. A multa diária, prevista no § 4º do artigo 461, constitui poderoso meio coercitivo e deve-se lembrar, que a referida multa poderá ser aplicada mesmo que o autor não a tenha requerido e em montante suficiente para pressionar o réu ao adimplemento. Ademais, para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, além da multa, determinar outras medidas necessárias, que podem decorrer tanto do pedido da parte, como de ofício: busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial, tal como dispõe § 5º do 461. Frise-se que os exemplos de medidas coercitivas são apenas exemplificativos, podendo, dessa forma, o juiz determinar outras medidas necessárias para que haja o cumprimento da decisão.

Muito se discute se seria possível a decretação da prisão para forçar o cumprimento da tutela deferida. Luiz Guilherme Marinoni entende que é possível, quando não há outro meio para a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente e, esclarece que essa sanção não pode ser confundida com a penal, visto tratar-se de privação de liberdade com o ensejo de forçar o obrigado ao adimplemento, já que o Estado não pode ser indiferente à efetividade da tutela jurisdicional.⁵⁶ Eduardo Talamini nega a possibilidade da prisão como meio coercitivo e embasa sua posição no artigo 5º, LXVII da CF que só abre exceção para a prisão civil em dois casos: inadimplemento de obrigação alimentícia e depositário infiel.⁵⁷ Ovídio Baptista segue a mesma orientação de Talamini, indo contra o entendimento de Pontes de Miranda, para quem a prisão seria possível, pois a Carta Magna refere-se apenas à "prisão por dívidas" e, no caso, a prisão decorreria do crime de desobediência pelo não cumprimento da ordem judicial.⁵⁸ Entendo que o juiz deve buscar todos os instrumentos possíveis para que o provimento seja cumprido; outrossim, a pena de prisão não pode ser efetivada pela proibição constitucional.

Com efeito, essa nova tutela confere maior elasticidade ao processo, principalmente ao provimento nele reclamado, permitindo que o juiz, em cada caso concreto, através da faculdade prevista na norma legal, proceda ao adequado equilíbrio entre o direito e a execução respectiva, procurando fazer com que isso ocorra de forma compatível e proporcional à peculiaridade de cada caso.

16. CONCLUSÃO

Após essa exposição conclui-se que temos que abandonar o mito liberal do processo como garantia de formas, indiferente à realidade social no qual opera. A doutrina e a jurisprudência não podem ser coniventes com a prática forense que mostra, dia após dia, que o réu obtém vantagens imorais com aquilo que imagina ser o seu direito de defesa.

Deve-se questionar se a ampla defesa não está sendo utilizada como dogma para garantir os direitos do réu, e ao mesmo tempo, pode estar retirando muita coisa do autor. A lentidão da justiça

pela ordinarização do processo, com fundamento de que no processo ordinário o juiz nunca erra, deve ser afastada e isso é possível através das tutelas diferenciadas, as quais dentro da técnica de sumarização devem ser vistas como remédio contra a inefetividade do processo.

A falta de sensibilidade para a necessidade de adequação do processo ao direito material conduziu à universalização do procedimento ordinário e acreditava-se que ele teria aptidão para propiciar a tutela adequada às diversas situações de direito substancial; todavia, com o passar do tempo constatou-se a ineficiência desse tipo de procedimento e de lá para cá, os processualistas buscam incessantemente novos meios a obter-se rapidamente as sentenças, de forma capaz de tornar efetivo o direito material.

Como por diversos modos o tempo pode conduzir à frustração dos direitos das pessoas que buscam tutela através do processo, variados são também os instrumentos que ao longo dos séculos se excogitaram para neutralizar esses efeitos perversos. Há direitos que sucumbem de modo definitivo e irremediável quando a tutela demora, mas há também situações em que, mesmo não desaparecendo por completo a utilidade das medidas judiciais, a espera pela satisfação é fator de insuportável desgaste, em razão da permanência das angústias e incertezas.

A recente Reforma do Código de Processo Civil, através de uma série de leis que a compõem, insere-se no conhecido movimento mundial em prol da efetividade dos direitos através do processo e precisamente, na terceira onda renovatória que caracteriza esse movimento. A Reforma investiu muito no valor tempo e na luta contra as demoras excessivas. Inclui-se entre seus objetivos declarados a desburocratização da Justiça mediante disposições que, reduzindo a distância temporal entre o início do processo e a oferta efetiva de tutela jurisdicional, favoreça o cumprimento integral da promessa dessa tutela a quem tiver razão e na medida da razão que tiver. Outrossim, não se atingirão os escopos preestabelecidos se não houver a cooperação inteligente de advogados e juízes. Não há reforma que produza resultados enquanto uns e outros se mantiverem apegados aos fantasmas da legislação já ultrapassada, insistindo em técnicas reconhe-

cidamente falidas e, que a lei nova pretendeu afastar da ordem jurídico-processual positiva.

BIBLIOGRAFIA

- ARMELIN. Donaldo, Tutela jurisdicional diferenciada. Revista de processo 65;
- BEDAQUE. José Roberto dos Santos, Direito e processo. 2º ed. São Paulo: Malheiros. 1998;
- _____, Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros. 1998;
- BERMUDES. Sérgio, A reforma do código de processo civil. 2º ed. São Paulo: Saraiva. 1996;
- CAPELLETTI. Mauro, Os métodos alternativos de solução de conflitos do quadro do movimento universal do acesso à justiça. Revista de processo 74;
- CARREIRA ALVIM, José Eduardo, Ação monitoria e temas polêmicos da reforma processual. 2º ed. Del Rey. 1997;
- CRUZ E TUCCI. José Rogério, Ação monitoria. São Paulo: RT. 1995;
- _____, Tempo e processo. São Paulo: RT. 1997;
- DINAMARCO. Cândido Rangel, A instrumentalidade do processo. 5º ed. São Paulo. Malheiros. 1996;
- _____, A reforma do código de processo civil. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 1996 .
- _____, Tutela jurisdicional. Revista de processo 81;
- FRIEDE. Reis, Liminares em tutela cautelar e tutela antecipatória. 2º ed. Rio de Janeiro: 1997;
- GARBAGNATI. Edoardo, Il procedimento dingiunzione. Milano: Giuffré. 1991;
- GRECO FILHO. Vicente, Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e a ação monitoria. São Paulo: Saraiva. 1996;
- GUERRA. Willis Santiago, Aspectos da ação monitoria. Revista de processo 81;
- LOPES. João Batista, Aspectos da ação monitoria. Revista dos Tribunais 732;
- _____, Depois da reforma. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Genesis. Nº 1, 1996;
- MACHADO. Antonio Cláudio da Costa, Código de processo civil interpretado. São Paulo: Saraiva. 1993;
- MARINONI. Luiz Guilherme. Tutela cautelar e tutela antecipatória. São Paulo: RT. 1992;
- _____, Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença. São Paulo: RT. 1997;
- _____, A reforma do CPC e a efetividade do processo. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Genesis, nº 1, 1996;
- MOREIRA. José Carlos Barbosa, Tendências contemporâneas do direito processual civil. Revista de processo 31;
- _____, A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do CPC. Revista de processo 81;
- NERY JUNIOR, Nelson, CPC comentado. São Paulo: RT, 1997;
- PISANI, Andrea Proto, Appunti sulla giustizia civile. Bari: Caccuri Editore. 1982;
- _____, La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano. Revista de processo 90;
- SANTUCCI. Pedro José, A natureza dos embargos ao mandado na ação monitoria. Revista da Faculdade de Direito de Pinhal, nº 1;
- SHIMURA, Sérgio, Ação monitoria. Revista de processo civil 88;
- SILVA. Ovídio A Baptista, Curso de processo civil. Vol. III. 4º ed. São Paulo: RT. 1998;
- TALAMINI. Eduardo, Tutelas mandamentais e executiva lato sensu e a antecipação da tutela ex vi do art. 461, § 3º, do CPC, in Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. coord. Wambier. Tereza Arruda Alvim, São Paulo: RT. 1997;
- TEIXEIRA. Sálvio de Figueiredo, A efetividade do processo e a reforma processual. Revista de processo 78;
- THEODORO JUNIOR, Humberto, Curso de direito processual civil. Vol. III. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1996;
- ZAVASCHI, Teori Albino, Antecipação da tutela. São Paulo: Saraiva. 1997;
- _____, Antecipação da tutela e obrigações de fazer e não fazer. Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. Coord. Wambier. Tereza Arruda Alvim, São Paulo: RT., 1997.

NOTAS

- (1) DINAMARCO. Cândido Rangel, A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros. 1996 5. ed. p. 11.
- (2) ZAVASCHI. Teori Albino, Antecipação da tutela, São Paulo: Saraiva. 1997. p. 5.
- (3) BEDAQUE. José Roberto dos Santos, Direito e processo, São Paulo: Malheiros. 2. ed, 1998. p. 68.

- (4) BEDAQUE, cf. obra cit. p. 68, transcrevendo a lição de Moreira Alves: "Para o processualista, ação será um instrumento dessa tutela, que se estuda, mas sem perder a noção de que é um instrumento. Não tem sentido considerar-se que o processo seja um fim, quando o processo, na realidade, é um meio. Nem por isso fica diminuído. De nada adianta um poder, sem um meio pelo qual esse poder se exerce, realmente, em sua plenitude. E de nada adianta a lei atribuir abstratamente poderes, sem que seja possível ao próprio Estado ensinar a atuação concretamente".
- (5) ZAVASCKI. ob. cit. p. 16.
- (6) DINAMARCO. Cândido Rangel, Tutela jurisdicional, Repro 81, p. 63 e 64.
- (7) BEDAQUE. José Roberto dos Santos, Direito e processo. São Paulo: Malheiros, 2. ed., 1998. p. 44 e 45.
- (8) BEDAQUE, ob. cit. p. 50.
- (9) DINAMARCO. Cândido Rangel, A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros. 5 ed. 1996. p. 317.
- (10) CRUZ E TUCCI. José Rogério, Tempo e processo. São Paulo: RT. 1997. p. 119.
- (11) CRUZ E TUCCI. cf. obra cit. p. 120.
- (12) TEIXEIRA. Salvo de Figueiredo, A efetividade do processo e a reforma processual, Repro 78. p. 89.
- (13) MOREIRA. José Carlos Barbosa, Tendências contemporâneas do direito processual civil. Repro 31. p. 200.
- (14) MARINONI. Luiz Guilherme, Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença. São Paulo: RT., 1997, p. 17.
- (15) SILVA. Ovidio A Baptista da, Curso de processo civil. São Paulo: RT, 4 ed., 1998, p. 87.
- (16) DINAMARCO, ob. cit., A instrumentalidade, p. 149.
- (17) DINAMARCO, idem, p. 320.
- (18) LOPES. João Batista, Aspectos da ação monitória. RT 732. p. 68.
- (19) MARINONI. Luiz Guilherme, A reforma do CPC e a efetividade do processo. Revista de Direito Processual Civil, Curitiba: Ed. Genesis, nº 1, 1996. p. 86.
- (20) PISANI. Andrea Proto, Appunti sulla giustizia civile. Bari: Caccuri Editore. 1982. p. 215.
- (21) MACHADO. Antônio Cláudio da Costa, Código de processo civil interpretado. São Paulo: Saraiva. 1993. p. 833.
- (22) ARMELIN. Donaldo, Tutela jurisdicional diferenciada. Repro 65. p. 103.
- (23) BEDAQUE. José Roberto dos Santos, Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros. 1998. p. 105. e 106.
- (24) BEDAQUE, idem p. 112.
- (25) CAPELLETTI. Mauro, Os métodos alternativos de solução de conflitos do quadro do movimento universal do acesso à Justiça. Repro 74. p. 97.
- (26) ARMELIN, cf. obra cit. Repro 65. p. 45.
- (27) DINAMARCO. Cândido Rangel, A reforma do código de processo civil. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 1996. p. 140.
- (28) LOPES. João Batista, Depois da reforma. Revista de Direito Processo Civil. Curitiba: Genesis. nº 1, p. 45.
- (29) DINAMARCO. obra acima citada p. 143.
- (30) MARINONI. Luiz Guilherme, Tutela cautelar e tutela antecipatória. São Paulo: RT. 1992. p. 23.
- (31) BERMUDEZ. Sérgio, A reforma do código de processo civil. 2ª ed., São Paulo: Saraiva. 1996. p. 30.
- (32) FRIEDE. Reis, Liminares em tutela cautelar e tutela antecipatória. 2ª ed. Rio de Janeiro: 1997. p. 56.
- (33) MARINONI. Luiz Guilherme, Tutela antecipatória..., São Paulo: RT. 1997. p. 200.
- (34) SILVA. Ovidio A Baptista da, Curso de processo civil. Vol. III. 4ª ed. São Paulo: RT., 1998, p. 108.
- (35) idem. p. 109.
- (36) DINAMARCO. Cândido Rangel, A reforma do código de processo civil. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 1996. p. 144.
- (37) MOREIRA. José Carlos Barbosa, A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do CPC. Repro 81. p. 205.
- (38) Dinamarco, obra anteriormente citada, p. 147.
- (39) PISANI. Andrea Proto, La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano. Repro 90, p. 28. "Il nostro legislatore ha previsto ipotesi in cui la domanda è fondata su fatti provati documentalmente (art. 633, nº 1) e ipotesi in cui la domanda è fondata su fatti meramente affermati dall'attore (art. 633, nº 2 e 3, 635, 636, ma vedi anche l'art. 634, 2º comma) e le ha assoggettate ad un unico schema procedurale".
- (40) GARBAGNATI, Edoardo. Il procedimento dingiunzione. Milano: Giuffrè. 1991.
- (41) Nelson Nery Jr., CPC comentado, p. 1282; Carreira Alvim, Ação monitória e temas polêmicos da reforma processual, 2ª ed., Del Rey, p. 31 e Sérgio Shimura. Repro 88, p. 60.
- (42) GRECO FILHO. Vicente, Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e à ação monitória. São Paulo: Saraiva. 1996. p. 49.
- (43) SANTUCCI. Pedro José, A natureza dos embargos ao mandado na ação monitória. Revista da Faculdade de Direito de Pinhal, nº 1, p. 103. e 104.
- (44) CRUZ E TUCCI. José Rogério. Ação monitória. São Paulo: RT, 1995, p. 67. THEODORO JÚNIOR. Humberto, Curso de direito processual civil. Vol. III. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1996. p. 380 e SHIMURA. Sérgio. Sobre a ação monitória. Repro 88, p. 61 e 62.
- (45) Apud Humberto Theodoro Júnior, ob. cit., p. 381.
- (46) CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Ação monitória e temas polêmicos da reforma processual, p. 48." por isso a defesa se faz através de embargos (art. 1.102 c) os quais, se bem que não tenham a natureza de uma ação incidente (como nos embargos do, devedor), objetivam, a um só tempo, suspender a eficácia do mandado inicial e obter uma sentença de mérito de sua revogação (desconstituição)".
- (47) NERY. Nelson, CPC comentado. P. 1.285. "têm características de defesa, de oposição à pretensão monitória, não se confundindo com os embargos do devedor, somente cabíveis no processo de execução stricto sensus.
- (48) GUERRA. Willis Santiago. "De qualquer forma, penso que a orientação predominante na doutrina italiana no sentido de que os embargos, equivalem à contestação no procedimento ordinário, seguramente é a que deve inspirar a doutrina e jurisprudência nacionais". Repro 81, p. 51.
- (49) CRUZ E TUCCI. José Rogério. "Não há dúvidas de que os "embargos ao mandado", à luz do disposto no art. 1102c, correspondem a uma "ação incidental sui generis". Ação Monitória, São Paulo: RT. p. 91.
- (50) LOPES. João Batista, "Em verdade, não se cuida de mera defesa (contestação) o nem de ação incidental que objetiva atacar a execução, mas de "ação incidental com características próprias" cujo oferecimento independe da segurança do juízo". RT 732/81.
- (51) THEODORO JUNIOR. Humberto, "A defesa do demandado na ação monitória é feita por meio de embargos. Não se fala em contestação porque o mandado de citação não o convida a defender-se". Ob. acima cit. p. 382.
- (52) FRIEDE. Reis, Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 1996. p. 179.

- ⁽⁵³⁾ ZAVASCKI, Teori Albino, Antecipação da tutela e obrigações de fazer e não fazer. In Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. Coord. Wambier. Tereza Arruda Alvim, São Paulo: RT. 1997. p. 462.
- ⁽⁵⁴⁾ DINAMARCO, Cândido Rangel, A reforma do CPC. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 1995. p. 150.
- ⁽⁵⁵⁾ SILVA, Ovídio A Baptista da, Curso de processo civil. Vol. I. 4ª ed., São Paulo: RT. 1997; p. 152.
- ⁽⁵⁶⁾ MARINONI, Luiz Guilherme, A reforma do CPC e a efetividade do processo. Revista de direito processual civil. Curitiba: Gênese, nº 1, p. 92.
- ⁽⁵⁷⁾ TALAMINI, Eduardo. Tutelas mandamental e executiva lato sensu e a antecipação de tutela ex vi do art. 461 § 3º do CPC, in Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, cond. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, São Paulo. RT.. 1997. p. 163.
- ⁽⁵⁸⁾ Cit, in ob. TALAMINI, p. 164.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ARBITRAGEM E SUA CONSTITUCIONALIDADE:

Elizabeth Cristina Campos Martins de FREITAS*

SUMÁRIO

Introdução. 1. Conceito e Breve histórico. 2. Vantagens da Arbitragem. 3. Natureza Jurídica da arbitragem. 4. Procedimento arbitral 5. Análise acerca da Constitucionalidade da arbitragem. Conclusão.

A necessidade de reforma de nosso sistema de justiça tem suscitado inúmeros debates não só entre operadores do Direito, mas na sociedade brasileira como um todo.

Da inadequação de nosso sistema judiciário, decorre a ineficácia social da prestação jurisdicional. Hodiernamente, o que se discute não é a independência e autonomia do processo; a preocupação maior atualmente é com a efetividade do processo, se ela existe no sentido de proporcionar de forma ampla o direito substancial. A preocupação em garantir a quem tem um direito tudo o que esse direito pode proporcionar não é atual e já fora defendida com ênfase pelo grande Chiovenda.

Questionamentos a respeito da efetividade do processo, a necessidade de ele ser apto para eliminar insatisfações e fazer com que o Direito seja cumprido ensejaram reflexões e propostas de mudança na prestação da tutela jurisdicional. O objetivo visado é adequar a própria prestação da tutela jurisdicional e seus instrumentos às necessidades contemporâneas. A adequada proteção jurídica, entendida como sendo um dos direitos inalienáveis do ser humano, implica um processo adequado e justo que garanta tutela efetiva ao titular do interesse juridicamente protegido.

O escopo primordial do processo é a tutela concreta dos direitos. Em decorrência da quantidade enorme de litígios e o congestionamento da

atividade jurisdicional, os estudiosos do Direito têm procurado meios alternativos de solução de conflitos, entre os quais se destaca a arbitragem.

1. Conceito e Breve histórico do Instituto:

A arbitragem é considerada como uma das formas mais antigas de resolver conflitos civilizadamente, podendo ser até mesmo o precedente da criação dos órgãos judiciários permanentes.

O instituto da arbitragem pode ser definido como uma alternativa para resolução de litígios civis, atuais ou futuros, a respeito de direitos patrimoniais disponíveis, por meio de árbitro ou árbitros privados, espontaneamente selecionados pelas partes. As decisões prolatadas por esses árbitros têm capacidade para produzir os mesmos efeitos jurídicos das sentenças proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário.

Após a consolidação do sistema judiciário para administrar a justiça, houve uma diminuição da utilização da arbitragem como forma de compor controvérsias entre pessoas.

Hodiernamente, presencia-se o ressurgimento da arbitragem como um dos meios alternativos de solução de litígios buscados para ao menos minimizar a problemática resultante da grande quantidade de litígios e do congestionamento da atividade jurisdicional marcada pela morosidade e

(*) Mestranda em Direito Processual Civil pela PUC-Campinas.

formalismo exagerado. Não é suficiente a previsão de normas abstratas e de situações de vantagem pelo legislador, no plano substancial, sem que sejam fornecidos aos jurisdicionados instrumentos adequados e idôneos para realizá-las na prática. Se apenas houver previsão legal, sem mecanismos aptos a concretizá-las, o ordenamento jurídico apresentado será incompleto. Para ser efetivo, um ordenamento jurídico deve além de prever, garantir a efetiva tutela dos direitos. A teoria e a prática devem constituir um conjunto harmônico. Afinal, há entre elas relação de dependência intrínseca.

A urgência em estudar e encontrar alternativas aptas a melhor satisfazer as demandas decorrentes da complexidade crescente de uma realidade sócio-política-econômica em profunda transformação, fez com que a arbitragem fosse estudada com maior apuro.

O legislador brasileiro, frente às notórias deficiências do aparelho judiciário e à hegemonia da ideologia liberal, que incita o recurso ao regime do mercado como mecanismo de regulação das ações sociais, até mesmo dos conflitos, buscou solucionar toda essa problemática. Diante dessa realidade, e analisando a grande importância da arbitragem em outros países, o legislador pátrio optou por editar a Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996 (LA), introduzindo em nosso ordenamento o instituto de que se cuida.

As reformas legislativas e a reformulação da arbitragem devem ser entendidas partindo-se do contexto sócio-político-econômico e ideológico do qual afloraram. A realidade da sociedade exigiu mudanças e obteve respostas, que se não são capazes de resolver toda essa problemática jurídica, ao menos servem para minorá-la e como um primeiro passo para atingir o maior escopo que é o do acesso à justiça efetivo.

Atualmente, o pensamento liberal ou neoliberal é o que prevalece. Seu retorno decorre diretamente da crise do Estado Social (welfare state). A solução estaria na eliminação da intervenção Estatal no que concerne à liberdade dos indivíduos, na medida em que consiste em um sistema da livre iniciativa individual o que possibilita mobilizar, da melhor forma possível, as informações, conhecimentos e competências necessários para regular a vida em sociedade.

A arbitragem poderia ser entendida como sendo inspirada pela ideologia liberal, na medida em que é estruturada na liberdade dos indivíduos. Nela, estão inseridos dois contratos que são expressão de livre arbítrio. O primeiro contrato é feito pelas partes conflitantes quando da escolha do instituto da arbitragem como meio alternativo de solução do conflito. Já o segundo contrato ocorre entre os litigantes e o árbitro escolhido para que este se obrigue a compor o litígio em nome e por mandado das partes.

A liberdade das partes é fator preponderante na arbitragem. São elas quem escolhem a arbitragem como forma de solucionar o conflito, o árbitro e o conteúdo dos contratos. Dessa forma, são as partes que escolhem os pontos principais da arbitragem como: o que deve ser decidido pelo árbitro (nem sempre há vontade das partes em que todas as questões que estruturam o conflito sejam examinadas), qual deve ser o procedimento pelo qual o árbitro deverá se pautar, qual será o critério de julgamento que deverá nortear a decisão, seja fundamentado no direito geral, em determinado setor do direito, nos costumes, nos princípios gerais do direito, na equidade, nas regras de comércio internacional, entre outras.

Enquanto quase tudo na arbitragem é regulado pelo exercício da liberdade individual, no sistema judiciário é a lei que tudo regula.

A arbitragem é uma resposta liberal, dada no afã de se contornar essa grave crise do Judiciário, que infelizmente presenciamos.

A questão que se levanta é se a arbitragem é capaz de atender às exigências éticas, intrínsecas em um sistema de solução de conflitos sociais. Para os liberais, a arbitragem é um procedimento justo pela premissa de ser um contrato onde há como já afirmado anteriormente, liberdade no consentimento das partes, o que o tornaria moralmente legítimo.

Não obstante a explicação liberalista ter lógica, algumas críticas devem ser levantadas para melhor entendimento do tema. O conceito de liberdade liberalista é abstrato, não sendo feita a devida correlação entre essa teoria e suas consequências na realidade social na qual será aplicado. Dessa forma, não parte do princípio de que vivemos em uma sociedade onde as diferenças sócio-econômicas são traços marcantes que não

podem de forma alguma ser ignorados. As relações de poder que posicionam socialmente as pessoas de forma desigual acabam por limitar a liberdade das mesmas. A liberdade apregoada pelo pensamento liberal é dessa forma, em grande parte utópica, as partes na realidade não estão em igualdade de condições para imporem seus direitos, interesses na relação contratual. Essa foi a crítica marxista ao pensamento liberal, que resumindo, levanta a tese de que os liberais mascaram a realidade da desigualdade social fazendo prevalecer o "status quo" dos economicamente mais privilegiados. Mesmo havendo a previsão de direitos e liberdades, se as mesmas não são efetivas, se a necessidade de sobrevivência é a prioridade entre os economicamente mais fracos, eles acabarão por ser impedidos de reclamar sua prerrogativas. O melhor caminho seria o da busca de uma política mais igualitária que possibilitasse uma melhor distribuição de riquezas.

Diante de toda essa realidade, que não pode ser desconsiderada na labuta incessante pelo acesso à Justiça, no estudo da arbitragem ela deve ser tomada como ponto de partida para refletirmos no anseio de encontrarmos a solução mais acertada. Deve haver inseridos no instituto da arbitragem mecanismos que garantam um mínimo de equilíbrio entre as partes para que na "praxis", elas possam participar na formação dos contratos de que deriva a escolha da arbitragem como meio apto de solucionar conflitos. Apenas com essa cautela é possível referir-se à arbitragem como sendo verdadeira expressão da liberdade das partes, o que legitimaria o acordo de vontades como legítimo.

Em países onde as diferenças sociais não são tão gritantes, há possibilidade de a arbitragem desenvolver-se com maior legitimidade. Entretanto, no Brasil, como é notório, as desigualdades sócio-político-econômicas são enormes. Sendo assim, para podermos contar com a arbitragem como uma das saídas para a crise do Judiciário que abala toda a sociedade, e para que ela não seja instrumento de manutenção do "status quo" é necessário tomarmos importantes precauções. Para alcançarmos tal objetivo, a Lei de Arbitragem precisa ser aperfeiçoada, para ser instrumento da mais lúdima Justiça e para que sua constitucionalidade não seja atacada no que diz respeito ao artigo terceiro e seus incisos da Magna Carta. Esse artigo refere-se à atribuição

que é dada ao direito de promover a transformação da sociedade, conforme os valores da Justiça, igualdade e solidariedade e não contribuir para a perpetuação da exploração dos menos favorecidos economicamente.

2. Vantagens da Arbitragem:

No intuito de contribuir para solucionar a problemática do Judiciário, a arbitragem apresenta uma série de vantagens em relação ao Judiciário salientadas pela melhor doutrina como na obra *A Lei De Arbitragem*, de José de Albuquerque Rocha, página 23, que merecem ser apreciadas. Se compreendi corretamente a lição do autor, as vantagens são:

1) Rapidez, que, "data venia", não é absoluta, já que os árbitros também necessitam de determinado tempo para a devida instrução da causa e decisão do conflito que irá variar conforme a complexidade das questões. É concedido às partes o poder de fixar prazo para a solução da contenda, e se assim não fizerem o prazo será de seis meses. Não obstante, por proibir recurso, a arbitragem continua sendo mais célere do que o Judiciário.

2) Simplicidade da arbitragem, o que muito a diferencia da entravada máquina judiciária possuidora de complexa estrutura contaminada por procedimentos burocráticos tão prejudiciais à sociedade.

3) Informalidade procedimental. A arbitragem possui natureza de meio privado de solução de litígios, seguindo em decorrência disso, um procedimento informal, tendo apenas regras realmente necessárias que as próprias partes estabeleceram, em contraposição ao Judiciário com seu intrincado sistema legal e procedimento formal ao extremo.

4) Relativamente mais barata, na medida que os árbitros são particulares e remunerados pelas partes. Esse é um ponto que merece ser discutido. Afinal, sendo especialistas, os árbitros saberão valorizar o seu trabalho, o que resultaria na arbitragem ser medida viável apenas aos ricos.

5) Qualidade superior da decisão se o árbitro for especialista na matéria objeto de debate se comparada à decisão de um juiz que para determinados assuntos é leigo.

6) Apresenta um número maior de opções de julgamentos, na medida em que o árbitro pode optar por vários caminhos para decidir, até mesmo coordenar os interesses em conflito, enquanto no Judiciário há um modelo dicotômico a ser seguido para o juiz decidir: ou ganha ou perde.

7) Discrição da arbitragem que se contrapõe a publicidade característica do Judiciário.

8) Ambiência por criar uma atmosfera propícia ao entendimento entre as partes, por ter natureza de procedimento baseado no consenso, diferente do meio judiciário permeado pela solenidade e impessoalidade das formas.

9) Ser mais eficaz por geralmente as partes aderirem mais à decisão prolatada por um árbitro por elas escolhido, do que a declarada por um juiz imposto pelo Estado. Mesmo porque, no momento em que as partes decidiram escolher a arbitragem como meio para solucionar o conflito existente entre elas, optaram também por acatar e cumprir a decisão a ser prolatada pelo árbitro que escolheram.

Apesar da necessidade de revisão da arbitragem no que tange à igual oportunidade de participação que deve ser dada às partes nas tomadas de decisão, ela ressurge sem dúvida alguma como uma alternativa de extrema importância para atingirmos o escopo maior do direito que é o acesso à justiça efetivo.

No sentido de aprimorar a lei, faz-se necessário por exemplo, introduzir na mesma, medidas protetoras do consumidor como a obrigatoriedade da criação dos conselhos arbitrais constituídos paritariamente pelos grupos sociais envolvidos, consumidores e empresários, que atuariam quando se escolhesse a arbitragem para dirimir lides decorrentes da relação de consumo, de locação, de seguros em geral, sistema financeiro de habitação e transportes. Urge ressaltar que meios alternativos para solução de conflitos como é o caso da arbitragem, apesar de valiosos, não desobrigam o Poder Público de tomar providências urgentes com o objetivo de reformar o Judiciário para que a tutela jurisdicional seja efetiva e portanto capaz de satisfazer os jurisdicionados. Afinal, não se pode esquecer que na realidade brasileira, o Judiciário representa o único sistema capaz de proporcionar a todos indiscriminadamente acesso gratuito à justiça, que após as devidas e esperadas reformas deve ser também efetivo.

A arbitragem é estruturada por três elementos: por um contrato entre as partes, no qual elas optam livremente pela arbitragem como meio para solucionar o conflito; um contrato entre as partes e o árbitro escolhido atribuindo-lhe o poder de decidir o conflito além de várias normas de direito público determinando os requisitos de validade da convenção de arbitragem (capacidade, imparcialidade, competência e responsabilidade dos árbitros, determinadas garantias das partes relativas ao procedimento, e principalmente a decisão que equipara a decisão do árbitro às sentenças dos membros do Judiciário, capacitando-a a ter seus efeitos qualificados pela coisa julgada).

3. Natureza Jurídica da Arbitragem:

Enquanto em sua origem, a arbitragem tem natureza privada, por ser estruturada tendo por base um contrato privado, seus efeitos têm amplitude pública, por ser esse contrato entendido como fato jurídico, para que dele sejam extraídos efeitos jurisdicionais qualificados pela coisa julgada, que é característica marcante da atividade jurisdicional.

Assim como Carnellutti, entendemos que o juízo arbitral seja um equivalente jurisdicional, porque atua no lugar da jurisdição, tal como prevista pela lei brasileira. A lei concede ao árbitro ou árbitros, um agente privado, o exercício da jurisdição, com limitações previamente fixadas, como a proibição de o mesmo utilizar-se de medidas coercitivas ou de medidas cautelares. Quando houver necessidade de tais medidas, elas poderão ser requeridas pelos árbitros ao órgão competente do Poder Judiciário, conforme preceituado pelo parágrafo quarto do artigo 22 da LA. A sentença escrita, ou laudo arbitral que os árbitros proferem, terá força executiva de título judicial, produzindo para as partes e para seus sucessores os mesmos efeitos da sentença judiciária. Às partes é dado o direito de postular por meio de advogados, podendo designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral (par. 3 do artigo 21). Nas questões arbitrais, os advogados são importantes principalmente para fornecer orientações jurídicas às partes quando necessário, e não apenas na elaboração da convenção arbitral.

4. Procedimento arbitral:

No procedimento arbitral, os princípios a serem observados são os mesmos do procedimento judicial, como o do contraditório, o da igualdade das partes e o do livre convencimento do árbitro (par. 2 do artigo 21).

Objetivando proporcionar uma alternativa ao jurisdicionado na solução de litígios patrimoniais privados, o editor da Lei 9.307/96 corrigiu entre outras, a principal falha do antigo juízo arbitral que o levou ao enfraquecimento e desuso, que era a da necessidade da homologação do laudo por sentença de juiz togado. Da forma como estava prescrita, a arbitragem, no Código de Processo Civil, acabou tornando-se um instituto pouco utilizado na prática e com pouco prestígio internacional, exatamente por causa da circunstância de que era ordenado e vigiado pelo Estado. Havia sempre a obrigatoriedade de um pronunciamento judicial (sentença homologatória) para que o laudo arbitral pudesse adquirir qualidade de título executivo.

5. Constitucionalidade do Instituto:

As alterações ocorridas no juízo arbitral reanimaram a antiga discussão a respeito da constitucionalidade da Arbitragem. Mais uma vez, indivíduos contrários a qualquer meio alternativo para solucionar conflitos intersubjetivos posicionam-se contra a arbitragem, estimulados pela inovação legal que estipula que a sentença que o árbitro proferir não necessita de homologação pelo Poder Judiciário, além de não admitir recurso (artigo 18 da LA), ganhando força e natureza judicial, quando for condenatória. Os que se posicionam dessa maneira defendem a tese da inconstitucionalidade da lei pela premissa de a mesma ferir definitivamente vários direitos e garantias fundamentais assegurados pela nossa Magna Carta, como por exemplo o princípio do artigo 5, inciso XXXV, que dispõe: "A Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". O conceito de jurisdição segundo essa posição, deve ser entendido como sendo manifestação da soberania, e conseqüentemente, como monopólio exclusivo do Estado. Portanto, segundo esse pensamento, reconhecer a arbitragem como atividade

jurisdicional criaria uma contradição com esse monopólio, o que resultaria em inconstitucionalidade.

Particularmente, em princípio, não entendemos dessa forma. Primeiramente, devemos distinguir entre conceito de poder e conceito de exercício de poder. O primeiro significa a capacidade abstrata ou potencial de emitir normas que devem ser obedecidas sob pena de sanção, e o segundo diz respeito ao momento da realização do poder. Um indivíduo pode ser titular de poderes e não ter seu exercício, ou delegá-los a terceiro. Dessa forma, mesmo que o Estado seja o titular, pode delegar a agentes privados, seu exercício, para por exemplo instituir a arbitragem. Não se trata de recusar a jurisdição. Não há negação do monopólio da titularidade da jurisdição do Estado, este apenas delega ao árbitro o exercício do poder e não sua titularidade que continua sendo privativa do Poder Público.

A respeito do caráter jurisdicionalizante que foi emprestado ao instituto da arbitragem, dispõe o artigo 18 da Lei 9.307/96: "O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário". Essa matéria deve ser analisada pelo ângulo constitucional dos direitos e garantias fundamentais, enfocando principalmente a norma que veda a exclusão da apreciação do Poder Judiciário no que concerne a ameaça ou lesão a qualquer direito (CF, art. 5, XXXV), denominada por Pontes de Miranda de princípio da ubiqüidade da justiça, bem como a impossibilidade de alguém vir a ser processado ou sentenciado, a não ser pela autoridade competente (CF, art. 5, LIII) e por juiz natural (CF, art. 5, XXXVII), em sintonia com o devido processo legal (CF, art. 5, LIV) e o acesso à via recursal (CF, art. 5, LV).

Críticas a respeito do artigo 31 da LA foram feitas no sentido de entendê-lo como inconstitucional pelo fato de o mesmo suprimir do Estado-juiz o controle jurisdicional por intermédio da homologação da decisão, cuja redação é a seguinte: "A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos Órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo".

Não há que se falar em qualquer afronta ao princípio do juiz natural ou do controle do juízo

arbitral pelo Poder Judiciário, porque tal circunstância não ocorreu no regime da Lei 9.307/96.

Ao se falar sobre arbitragem, não se pode esquecer que, como jurisdição privada espontaneamente escolhida pelas partes contratantes, como livre manifestação de vontade das mesmas, acaba por esse motivo, tendo natureza contratual jurisdicionalizante, sendo o compromisso arbitral, como bem dito por Arruda Alvim, "um negócio jurídico de direito material, significativo de uma renúncia à atividade jurisdicional do Estado". Os contratos são dessa forma, regidos pelo princípio da autonomia da vontade das partes. Afinal às partes é concedido o poder de optar ou não pela jurisdição Estatal para resolver seus conflitos ou ainda para a revisão sobre o mérito da decisão arbitral.

Cabe ressaltar que a constitucionalidade das transações nunca foi questionada, e no fundo, não existe diferença ontológica entre optar pela jurisdição privada e a disposição de bens ou direitos de natureza privada de forma direta ou por meio de outorga a terceiros. Dessa maneira, se ao jurisdicionado é facultado dispor de seus bens particulares, nada proíbe que ao menos possa dispor das respectivas formas de tutela.

A instituição do Juízo arbitral não é imposta de maneira absoluta aos jurisdicionados, e sim é uma opção concedida às partes litigantes para resolverem seus conflitos. Ocorreria inconstitucionalidade, nesse caso, apenas se os jurisdicionados estivessem sempre obrigados a resolverem seus conflitos de natureza patrimonial por meio do juízo arbitral, o que resultaria na inadmissível exclusão, o que verdadeiramente infringiria o disposto pelo artigo 5, XXXV, da CF ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito").

A arbitragem é espécie de jurisdição privada, e na medida em que o árbitro é juiz de direito e de fato (artigo 18 LA), apesar de não integrar o Poder Judiciário, de certa forma, no sentido lato, ele exerce jurisdição por sua atividade contribuir para que se atinja o tão almejado fim da pacificação social ao dirimir conflitos de interesse.

Conforme o disposto no artigo 5, inciso XXXV, de nossa Magna Carta, é assegurado a

todos indiscriminadamente o acesso ao Judiciário, como uma de nossas garantias fundamentais, no sentido de termos a possibilidade de pedir-lhe a tutela jurisdicional para nos defendermos de ameaça ou real lesão a direitos. Segundo algumas opiniões isoladas, a arbitragem violaria esse direito. Acreditamos que isso não ocorra. Para tal assertiva, é possível tomar por base o artigo 33 da LA, onde o acesso à jurisdição estatal está assegurado expressamente, tornando juridicamente possível à parte interessada e prejudicada que se utilizou da arbitragem a propositura de demanda anulatória da sentença arbitral ou embargos à execução (artigo 33, parág. 3, c/c artigo 741, CPC) sempre que houver algum tipo de nulidade (art. 32) ou ainda algumas das circunstâncias elencadas no artigo 20, parágrafos 1 e 2.

Cabe salientar que a execução forçada da sentença arbitral apenas será efetivada por provocação da jurisdição estatal. Isso ocorre pelo fato de que aquela decisão tem força de título executivo judicial, conforme preceitua o artigo 584, III, do CPC, c/c art. 41 da LA.

A opção concedida às partes de poder utilizar-se do Juízo arbitral para solucionar seus conflitos de interesses fora do Judiciário, não fere qualquer direito individual, já que apenas os atos executórios é que poderão causar algum tipo de lesão ao litigante sucumbente, sendo que nessa hipótese, a execução é privativa do Poder Judiciário, passando necessariamente pelo crivo de sua apreciação.

Nos casos de superveniência de controvérsia durante o desenvolvimento da arbitragem, referente a direitos indisponíveis e entendendo-se que da sua existência ou não irá depender o julgamento, ou não, o árbitro ou o tribunal arbitral encaminhará as partes à autoridade competente do Poder Judiciário. Ocorrendo tal situação, o processo arbitral será suspenso, voltando a desenvolver-se normalmente, somente quando a questão prejudicial for resolvida e transitar em julgado. Toda essa situação será provada pela juntada dos autos da sentença ou do acórdão respectivo (art. 25 e parágrafo único).

Outro fato de extrema importância que não pode ser esquecido, é que sempre incumbirá ao Poder Judiciário resolver sobre a instituição do juízo arbitral, quando houver cláusula compromissória e resistência de um dos litigantes (art. 7).

No que concerne, ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, conforme o disposto pela referida lei (arts. 483 e 484 do CPC c/c arts. 34 e 35 da LA), as mesmas obrigatoriamente deverão sujeitar-se à homologação pelo Supremo Tribunal Federal.

Tanto a cláusula arbitral, o compromisso arbitral e a decorrente instituição do juízo arbitral, são opções oferecidas às partes litigantes. Optando pelo Juízo arbitral, faz-se a escolha por ter seus conflitos de interesses relativos a direito patrimonial disponível apreciados não pelo Estado juiz, mas pelo árbitro. Entretanto, a escolha pelo juízo privado não retira do Judiciário a função de guardião da estrita observância do devido processo legal constitucional, o que também ocorre com suas atuações relativas à coerção, execução ou anulação de decisões arbitrais.

A matéria a respeito da constitucionalidade da Lei 9.307/96 está sendo analisada pelo Supremo Tribunal Federal, de forma incidental, no processo de Sentença Estrangeira 5206-8/246, proveniente do Reino da Espanha, em recurso de agravo regimental.

O Ministério Público Federal, por entender no mesmo sentido do pensamento desenvolvido no parecer do Procurador Geraldo Brindeiro, declarou que o agravo regimental deveria ser provido, e o julgamento fosse no sentido da constitucionalidade da Lei 9.307/96. Sobre o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, foi explicitado que ele "não estabelece que as partes interessadas não excluam da apreciação judicial suas questões ou conflitos. Não determina que os interessados devem sempre levar ao Judiciário suas demandas. Se se admite como lícita a transação relativamente a direitos substanciais objeto da lide, não se pode considerar violência à Constituição abdicar do direito instrumental de ação através de cláusula compromissória. E, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, não somente é lícito e constitucional, mas é também recomendável aos interessados - diante do acúmulo de processos e do formalismo excessivo que têm gerado a lentidão das demandas judiciais - abdicarem do direito ou do poder de ação e buscarem a composição do conflito por meio de sentença arbitral cujos efeitos sejam

idênticos àqueles das decisões prolatadas pelo Poder Judiciário".

"E quanto ao controle jurisdicional de lesão ou ameaça a direito, é de se observar que a Lei 9.307/96, na verdade, o prestigia nos seus artigos 6, 7, 32, 33, 38 e 39, nas hipóteses de recalcitrância em firmar compromisso, nulidade ou invalidade do juízo arbitral e ofensa à ordem jurídica nacional. O legislador ordinário permitiu, de um lado, a pacificação de determinados conflitos de interesses sem a intervenção estatal, mediante compromisso arbitral, com nítidas vantagens para os interessados, e, de outro, garantiu o livre acesso ao Poder Judiciário aqueles que tiverem direitos violados por inobservância das regras fixadas para a arbitragem". ("" , partes do parecer do Procurador Geraldo Brindeiro).

Apesar de aceitar o pedido de homologação da sentença arbitral espanhola, o Ministro Pertence, por meio de ofício, manifestou-se pela inconstitucionalidade dos artigos 6, 7, 41 e 42, constantes da Lei de arbitragem, e em decorrência disso, a matéria encontra-se, sub examine perante a Corte Suprema.

Por todas as premissas já levantadas, deve-se descartar a tese de inconstitucionalidade do artigo 18 da LA, referente à irrecorribilidade da sentença arbitral.

Não há nesse caso, afronta ao princípio da inafastabilidade do controle judicial, ou do princípio do duplo grau de jurisdição. Além do que, o duplo grau de jurisdição para alguns doutrinadores, nem mesmo chega a ser realmente um princípio, por, segundo tal opinião, não ter previsão constitucional expressa, o que permitiria haver limitações em hipóteses definidas em normas infraconstitucionais.

A afirmação de que a nóvel Lei de Arbitragem tende a enfraquecer o Poder Judiciário deve ser afastada completamente, por todos os motivos já expostos. Ocorre, na realidade, exatamente o contrário. Concedida ao jurisdicionado a opção de poder escolher entre a jurisdição estatal ou privada, conforme o que mais lhe for conveniente, para solucionar seus conflitos de interesse de natureza patrimonial disponível, houve um grande avanço. Além do que, o Estado juiz tende a fortalecer-se paulatinamente, à medida que for necessariamente provocado quando o conflito dispuser a respeito de

direitos indisponíveis, nos quais sua atuação se faz imprescindível por causa da natureza da relação conflituosa no plano material.

Conclusão:

A arbitragem, com sua nova roupagem, apresenta-se como meio alternativo de solucionar conflitos, e acabará, segundo a opinião de eminentes doutrinadores, sendo acolhida por nossa cultura jurídica e difundida aos jurisdicionados. Disso, possivelmente resultará a redução do volume de demandas patrimoniais, que como é notório estão maculadas pela burocracia que as fazem complexas em demasia em todos os sentidos, principalmente no probatório, além de seu alto custo. O instituto da arbitragem, quando bem utilizado, seria instrumento viável para se diminuir o número de demandas na jurisdição estatal, o que faria com que os magistrados tivessem mais tempo para se dedicar as demais demandas que devam apreciar.

Deve-se acabar de vez com o pensamento deveras equivocado, de que a institucionalização da jurisdição privada significaria um retrocesso à época romana ou uma maneira de enfraquecer e desestabilizar o Poder Judiciário. Na realidade, retrógrada é essa forma de pensar. Diante de toda essa crise tão séria pela qual nosso Judiciário passa, a atitude mais correta e inteligente é buscar soluções viáveis, mas para tanto não se pode fazer pré-julgamentos discriminatórios. As reformas processuais das quais somos testemunhas têm como objetivo principal a busca de adequação do nosso direito instrumental aos novos tempos, marcadamente influenciados pela chamada "globalização". Há então uma certa exigência de aproximarmos normativamente nossa legislação interna com a dos outros países. Isso faria com que houvesse uma diminuição significativa entre os sistemas de "civil e common law".

A satisfação plena do jurisdicionado ao ter realizada a tutela de seu direito material violado ou ameaçado deve ser entendida como nosso objetivo maior, para que ocorra a tão almejada efetivação do processo devidamente amparada pelo "due process of law".

É necessário ter muita cautela na apreciação de caso de resistência de uma das partes que optaram

por fazer pacto diante de determinada cláusula arbitral, e que na ocorrência de certa situação conflituosa, demonstra desistência, não aceitando firmar o compromisso com o intuito de obstar a instituição da arbitragem. Conforme orientações preceituadas no Protocolo de Genebra de 1923, a reformada Lei de Arbitragem determina que a cláusula compromissória não necessita de ato subsequente - o compromisso arbitral - o que a torna capaz de instituir a arbitragem por si só, que será possível de ser verificada mediante requerimento da parte interessada, direcionado ao Estado-juiz, que por meio de sentença terá capacidade para substituir o compromisso, o que fará com que o contrato deixe de ter a característica de contrato particular. Sendo assim, quando diante de um compromisso arbitral, houver ausência de acordo, começa a figurar como contrato imposto por sentença judicial, o que faz com que seja uma forma de executar um provimento estatal com eficácia constitutiva.

A posição dominante é pelo entendimento da inexistência de violação ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional preceituado pelo inciso XXXV do artigo 5 da CF. Mesmo porque, só haverá instituição compulsória do juízo arbitral após a devida comprovação da cláusula arbitral acordada entre as partes. Cabe ressaltar, que essa substituição compulsória ocorrerá após várias tentativas de conciliação e composição conforme o explicitado pelos parágs. 2 e 3 do art. 7 da LA.

O legislador pátrio optou por equiparar os efeitos da cláusula compromissória aos do compromisso arbitral, quando criou meios capazes de instituir compulsoriamente a arbitragem, mesmo diante da objeção injustificável de um dos contratantes firmadores do contrato portador de convenção direcionada a submeter litígio futuro relacionado com o próprio contrato à arbitragem. A vontade é realmente manifesta das partes, tendo a obrigatoriedade de ser na forma escrita (art 4, par. 1).

Concluindo, diante do disposto pela Lei 9.307/96, é possível verificar claramente a renúncia voluntária à jurisdição estatal que ocorre desde o momento em que as partes acordam e convencionam a cláusula compromissória, funcionando o

compromisso arbitral como mecanismo capaz de regulamentar os termos da convenção e quais os limites da matéria que será objeto da arbitragem (art 520 do CPC), conferindo apenas o efeito devolutivo ao recurso de apelação interposto da sentença de procedência de instituição de arbitragem.

Não há razão para afirmar-se que a nova lei de arbitragem seja inconstitucional. Tendo em vista o escopo da celeridade e efetividade e a crise pela qual a nossa Justiça passa, é inconcebível que ainda existam mentalidades retrógradas que só contribuem para que não se alcance o tão almejado acesso à ordem jurídica justa. Na medida em que a tendência do processo civil contemporâneo tem se voltado à efetividade e efetivação do processo, deve-se possibilitar a arbitragem atuar plenamente no sentido de ao menos minorar a problemática da justiça por todos nós sentida.

A arbitragem proporciona maior grau de Justiça, na solução dos conflitos particulares. Isso ocorre pela premissa de ter ligação direta com os

interessados, que podem escolher as normas e os árbitros para a resolução de seus problemas.

Bibliografia consultada:

1. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, Arbitragem: jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996 / São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
2. ROCHA, José de Albuquerque, A Lei de Arbitragem (Lei 9.307, de 23.9.1996) uma avaliação crítica, São Paulo, Malheiros, 1998
3. LIMA, Cláudio Vianna de, Arbitragem - A Solução - Rio de Janeiro, Forense, EMERJ, 1994.
4. MARQUES, José Frederico, Manual de Direito Processual Civil, São Paulo, Saraiva, 1987.
5. PLÁCIDO E SILVA, De. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro, Forense, 1987.
6. CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96, 1998.
7. CRUZ, José Raimundo Gomes da. A arbitragem na Lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros.

LA BIBLIOGRAFIA DI NORBERTO BOBBIO SU INTERNET

Mario G. LOSANO

Durante la Fiera del Libro di Torino, il 15 maggio 1999 Marco Revelli ha presentato il sito su Internet con la bibliografia di Norberto Bobbio, ormai vicina ai 3000 titoli in diciannove lingue. Il sito è organizzato dal Centro Studi Piero Gobetti di Torino, presso il quale si trovano ora i libri della biblioteca professionale di Bobbio. L'indirizzo del sito è "www.erasmo.it/bobbio" e contiene, per ora, le opere dal 1934 al 1969: esso è quindi in divenire, come del resto lo sono perennemente tutte le opere in rete. Ernesto Ferrero, direttore editoriale della Fiera del Libro, ha sottolineato l'importanza di questa iniziativa bibliografica, della quale vorrei qui richiamare due caratteristiche: la possibilità di ricercare gli scritti di Bobbio anche per argomento e, in alcuni casi, la possibilità di accedere non soltanto ai dati bibliografici, ma anche all'intero testo pubblicato. Infatti alcuni scritti disponibili presso il Centro Gobetti sono memorizzati come immagine: è quindi possibile leggerli sullo schermo e stamparli, oppure, con la posta elettronica, si può chiedere l'invio delle fotocopie (il tutto, naturalmente, in armonia con le norme sul diritto d'autore). In futuro, il sito comprenderà anche una bibliografia della letteratura secondaria su Bobbio.

Poiché la presentazione del sito è stata accompagnata da un breve ma intenso incontro internazionale, queste pagine forniscono dapprima un sommario resoconto delle relazioni con cui si è cercato un "filo rosso" nella bibliografia di Bobbio e descrivono poi brevemente le caratteristiche tecniche del sito. Ma anzitutto va ricordato che Bobbio, nell'impossibilità di essere presente, aveva inviato agli amici, riuniti prima della presentazione, un saluto informale - riprodotto qui di seguito - che era poi stato letto anche al momento dell'apertura dell'incontro¹.

"[Se non partecipo all'incontro, non è perché non mi senta coinvolto, se mai] di fronte agli arcana di Internet mi sento intimidito, se non addirittura terrorizzato. Sono coinvolto, più che mai, soprattutto quando la mia opera diventa il principale argomento di discussione. L'eccessivo coinvolgimento mi rende insofferente, con tutti i dubbi, i ripensamenti, ipentimenti, che seguono alla riflessione sul mio passato, e alla rimembranza da cui sono perseguitato, delle mie vicende pubbliche e private.

Nel frattempo l'immagine del labirinto [che voi avete giustamente evocato], è diventata nella mia testa sempre più evanescente, anche perché mi è stata più volte, a ragione, rimproverata. Chi è nel labirinto, è convinto che la via di uscita ci sia, anche se non sa dove è. Ma questa via d'uscita c'è o non c'è? Ho a preso dalle mille e mille passeggiate sulle nostre montagne che ho fatto con <mia moglie> Valeria nei giorni di festa e durante le vacanze, che spesso il sentiero percorso non va nessuna parte oppure, se va da qualche parte e noi ci siano snarriti e non siano arrivati alla meta, il piacere della camminata [anche] senza meta non è cambiato per nulla. Il piacere sta nel camminare, non nell'arrivare.

Non ho mai cercato di saperne di più. Al contrario, tra i miei sogni più frequenti e ossessionanti c'è quello in cui mi trovo ad aver perso la strada [,] e torno sempre allo stesso punto [,] oppure a percorrere la strada sbagliata.

Ancora una confessione rispetto alle vicende che ho attarversato. Da 'intellettuale' incallito sono stato più spettatore che attore. Anche in questi giorni, in cui il 'nostro' tragico secolo ventesimo sta per finire tragicamente. Non mi faccio alcuna illusione che il prossimo sia per essere più felice.

Nonostante le prediche dei più diversi pulpiti contro la violenza e le guerre, sinora gli uomini non hanno trovato altro rimedio alla violenza che la violenza. Ed ora assistiamo ad una guerra che trova la propria giustificazione nella difesa dei diritti umani, ma li difende violando sistematicamente anche i più elementari diritti umani del Paese che vuole salvare.

Ancora una volta, come sempre, preferisco costante <più> che giudicare, anche se preferirei essere d'accordo con le persone che amo e stimo, prima di tutto sui principî. Più sui principî che sui fatti".

L'immagine del labirinto aleggiava sull'intera presentazione, intitolata appunto *Un labirinto nella rete: l'opera di Bobbio su Internet*. Marco Revelli, aprendo l'incontro, aveva illustrato anche con alcuni esempi il funzionamento del sito: ma sull'aspetto tecnico ritornerà la parte finale di questa nota. L'incontro internazionale proponeva dei Percorsi nel labirinto: Michelangelo Bovero offriva un filo per *Gli scritti politici*; Luigi Bonanate per *Gli scritti sulla pace e sulla guerra*; Riccardo Guastini per *Gli scritti giuridici*. Inoltre, documentando la recezione internazionale del pensiero di Bobbio, Otto Kallscheuer ha parlato di Bobbio nella cultura europea continentale; Allan Cameron di *Bobbio nella cultura anglosassone* e Alberto Filippi di *Bobbio nella cultura spagnola e latinoamericana*. Poichè non è prevista la pubblicazione di queste relazioni, accennerò brevemente al loro contenuto: in modo più esteso per le due di cui gli autori avevano predisposto il testo (che mi hanno cortesemente messo disposizione), in modo più stringato per chi ha presentato la sua relazione in forma soltanto orale.

A chi cercava di trovare il filo rosso nel *mare magnum* dei suoi scritti, Bobbio aveva già lanciato l'avvertimento che "un filo rosso probabilmente non c'è. Io stesso non l'ho mai intenzionalmente cercato. Questi scritti sono frammenti di disegni non sovrapponibili l'uno sull'altro, e ciascuno incompiuto"². Eppure i tentativi di trovare un ordine in essi si sono rivelati utili. Gli interessi di Bobbio, pur costanti negli anni, mostrano una prevalenza d'interesse per la filosofia del diritto nella fase che va dai primi scritti fino al 1972; in quell'anno il passaggio alla Facoltà di Scienze Politiche di Torino suggella l'accentuarsi dei suoi interessi politologici su quelli filosofico-giuridici. Nella riunione di

Torino il giurista Riccardo Guastini, *Mappando Bobbio*, individuava sette percorsi di lettura nel Bobbio giurista, mentre Michelangelo Bovero individuava sei aree dicotomiche nel Bobbio politologo (di cui è successore nell'università torinese). All'interno dei filoni così individuati, entrambi hanno tentato anche un pregevole lavoro di sintesi delle teorie di Bobbio.

Ecco dunque i sette percorsi giuridici indicati da Guastini. 1. *Gli studi sull'analogia*. Nel 1938, in un contesto di "filosofia idealistica magniloquente e, per lo più, vaniloquente" Bobbio pubblica un libro controcorrente, "uno studio intorno alla 'struttura logica' di un tipo specifico di argomentazione caratteristico del ragionamento giuridico"³. I suoi scritti su questo tema possono esser fatti terminare con 1968, ma il suo interesse per le tecniche argomentative resta vivo: a lui si deve l'impulso per la traduzione in italiano del Trattato dell'argomentazione di Perelman. 2. *Gli studi sulla metateoria del diritto*, "percorso breve e accidentato", ma fondamentale: il suo scritto del 1950 sull'analisi del linguaggio⁴ è "l'atto di nascita della teoria analitica del diritto in Italia. 'Analitica' nel senso dell'analisi del linguaggio". Il diritto viene presentato come "un'impresa analitico-linguistica". Questa concezione, elaborata anche in scritti successivi, ebbe una forte influenza sulla generazione successiva dei teorici del diritto⁵. 3. *Gli studi sul giusnaturalismo e sul positivismo giuridico*. I saggi scritti tra il 1961⁶ e il 1965⁷ reinterpretano i pilastri del dibattito filosofico-giuridico: "Il primo [lo scritto del 1961] è la tesi che il giusnaturalismo costituisca non una dottrina etico-giuridica determinata, ma piuttosto una 'metaetica': un modo di per sé vuoto (e, del resto, giuridicamente fallace) di giustificare etiche diverse. Il secondo è l'anatomia del positivismo giuridico", visto non più come dottrina unitaria, ma come tre dottrine: una scienza giuridica come scienza valutativa, una specifica dottrina del diritto e la dottrina (morale) del legalismo etico. 4. *Gli studi di logica*. Questo filone di studi inizia nel 1954, ma viene prematuramente interrotto dal sommovimento del Sessantotto: "Figuratevi un po', - rievoca Bobbio, - un corso di logica deontica, di cui avevo cominciato ad occuparmi da pioniere, se pure dilettante, dal 1954, a una scolaresca che invocava l'immaginazione al potere!"⁸. Guastini conclude:

"In Italia la logica deontica nasce precisamente con il saggio di Bobbio del 1954"⁵. *La teoria formale del diritto*. È uno dei percorsi più ricchi e frastagliati della bibliografia di Bobbio, poichè inizia del 1942 e continua sino ai giorni nostri, poichè i saggi sparsi vennero via via riproposti in più volumi. "I contributi di Bobbio - sebbene egli non abbia mai avuto voglia di dar loro forma sistematica - toccano tutti i problemi della teoria del diritto contemporanea: il concetto di diritto, la nozione di norma, la tipologia delle norme, le norme sulla produzione giuridica, la sanzione, i principî generali, la nozione di ordinamento, la nozione di validità, le lacune, le antinomie"; l'unico tema sottorappresentato e l'interpretazione. 6. Gli studi kelseniani. Come si è visto, Kelsen è uno degli autori che più hanno influenzato Bobbio. I suoi saggi kelseniani, scritti fra il 1954 e il 1986, sono raccolti in volume⁹. Bobbio non segue la dottrina kelseniana, ma di certo è influenzato dal suo messaggio scientifico e, direi anche, stilistico: la ricerca della costruzione completa nell'architettura d'ogni scritto e della chiarezza totale nella sua esposizione. La ricerca della precisione di linguaggio con l'analisi dei concetti porta, a mio giudizio, a collegare strettamente l'interesse kelseniano con quello analitico. 7. *Gli studi di storia del pensiero giuridico*. La lezione storica di Giole Solari continua in Bobbio, fusa però con il suo prevalente interesse teorico. Alcuni suoi scritti hanno per oggetto temi specifici della storia del diritto, ma "pagine di storia giuridica si trovano in tutti i libri di Bobbio", dalla parte iniziale del libro sull'analogia del 1938¹⁰ fino a L'età dei diritti del 1990¹¹. Qui individuare il percorso è arduo, perchè "la capacità di combinare felicemente storia del pensiero e analisi dei concetti" ricorre in quasi tutte le opere, tanto da poter essere individuata come "la peculiarità del suo stile di studioso".

Passando dalla scienza del diritto a quella della politica, secondo Bovero la "mappa del labirinto (soggettivo) degli scritti di Bobbio concernenti il labirinto (oggettivo) del mondo politico" si fonda sul fatto che Bobbio, sulle orme di Hobbes, procede per grandi dicotomie: società e Stato, libertà e potere, riforme e rivoluzione, pace e guerra, e così via. Tutte sono comprese nella massima dicotomia fra "gli ideali e la rozza materia" (espressione tratta dal *Dottor Zivago*¹²): "la

convinzione più radicata nel pensiero di Bobbio", diceva Bovero, è che "il mondo umano come universo storico presenta una natura oggettivamente dualistica". Quindi "la grande dicotomia del pensiero bobbiano può fornire un filo conduttore per navigare tra gli scritti politici di Bobbio senza perdersi". Per Bovero gli scritti politici di Bobbio si possono organizzare - anzi, li sta effettivamente organizzando¹³ - in sei aree, ciascuna suddivisa in due temi contrastanti, che sono il riflesso della dicotomia massima nelle singole grandi dicotomie del pensiero politico. In sintesi, ecco le sei aree proposte da Bovero. 1. La prima area è "la filosofia politica e il discorso dei classici": essa contiene le indicazioni sul metodo con cui affrontare la politica seguendo la lezione dei classici. 2. Nell'area "Politica, morale e diritto" trova posto il rapporto tra la politica e le altre grandi aree del mondo della pratica; qui il saggio *La politica*¹⁴ del 1987 offre una teoria generale della politica in nuce. 3. "I valori e le ideologie" sono trattati negli scritti sulla libertà, sull'eguaglianza e sulla giustizia, nonché sui movimenti politici che hanno asserito questi valori. 4. L'area della "Democrazia" comprende le ricerche sui principî della democrazia e anche sulle sue tecniche, in particolare sulla visione procedurale della democrazia di derivazione kelseniana. 5. A quella della democrazia si aggiunge l'area "diritti umani e pace", gli altri due temi fondamentali nella ricerca politologica di Bobbio, resi famosi dal successo del saggio sulla guerra e sulla pace¹⁵. 6. Con l'area "Mutamento politico e filosofia della storia" lo studio del presente si collega con l'interesse storico. Bobbio lo affronta esaminando l'antitesi tra rivoluzione e riforme. Si giunge così ai temi più recenti e più attuali: quello, in particolare, del divario tra progresso tecnico e progresso morale.

Luigi Bonanate ha organizzato il tema della pace e della guerra in Bobbio in una serie di cerchi concentrici (quasi gironi infernali, dato l'argomento): all'interno del grande cerchio di violenza e guerra, cui si richiama uno dei libri più noti di Bobbio¹⁶, si trova quello della guerra atomica e dell'equilibrio del terrore, concentrato in particolare negli anni fra il 1960 e il 1966. Si passa poi al sottoinsieme dei temi che contrastano quello della guerra: organizzazione internazionale, federalismo (e, al suo intemo, Europa ed europeismo), e poi pace, pacifismo e movimenti non violenti. Tutti questi

temi, in Bobbio, potrebbero essere sovrastati da un unico motto tratto da Hobbes: *Pax est quaerenda*.

Il panorama europeo della recezione di Bobbio non è omogeneo. Nonostante l'opera dell'editore Wagenbach - il benemerito della diffusione in Germania della cultura italiana contemporanea - in terra tedesca Bobbio resta ancor oggi una lettura per pochi iniziati. Senza dubbio la barriera della lingua è una delle cause di questa scarsa diffusione in Germania, dove ultimamente l'italiano è sempre più spesso sostituito dallo spagnolo nelle preferenze dei giovani che si accostano alla seconda o terza lingua. Non è invece un problema di lingua - ha sostenuto lo scozzese Cameron - quello che ha ostacolato la diffusione di Bobbio in Gran Bretagna, ma un problema tematico: la grande cesura costituita dalla Resistenza è centrale per capire Bobbio, ma è estranea alla cultura britannica. Bobbio apre la sua *Autobiografia* proprio con l'evocazione di questa cesura: "*Dopo non siamo più stati come eravamo prima. La nostra vita è stata divisa in due parti, un 'prima' e un 'dopo', che nel mio caso sono quasi simmetriche, perché il 25 luglio 1943, quando cadde il fascismo, avevo trentaquattro anni*". Ma non si tratta di una cesura soltanto autobiografica: "Quando dico 'noi' intendo una generazione di intellettuali che, come me, ha vissuto il passaggio tra due contrapposte realtà italiane"¹⁷. Chi - come gli inglesi - non ha vissuto la Liberazione e la cesura fra il "prima" e il "dopo", diceva insomma Cameron, ha difficoltà ad accostarsi a Bobbio. Per gli inglesi il problema centrale di questa seconda metà del secolo, dopo la fine della guerra, è invece la decadenza economica: la cesura tra la gloriosa fase imperiale e la dubitosa fase europea è forse la chiave di lettura più generalmente applicabile alla cultura politica britannica del dopoguerra.

La controprova dell'analisi di Cameron è fornita da chi, come gli spagnoli, ha conosciuto una situazione molto simile a quella del "prima" e "dopo" italiano: certo, la fine del franchismo non è stata la fine del fascismo, così come il *destape* non è stato la Resistenza, ma le analogie tra le due nazioni nel passaggio dalla dittatura alla democrazia restano molto forti. Si spiega così la larghissima diffusione che il pensiero di Bobbio conosce in Spagna e in Sudamerica. Alberto Filippi ha spiegato questo parallelismo culturale e la fioritura di

traduzioni e studi bobbiani. Va inoltre sottolineato che la recezione di Bobbio in Sudamerica è legata non solo all'assenza di barriere linguistiche (molti suoi scritti sono tradotti in spagnolo, e quasi tutti gli intellettuali sudamericani leggono l'italiano), ma anche al fatto che gli Stati sudamericani hanno conosciuto una serie di dittature militari terminate negli anni Ottanta: anche lì, dunque, la dicotomia del "prima" e del "dopo" è un dato culturale perfettamente comprensibile.

La ricchezza di questi temi spiega perché la discussione sia terminata alle 23, ora in cui il Lingotto chiudeva inderogabilmente i battenti. Tuttavia, a chi volesse approfondire questi sentieri di lettura o un singolo tema, si offre oggi una possibilità di ricostruzione: i temi e i titoli emersi nell'incontro internazionale possono essere rintracciati attraverso una ricerca individuale su Internet.

Passando alla descrizione del sito bibliografico di Bobbio su Internet, al momento della sua presentazione all'incontro della Fiera del Libro era consultabile la prima *tranche* di bibliografia, comprendente gli anni dal 1934 al 1969. Oltre a questi titoli, tuttavia, esso includeva già numerosi articoli più recenti. Da questo punto di vista, il sito aggiorna quindi la bibliografia di Carlo Violi del 1995¹⁸, che costituisce la principale fonte dei dati memorizzati. Come consiglio generale può valere quello di integrare la ricerca sul sito con la ricerca sulla bibliografia a stampa: infatti il sito è ancora in fase di completamento (e comunque, sarà sempre in evoluzione, perché questa è la natura e il pregio del mondo informatico), mentre il libro presenta indici analitici e onomastici diversi da quelli del sito (e comunque, fino al 1993, è immutabile, perché questa è la natura e il pregio della carta stampata).

Nel sito, la grafica delle singole pagine sfrutta le possibilità di Internet con chiarezza e buon gusto, senza concessioni all'iconografia infantil-goliardica dei siti americani o americanizzanti. Leggendo quanto appare sullo schermo, anche il navigatore neofita di Internet capisce immediatamente quali sono i "bottoni" da usare per raggiungere il risultato voluto. Il programma della banca di dati è l' "Erasmus Enterprise", preparato dalla società torinese "Centro Servizi".

La prima pagina del sito offre anzitutto la possibilità di passare a leggere le "Istruzioni", che spiegano in linguaggio piano come sfruttare le varie possibilità di ricerca offerte dal programma. È possibile fare ricerche sia sull'intera bibliografia, sia sui soli titoli presenti nella biblioteca torinese del Centro Gobetti. Di ogni titolo è possibile conoscere i temi principali (usando il comando "Concetti"), le varie edizioni, versioni e traduzioni (usando il comando "Altre versioni") e la possibilità - in certi casi - di leggerlo in rete o di richiedere per posta elettronica l'invio delle fotocopie (usando il comando "Disponibilità").

La ricerca avviene compilando una maschera molto chiara e semplice. Per esempio, indicando come "Titolo" il nome del buon giudice Magnaud, si scopre che su questo ormai dimenticato eroe della Scuola del diritto libero Bobbio ha scritto una voce per il *Nuovissimo Digesto*. Se invece si vuole ricercare una certa opera, bisogna indicarne il titolo preciso: *Politica e cultura* deve essere scritto proprio così. Se invece si vuole fare una ricerca per soggetto, è necessario attenersi ad una lista di voci che compare automaticamente quando si attiva (si "clicka") il campo "Soggetto": se, ad esempio, si vuole sapere se Bobbio ha scritto sul giurista tedesco "Binder, Julius", bisogna scorrere la lista alfabetica dei "soggetti" per vedere se quel nome vi è contenuto; in caso affermativo si attiva il nome (si "clicka sul nome") e compaiono due titoli, rispettivamente del 1943 e del 1948. Dunque, la ricerca non si fa con descrittori liberi; in altri termini, non ogni parola che può essere soggetto di uno scritto è contenuta nella lista che compare alla finestra "Soggetto". Inoltre in certi casi la ricerca per soggetto, anche selezionandolo sulla lista offerta dal programma, può essere negativa: se non si incontra alcun titolo, ciò vuol dire che quella voce è stata predisposta per essere attivata nel corso del completamento della bibliografia. Questo mi è avvenuto usando la parola "Torino": però non è escluso che, in una futura ricerca, a quella parola possa essere associato un titolo.

Se si sceglie un soggetto corposo come "Pace e guerra", si ottiene una lista di tredici titoli (tutti del 1999: fra cui *Un sogno nel labirinto di Internet*, che è il testo del messaggio riportato anche all'inizio di questo scritto). Il soggetto "Kelsen" è presente con dieci titoli: anche qui si rivela utile la

presentazione dapprima della lista dei titoli abbreviati, cui si può far seguire la ricerca sul dato bibliografico esteso del singolo titolo; da essa si può poi passare alla vicenda editoriale del singolo saggio col comando "Altre versioni", e scoprire che esso è stato pubblicato anche in volume (qui citato alla nota 9). Infine, si può ricercare quali articoli di Bobbio sono pubblicati in una certa rivista: nella finestra "Periodico" si scrive, ad esempio, "American Journal of Comparative Law" e si trova il saggio del 1959 *Trends in Italian Legal Theory*.

Questi pochi cenni dovrebbero essere sufficienti a documentare l'utilità di questo strumento informatico nell'orientarsi in una bibliografia di migliaia di titoli, talora anche fuorvianti: basta pensare agli articoli di giornale ed ai titoli troppo creativi di cui li corredano i "banconisti" con grande disappunto degli autori (anche se oggi il "bancone" non c'è più).

NOTAS

- (1) Norberto Bobbio, *Un sogno nel labirinto di Internet*, "La Stampa" m 16 maggio 1999, p. 1. Il tema della parte finale di questo messaggio ritorna anche nell'intervista sulla guerra nel Kosovo, pubblicata a p. 5 dello stesso numero de "La Stampa". Il testo qui pubblicato coincide con l'originale e si differenzia quindi in alcuni punti dal testo pubblicato su "La Stampa". Ad esempio, nel primo capoverso il giornale scrive "alle rimembranze", mentre l'originale è al singolare; nel secondo capoverso, "noi ci siamo smarriti" dell'originale era divenuto "non ci siamo smarriti"; per il resto, virgole, apostrofi e capoversi nel testo qui riportato coincidono con l'originale. Le parti omesse su "La Stampa" sono fra parentesi quadra; quelle aggiunte, fra uncini. Il testo sopra riprodotto va integrato con una frase iniziale ("Mi dispiace di non essere tra voi. Vi ringrazio e vi saluto cordialmente. Faccio fatica a stare in piedi. Non ho bisogno di ripeterlo alla maggior parte di voi che vedo abitualmente. Ancora di più mi affatica parlare in pubblico") e una finale ("Per un momento, bando ai foschi presagi. Intono con voi 'Libiam nei lieti calici'..."), proprie d'un conviviale saluto ad amici. Il dattiloscritto porta la firma "Norberto Bobbio" e la data "15 maggio 1999".
- (2) Norberto Bobbio, *Autobiografia*. A cura di Alberto Papuzzi, Laterza, Roma - Bari 1997, p. XXIV s.
- (3) Norberto Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Istituto Giuridico dell'Università, Torino 1938, 216 pp.
- (4) Norberto Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 1950, pp. 342-367.
- (5) Soprattutto alla corrente analitica nella filosofia del diritto è dedicato il libro di Luigi Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma - Bari 1999, 122 pp.
- (6) Norberto Bobbio, *Il positivismo giuridico*. Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal dr. Nello Morra, Editrice Cooperativa Libreria Universitaria, Torino 1961, 324 pp. (ristampata poi nel 1979 e nel 1996 dall'editore Giappichelli di Torino).

- (7) Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano 1965, 241 pp.
- (8) Norberto Bobbio, *Autobiografia intellettuale*, in Carlo Violi (a cura di), *Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio. 1934-1993*, Laterza, Roma - Bari 1995, p. XV.
- (9) Norberto Bobbio, *Diritto e potere*. Saggi su Kelsen, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1992, 222 pp.
- (10) Cfr. nota 3.
- (11) Norberto Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi 1990, XXIV-252 pp.
- (12) "È successo più volte nella storia: quello che era stato concepito in modo nobile e alto, è diventato rozza materia. Così la Grecia è divenuta Roma, così l'illuminismo russo è diventato la rivoluzione russa" (Boris Pasternak, *Il dottor Zivago*, Feltrinelli, Milano 1957, p. 673). Bobbio cita questa frase ne *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino 1984, p. 8. La stessa frase ritorna nel titolo di un saggio di Michelangelo Bovero, "*Gli ideali e la rozza materia*". Il dualismo politica di Norberto Bobbio, in Luigi Ferrajoli - Paolo Di Lucia, *Norberto Bobbio filosofo del diritto*, Giappichelli, Torino 1999 (in corso di stampa).
- (13) Bovero sta "ricomponendo in un'ordine sistematico una quarantina di saggi di Bobbio": presso l'Editore Einaudi dovrebbe così vedere la luce quella *Teoria generale della politica* spesso adombrata da Bobbio, e però mai realizzata. D'accordo con l'autore, Bovero tenta di avvicinarsi all'ideale bobbiano di "una trattazione ordinata dei concetti politici fondamentali". L'antologia dovrebbe insomma "fornire una rappresentazione generale dell'universo 'Politica', quasi una 'mappa', ovviamente labirintica, e insieme una 'bussola' per orientarsi nella complessità di questo labirinto oggettivo che è il mondo politico".
- (14) Norberto Bobbio, *La politica*, in AA. VV., *La società contemporanea*, Utet, Torino 1987, vol. I, pp. 567-587.
- (15) Norberto Bobbio, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Il Mulino, Bologna 1991, 167 pp.
- (16) Cfr. nota precedente.
- (17) Bobbio, *Autobiografia*, cit. a nota 1, p. 3.
- (18) Carlo Violi (a cura di), *Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio. 1934-1993*, Laterza, Roma - Bari 1995, XLII - 489 pp.

JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO

Elizabeth Cristina Campos Martins de FREITAS*

O momento considerado como sendo o "normal" para que o julgamento do processo se dê é o que sobrevém à fase instrutória, quando o processo estaria apto a produzir uma sentença de mérito. O julgamento conforme o estado do processo ocorre em um outro momento, assim que for vencida a atividade de saneamento do processo, e tendo em vista o resultado obtido. Desse julgamento conforme o estado do processo, pode decorrer a extinção do processo sem julgamento de mérito na incidência de alguma das situações previstas pelo artigo 267 do CPC ou a extinção do processo com julgamento de mérito mediante a auto composição das partes (artigo 269, II, III e V), ou pela composição da lide pelo juiz (inciso IV), com reflexos no processo, ou com o julgamento antecipado da lide (art. 330 do CPC), nos casos em que não houver necessidade de prova em audiência. No caso de não incidir nenhuma das hipóteses de extinção do processo, seja com ou sem julgamento de mérito, haverá necessidade do chamamento das partes para a audiência de conciliação se a questão versar sobre direitos disponíveis (artigo 331, caput, CPC). Se a conciliação não ocorrer, haverá o saneamento do processo (artigo 331, parágrafo 2), para que seu julgamento ocorra após a colheita de provas em audiência devidamente designada ou em momento anterior a ela. Essas sentenças prolatadas nesta fase do processo acontecem fora do tempo considerado como "normal" para tal feito. Pelo fato de estarem situadas no final da fase postulatória, as decisões finais prolatadas nesse ínterim irão prescindir da fase seguinte, ou seja, da instrutória, iniciando-se dessa forma a etapa decisória. Conforme o melhor entendimento

doutrinário, os artigos 329 e 330 do CPC possibilitam que o juiz prolate sua decisão nesta fase, podendo ter o mesmo conteúdo de qualquer sentença resultante de processos onde a fase de instrução tenha ocorrido (art. 267 e 269 do CPC).

O julgamento conforme o estado do processo é geralmente possível quando o magistrado se convencer, seja de ofício ou após analisar o afirmado por uma das partes, que há inexistência de um pressuposto processual negativo. O julgamento conforme o estado do processo pode ocorrer também quando da desistência da ação, se houver morte de uma das partes e se a ação for intransmissível, na confusão entre autor e réu ou no caso de convenção arbitral. Salienta-se aqui que a paralisação do processo por mais de um ano, ou o abandono do processo por seu autor por prazo superior a trinta dias também ensejam a extinção do processo.

Convém ressaltar que os casos de julgamento conforme o estado do processo podem ser efetivados por sentença processual ou terminativa. Haverá julgamento no estado com sentença de mérito quando se der o reconhecimento jurídico do pedido, transação renúncia ao direito que fundamenta a ação, ou no caso de decadência ou prescrição.

Havendo o julgamento conforme o estado do processo, o magistrado, após finalizar as "providências preliminares", saneará o processo. Ele alcança toda a matéria originariamente referente ao antigo despacho saneador, não se restringindo, porém, apenas às questões preliminares, como ocorria no antigo sistema. O atual julgamento

(*) Mestranda em Direito Processual Civil pela PUC-Campinas.

conforme o estado do processo, em certos casos, atua no preparo do processo para sua instrução probatória, e em outros é responsável por sua extinção nas hipóteses de vícios sanáveis. Também pode motivar a análise da própria lide por parte do juiz, o que ensejará que o mesmo prolate de forma antecipada a sentença de mérito, além da possibilidade de extinção do processo sem dilação probatória.

O julgamento conforme o estado do processo pode ser originado das decisões que se seguem:

I - extinção do processo (art. 329 do CPC); II- julgamento antecipado da lide (art. 330); III- saneamento do processo (art. 331). Sendo assim, pode-se concluir que o julgamento conforme o estado do processo tanto pode referir-se a meras questões processuais como pode tratar do cerne do litígio, solucionando as questões de direito material debatidas em juízo.

Cabe salientar que mesmo os casos de julgamento do mérito realizados de forma antecipada exigem que sejam observadas a existência dos requisitos essenciais à sua admissibilidade. Sem a devida fiscalização do controle de regularidade do processo e das condições da ação, não será possível ocorrer o julgamento do mérito.

A lei processual sofreu alterações em nome da tão necessária instrumentalidade do processo, com vistas à economia processual, tendo por objetivo a celeridade e a concomitante garantia de efetividade da prestação da tutela jurisdicional. O processo de cognição teve seu procedimento encurtado, sendo que a fase que nos moldes tradicionais seria a reservada ao despacho saneador, agora pode servir de pano de fundo para uma antecipação do julgamento de mérito. Audiências desnecessárias não mais são realizadas poupando-se tempo. Dessa forma, a fase instrutória deixa de ter um momento específico. Na busca de compor de forma efetiva os litígios sociais gradativamente mais complexos que têm sido apresentados ao Judiciário, procura-se ignorar tudo o que for supérfluo. Procurou-se reestruturar a sistemática anterior no sentido de solucionar as lides assim que as providências preliminares forem tomadas. E, se não houver necessidade destas acontecerem, a causa será decidida assim que houver a conclusão

dos autos feita ao juiz, seja com a resposta do réu ou reconvindo, ou no caso de não haver resposta alguma após o término do prazo para o seu oferecimento (art. 328, c/c o artigo 323 do CPC). Os casos em que há a possibilidade de proferir antecipadamente as decisões de mérito são taxativos (as hipóteses de abreviação encontram-se dispostas no Capítulo V do Título VIII do Livro I denominado "Do Julgamento conforme o estado do processo", Seções I ("Da extinção do processo") e II ("Do julgamento antecipado da lide"). Dessa forma não é um poder discricionário do juiz.

O julgamento conforme o estado do processo reflete uma nova postura frente ao processo. Busca-se utilizar melhor o tempo, recursos econômicos além de movimentar a máquina judiciária somente naquilo que for realmente necessário. Procura-se, conforme o preceituado pelo princípio da economia processual acabar paulatinamente com os mecanismos protelatórios que obstem o bom andamento do processo. Nesse sentido, quando houver material probatório suficiente, logo após o encerramento da fase de ordenamento do processo seria total perda de tempo e de energias processuais dilatar o andamento do processo até a audiência de instrução e julgamento. Dessa forma, havendo o convencimento do magistrado baseado naquilo que lhe foi apresentado, ou havendo a revelia, este decidirá em seguida, ocorrendo no caso um julgamento antecipado da lide. Para que este julgamento antecipado possa ocorrer, o processo deve ter sido constituído e desenvolvido de forma regular e as questões de fato não devem necessitar de outras provas além das que foram apresentadas. No julgamento antecipado da lide, o julgador prolatará sentença, e obviamente, irá conhecer e decidir o pedido de forma direta, seguindo o estabelecido pelo artigo 458 do CPC, seja acolhendo ou não o pedido do autor. Os efeitos dessa sentença são os mesmos da prolatada em audiência.

Na hipótese de haver julgamento conforme o estado do processo e o juiz sentenciar com análise do mérito da questão seja acolhendo ou rejeitando o pedido inicial do autor, ocorrerá o julgamento antecipado da lide, que é uma das espécies do gênero julgamento conforme o estado do processo". Haverá possibilidade de julgamento antecipado da lide quando o pedido referir-se apenas a direito e não fato, sem necessitar de outras provas

que não as já produzidas documentalmente na petição inicial. Também será possível ocorrer o julgamento antecipado quando apesar do mesmo tratar de matéria de fato e de direito, prescindir de produção de provas em audiência. Em decorrência disso, há possibilidade legal do juiz dispensar a própria audiência de instrução e julgamento. E, finalmente, o julgamento antecipado da lide será propiciado também quando o réu não contestar, tornando-se revel e submetendo-se aos efeitos legais que tal situação enseja.

Não obstante a existência de opiniões contrárias, o entendimento que mais tem se adequado às necessidades de nossa sociedade atual é o favorável ao julgamento conforme o estado do processo. Quando utilizado de forma consciente, com o devido preenchimento dos requisitos legais, ele em muito irá contribuir para que o processo efetivamente funcione como instrumento do Estado para a realização do Bem Comum. Não procede a afirmação de que o julgamento conforme o estado do processo fere o princípio da ampla defesa. Afinal, o julgamento conforme o estado do processo apenas ocorrerá se todos os pressupostos legais estiverem presentes. Esse aparato legal não pode ser encarado como arbitrário, mas como um dos mecanismos viáveis que tem por objetivo principal adequar as regras do processo às necessidades oriundas da sociedade para a qual foi pensado.

Atualmente, o que se discute não é a independência e autonomia do processo; a preocupação maior é com a efetividade do processo,

se ela existe no sentido de proporcionar de forma ampla e célere o direito substancial. Diante disso, condenar ao desuso mecanismos jurídicos de extrema relevância, como é o caso do julgamento conforme o estado do processo, é ignorar o processo como instrumento a serviço da sociedade com o fim primordial de buscar a devida e eficaz composição das lides, com a proteção do bem da vida e a tão almejada pacificação social.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ALVIM, Arruda, Do julgamento conforme o estado do processo, *Justitia* 85/223, *RBDP* 3/39 e *RF* 246/231.
- GUIMARÃES, Celso Araújo, Do Julgamento conforme o estado do processo, *RAMPR* 7/15.
- FILHO, Celso Cardoso, Do julgamento conforme o estado do processo, *RePro* 35/185.
- NASCIMENTO, Cláudio Nunes, Do Julgamento conforme o estado do processo, *RePro* 24/222.
- MALACHINI, Edson Ribas, Do Julgamento conforme o estado do processo, *RePro* 6/77.
- ARAGÃO, Egas D. Moniz, Julgamento conforme o estado do processo, *RePro* 5/197.
- ASSIS, De Jacy, Do Julgamento conforme o estado do processo, *RF* 284/431.
- BORGES, Marcos Afonso, Do Julgamento conforme o estado do processo, *RePro* 1/145.
- TUCCI, Rogério Lauria. Do julgamento conforme o estado do processo. 3. Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

"A INTERNACIONAL" - UM POEMA MELODIADO DA HISTÓRIA

Carlos Henrique MACIEL*

SUMÁRIO

1. Apresentação - 2. O Espírito Revolucionário: 2.1. Um Povo Rebelde; 2.2. Uma Teoria Rebelde - 3. As "Internacionais": 3.1. A "I Internacional"; 3.2. A "II Internacional"; 3.3. A "III Internacional"; 3.4. A "IV Internacional" - 4. A Comuna de Paris: 4.1. Os Antecedentes; 4.2. Os Presentes; 4.3. Os Conseqüentes - 5. Um Poema Melodiado: 5.1. O Poema; 5.2. A Melodia; 5.3. A Versão.

*O homem racional se adapta ao mundo; o irracional insiste em tentar adaptar o mundo a ele.
Assim, todo o progresso depende do homem irracional"*
(CHARLES DARWIN)

1. INTRODUÇÃO

O hino "A Internacional" é uma das composições mais brilhantes que o espírito humano concebeu. Resultou do perfeito matrimônio da eloquência de seus versos com a esfuziante sonoridade de sua melodia. Desde quando publicada, gravada e entoada por garbosos coros, requintadas orquestras e passeatas reivindicatórias ou em regozijo, a marcha se afinou a inúmeras mobilizações sociais, tornou-se o fundo musical que imprimia na alma dos inconformados a incitação apta ao despertar da coragem e da luta. Desafortunadamente, sua origem e conteúdo são pouco conhecidos entre nós, a despeito do sublime valor humanitário que a obra encerra.

Atento a isso, resolvi alinhar algumas palavras acerca da antológica canção, destacar os acontecimentos constituintes da ambiência em que fora confeccionada, em particular os rudimentos da Comuna de Paris de 1871 e das "Internacionais" que sucederam, biografando ligeiramente o letrista

e o pautador, para, ao final, esboçar, para os brasileiros, uma versão de minha modesta autoria.

2. O ESPÍRITO REVOLUCIONÁRIO

2.1. Um povo rebelde:

A Revolução Industrial, implementada a partir da Inglaterra de 1760, inaugurou um ciclo da História. A extensão e as conseqüências do movimento foram de tal monta que se alçaram, na feliz expressão de ALVIN TOFFLER, naquela 2ª Onda, que, em substituição à era agrícola, envolveu, abruptamente, a humanidade como um todo, introduzindo-lhe uma dimensão econômica, política, social e cultural sem precedentes. As velhas estruturas não resistiram ao forte tremor que a novidade, essencialmente fundada na modificação dos instrumentos de trabalho, desencadeou. Não tardou para que a inovação se espraiasse Continente adentro, conquistando, em especial, a Alemanha e a França. Esta última nação,

(*) Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo e Professor de Direito Constitucional da PUC-Campinas.

como nenhuma outra, sentirá, explícita e impiedosamente, a ascensão e manutenção da classe proprietária no Poder às custas de um intenso e prolongado banho de sangue, ao passo que sua massa trabalhadora será submetida a uma condição de insustentável miserabilidade, dando ensejo, com isso, a uma brasa que permanentemente acenderá os ânimos revoltosos e instilará violentas insurreições.

A historiografia francesa daquela época denota um sucedâneo de fatos marcados pela ira:

- 14/7/1789: explode a “Revolução Francesa”, com a derrocada da realeza medieval e a instalação da I República;

- 18/5/1804: o cônsul NAPOLEÃO BONAPARTE (1769-1821) é coroado NAPOLEÃO I, criando-se o I Império;

- 6/4/1814: dá-se a “Restauração dos Bourbons” e LUÍS XVIII (1755-1824) é entronado;

- 19/7/1830: eclode a “Revolução de Julho”, com a derrubada de CARLOS X (1757-1836) e subida de LUÍS FILIPE (1773-1850);

- 24/2/1848: irrompe a “Revolução de Fevereiro”, seguida da proclamação da II República e da abdicação de LUÍS FILIPE;

- 23/6/1848: dá-se a “Insurreição dos Operários Parisienses”, primeiro confronto armado entre burguesia e proletariado nos tempos modernos;

- 10/12/1848: eleição de CARLOS LUÍS NAPOLEÃO BONAPARTE (1808-1873) para o cargo de Presidente da República francesa;

- 2/12/1851: LUÍS BONAPARTE aplica um golpe de Estado, tomando para si a direção plenipotenciária do país;

- 2/12/1852: LUÍS BONAPARTE formalmente suprime a República e, sob o título de NAPOLEÃO III, implanta o II Império;

- 19/7/1870: início da Guerra Franco-Prussiana;

- 4/9/1870: a Assembléia Nacional revoga o II Império e depõe NAPOLEÃO III, instituindo a III República por meio do “Governo de Defesa Nacional”;

- 28/1/1871: assinatura de armistício pelos dirigentes franceses, mediante o qual se entregava Paris à dominação estrangeira;

- 17/2/1871: eleição de ADOLPHE THIERS (1797-1877) para o cargo de Chefe do Governo;

- 1º/3/1871: ocupação de Paris pelo exército prussiano, que perdurará por apenas três dias;

- 18/3/1871: surge a *Commune de Paris*.

2.2. Uma teoria rebelde:

Se, de um lado, a vertiginosa expansão da indústria capitalista propiciou o aparecimento de uma inédita espécie de burguesia, de outro, determinou, em correspondência obrigatória, o nascimento de extenso quinhão de despossuídos. Os primeiros clássicos enchiam as obras com variadas teses econômicas no intuito da análise objetiva dos fatores de produção, distribuição, circulação e consumo das riquezas. Faziam-no, entretanto, limitadamente dentro de uma ideologia liberal coincidente com os interesses dos donos dos meios de produção material, combatendo a ferros o modo mercantilista, o Estado absoluto e a invasão política no domínio econômico. Sob o emblema “*laissez faire et laissez passer, le monde va de lui-même*”, vieram ADAM SMITH (1723-1790), THOMAS MALTHUS (1776-1834), DAVID RICARDO (1772-1823), STUART MILL (1806-1873) e JEAN-BAPTISTE SAY (1768-1832). Falavam do trabalho, mas privilegiavam o capital, já que os empreendimentos individuais deveriam ser lançados ao livre sabor da Natureza.

Outros pensadores se sensibilizaram com a causa obreira, à qual faltavam uma teoria própria e uma organização interna. A plebe ficara à inteira mercê do patronato, quase sempre instalado com arbítrio Poder. Em trincheira oposta, forjaram-se, então, reações antiliberais. Suas propostas básicas eram a crítica do capital e o enaltecimento do trabalho. Engatinhava-se em direção do coletivismo. Alguns pesquisadores vinham urdindo juízos desfavoráveis ao industrialismo capitalista, denunciando a situação caótica em que estavam imersos operários e camponeses, e, enfim, apontando alternativas para a solução dos problemas mais terríveis com que o homem já se defrontara. De início, despontaram os adeptos do chamado *Socialismo Utópico*: ROBERT OWEN (1772-1858), CHARLES FOURIER (1772-1837), LOUIS BLANC (1812-1882), SAINT-SIMON

(1760-1825) e PROUDHON (1809-1865); depois, o *Socialismo Científico*, de KARL MARX (1818-1883) e FRIEDRICH ENGELS (1820-1895), depurando as primeiras correntes de seus ingredientes puramente idealistas e voluntaristas.

As inquietações dos trabalhadores logo se verteram em estopim para levantes esparsos ocorridos na Europa, nos Estados Unidos e na Ásia. Frequentemente, porém, eram todos abatidos pelas forças conservadoras, quando não serviam de mote a *pogrons* delirantes ou a investidas reacionárias no ludíbrio da política. Faltava-lhes uma ordem, sobrava-lhes uma inconsciência. Sindicatos, cooperativas, sociedades culturais e outras organizações trabalhistas já se estavam constituindo; todavia, ainda atuavam de maneira desarranjada e sem alianças concretas.

3. AS "INTERNACIONAIS"

3.1. A "I Internacional":

A então existente "Liga dos Justos" de Londres e Paris não passava de uma tentativa embrionária de uniformizar o movimento trabalhista. Foi dissolvida pelo Congresso ocorrido na primeira semana de julho de 1847, no momento em que os dirigentes abandonaram seus preceitos vagos e confiaram na proposta marxista. Sucedeu-se-lhe a "Liga dos Comunistas", com princípios ideológicos mais nítidos, provida de uma estrutura mais sólida e determinada a uma meta mais abrangente. O internacionalismo obreiro foi o núcleo da viragem: a máxima "*Proletários de todos os povos, uni-vos!*" passou a ser a epígrafe daquela que emergia como a primeira organização operária mundial de que se tem informação. As atividades da "Liga" suscitaram forte reação; suas comunidades amarguraram rígida perseguição em todos os países, culminando com a necessidade de rearticulação. Ainda tênue e sem haver alcançado os objetivos maiores, desaparece sua falange inglesa, em 17/11/1852.

A necessidade de germinar outra entidade de massas adveio da complexidade com que o capitalismo se desenvolvia. O crescente processo de industrialização não fora suficiente para a erradicação da miséria; ao contrário, a penúria do povo aumentava em escala logarítmica. Era

necessária uma organização que respondesse pela coordenação dos movimentos trabalhistas em todo o mundo. Portanto, em 28/9/1864, numa histórica reunião em Londres, decide-se pela criação da "Associação Internacional dos Trabalhadores", que se popularizou como a "I Internacional". Sentado à mesa diretora não menos que MARX... A preocupação maior era pela conscientização das nações de acordo com a orientação teórica da Ciência do Proletariado. A elevação do nível político do movimento trabalhista mundial, o amparo a organizações sindicais, o fomento de greves e a solidarização com os progressistas envolvidos em guerras civis, eram metas preestabelecidas.

A tarefa se fez mais árdua do que se previa nos primeiros instantes de empolgação: foram anos a fio de debates doutrinários, pleiteando-se a superação de dissensões intestinas motivadas principalmente por discursos reformistas, oportunistas e de ideólogos pequeno-burgueses; a cada dia, buscava-se atrair a simpatia das ligas existentes nos vários países, persuadindo-as ao engajamento na organização; o ponto máximo da "Internacional" é atingido quando, sob seus auspícios, em 09/8/1869, é fundado, na Alemanha, o "Partido Operário Social-Democrata", primeira agremiação marxista de massas estritamente política.

A dissolvência da "I Internacional" teve duas causas principais: a exacerbada perseguição contra si exercida pela burguesia e o próprio agigantamento dos reclamos sociais. A queda da Comuna parisiense, além de prostrar, episodicamente, as índoles revolucionárias, produzira o recrudescimento dos tentáculos capitalistas no seio do Estado, com o que os governos se proveram de maior energia para a interdição da propaganda a partir de uma confederação internacional de obreiros. No contraponto, grupos políticos nacionais se proliferaram num ritmo incontrolável: Partido Socialista Operário da Alemanha (1875), Partido Socialista Operário da América (1877), Partido Operário Francês (1879), Partido Social-Democrata da Áustria (1888), e tantos outros. A organização era cobrada e acionada em inúmeras frentes, o que reclamava a dilatação de seus quadros, a atualização de princípios, a mutação da tática e uma profunda

reestruturação. Além disso, MARX falecera, ao passo que toda a Europa atravessara conflitos armados (inclusive a Comuna), sedições continuadas, golpes de Estado, juramentos a textos constitucionais inéditos, bem como novas experiências republicanas e monárquicas. O mundo havia mudado...

Em 1874, a “Associação Internacional dos Trabalhadores”, decadente, já não se reunia; sua desintegração oficial se deu em 1876.

3.2. A “II Internacional”:

Como fruto dessas contingências, originou-se do célebre Congresso verificado em Paris, em 14/7/1889, a “II Internacional”, sob a batuta de ENGELS e com estratégias sensivelmente distintos. O compromisso, agora, era em apoio a uma legislação social de extensão planetária, como, por exemplo, a limitação da jornada diária de trabalho a oito horas. Rescindiu-se com a disposição de uma frente única e vinculativa das entidades operárias e optou-se pela formação de uma constelação de partidos sociais-democratas e sindicatos, dado o enorme peso que haviam conquistado, respeitando-se, no geral, a autonomia de cada um. Mais uma vez, no entanto, as esquerdas são atormentadas pela enfermidade que lhes parece crônica: o desentendimento.

O Partido Social-Democrata da Alemanha se dividira em três vertentes: *a)* a *direita* de EDUARD BERNSTEIN (1850-1932) tendia ao revisionismo, afirmando que o ideário marxista deveria ser reescrito e pugnando por uma **reforma** gradual do Estado burguês a partir da superestrutura, mediante a evolução do processo de democratização das instituições e de aperfeiçoamento do capitalismo; *b)* a *esquerda* de ROSA LUXEMBURG (1871-1919) interpretava como traição qualquer acordo com o Poder instituído, entendendo que somente a **revolução** poderia emancipar a classe trabalhadora e estabelecer um regime proletário; *c)* o *centro* de KARL KAUTSKY (1854-1938), na direção do partido, vacilava, cravando um discurso radical, todavia manobrando em favor dos oportunistas.

A reboque do que ocorria naquele estágio de desenvolvimento da Social-Democracia, a “II

Internacional” viu aflorarem, no seu corpo, duas alas bem diferentes, muito embora ambas se dissessem, inclusive em seus desvios, marxistas: *a)* os *reformistas*, advogando uma democracia representativa que garantisse o bem-estar social e assegurasse as liberdades públicas, como, *verbi gratia*, sufrágio universal, soberania sindical, direito de greve, facilitando-se à classe trabalhadora, por meio de partidos de massa, o exercício da pressão e decisão nos governos, bem como a ampliação e sedimentação jurídica das conquistas; *b)* os *revolucionários*, avessos às concessões e seguidores de uma linha de ação voltada à tomada - se necessário, violenta - do Estado, centravam vistas à derrubada imediata da burguesia dirigente e às subseqüentes instauração da ditadura do proletariado e supressão do trabalho assalariado.

O predomínio dos revolucionários durou até a insurreição russa de 1905. O fiasco do movimento serviu de pretexto aos reformistas, que denunciaram a imaturidade da aspiração revolucionária. Suas idéias passam a prevalecer na organização a partir de 1906.

A “II Internacional” se dissipou no mesmo mês em que eclodiu a I Guerra Mundial (agosto de 1914). A entidade não conseguiu definir uma posição única frente ao conflito. Os internacionalistas eram refratários ao recrutamento dos trabalhadores para os exércitos de seus respectivos países, porquanto todos possuíam interesses comuns e maiores, carecendo de sentido o obreiro matasse obreiro; antes disso, o proletariado nacional deveria aproveitar-se do delicado momento para golpear os governos locais, ganhar o poder e estabelecer a paz. Já os chauvinistas aludiam a um social-patriotismo, argumentando em favor do esforço de guerra para a derrota do inimigo externo. Venceu a última corrente; o organismo perdeu seu propósito. Finda a hostilidade, ainda se propugnou, em 1919, pela restauração da “II Internacional”. No encontro em Berna, os comunistas se ausentaram (para eles estava fadado outro futuro...), e os sociais-democratas preponderaram em uníssono. Finalmente, no Congresso de Frankfurt de 1951, ela passa a ser conhecida como “Internacional Socialista”, entidade que, até hoje, desempenha papel fundamental no internacionalismo obreiro,

por arregimentar os mais eminentes partidos sociais-democratas, socialistas e trabalhistas do mundo. Ela rompe com o comunismo totalitário, desapega-se dos métodos violentos e, sem caráter sectário, assume a defesa do povo inteiro.

3.3. A "III Internacional":

Em meio ao grande conflito de 1914-1918, explode a Revolução Bolchevique de 1917. A Rússia sai da guerra e edifica uma concepção de Estado denominada "ditadura do proletariado". Em seu reduto, os revolucionários, sob a liderança de VLADIMIR LENIN (1870-1924), optam pela criação de um organismo apto a combater não só o imperialismo capitalista como a degeneração teórica causada pela "II Internacional", que desertara dos princípios do marxismo e da luta de classes. Então, durante o Congresso realizado em Moscou, é formalmente declarado, em 4/3/1919, o nascimento da "Internacional Comunista" (*Comintern*), isto é, a "III Internacional". Ela formou o primeiro Partido Mundial da Revolução Socialista, diferentemente das organizações anteriores, que não passaram de uma frente de trabalhadores ("I Internacional") ou de um conglomerado de partidos obreiros ("II Internacional"). Era o início de um longo duelo entre comunistas e sociais-democratas.

A "III Internacional" pecou em demasia. Em 1920, editou uma carta de princípios contendo 21 itens representativos do valor hegemônico que os marxistas-leninistas pretendiam exercer sobre os movimentos socialistas no planeta. O autoritarismo foi intensificado com a ascensão de JOSEF STALIN (1879-1953); os expurgos vão minando as forças da instituição e gerando descontentamentos. A entidade prova sua fraqueza por não conduzir os comunistas a uma vitória nas eleições da Alemanha, e, pior do que tudo, por permitir a aventura de ADOLF HITLER (1889-1945). Sem embargo, o dogmatismo vai cedendo campo a uma realidade de mudanças causadas pela II Guerra Mundial, e a organização perde o pretendido monopólio absoluto dos partidos comunistas. É obrigada a se dissolver em 15/5/1943, a pedido - note-se - de WINSTON CHURCHILL (1874-1965).

3.4. A "IV Internacional":

Entre os próprios comunistas havia os que se opunham ao excesso de centralismo ordenado pela *Comintern* e se preocupavam com os rumos desastrosos que a União Soviética ia tomando. Os renegados pelo stalinismo, capitaneados por LEON TROTSKY (1879-1940), resolvem fundar, em Paris, uma associação independente. Ali surge, em 3/9/1938, a "IV Internacional". Propunha-se a resgatar os preceitos do bolchevismo, anular as dotações da casta do Partido Comunista e combater a ociosa burocracia. Exportar a revolução socialista era seu *leitmotiv*. Vaticinava que a II Grande Guerra seria o fator determinante da eliminação do nazismo e do esfacelamento da camarilha do Kremlin. No entanto, sem apoio, não obtém êxito. É minada pela desagregação interior e reprimida em todos os cantos, inclusive por STALIN, que, ao contrário das previsões, saíra fortalecido com o fim dos combates. Sua dispersão sucede em 1953.

Hoje, a "IV Internacional" não é um organismo centralizado, apenas subsistindo em reivindicações esparsas que assumem o trotskismo, máxime diante do malogro do "socialismo real".

4. A COMUNA DE PARIS

4.1. Os antecedentes:

A Comuna de Paris significou a primeira vez na história em que o proletariado tomou nas próprias mãos a máquina estatal, estabelecendo um modelo democrático de governar jamais esquadrihado anteriormente.

Seus antecedentes são sobretudo econômicos. O modo de produção capitalista de fase industrial havia invadido os principais centros do país, principalmente durante o II Império. Êxodo rural e explosão urbana são seus resultados imediatos. O eixo da economia é deslocado para a cidade, onde perfilham as fábricas. Homens, mulheres e crianças, provenientes de todos os rincões, para lá rumavam, na única expectativa de sobrevivência. Os que, com alguma sorte, conseguiam emprego não escapavam da crueldade imposta por uma exaustiva jornada de trabalho, que chegava a 16 horas diárias, tudo derivado da combinação entre a produção em larga escala e a

ânsia de lucros cada vez mais elevados. Rapidamente o operário perceberá a impiedade do modelo liberal-burguês, bem como os efeitos deletérios da mais-valia: os ínfimos salários, por ele recebidos a título de remuneração pela venda de sua força de trabalho, eram insuficientes à manutenção do lar, sendo compelido a atrair para a indústria praticamente toda a família: daí o sórdido registro da atividade laboral de crianças com apenas cinco anos de idade, ou menos ainda. O povo em geral seguia sob condições subumanas: amontoava-se em casebres localizados em vielas insalubres e perigosas; vivia-se em meio à absoluta falta de higiene, às doenças, à mortalidade precoce, à fome, à ignorância e a tantas outras privações. Descontente, o proletariado vai-se organizando à margem do Estado, adquirindo consciência de sua importância, aliando-se em sindicatos e promovendo greves.

Além disso, as políticas escolhidas pelos governantes franceses formaram elementos precipitantes daquela grande conflagração.

Internamente, o *État Gendarme*, abstraindo-se das mazelas sociais, negava-se a enxergá-las ou a intervir com a construção de um plano de seguridade social ou mediante a edição de normas legais de proteção ao trabalhador. Suas ações eram invariável e impetuosamente dirigidas no propósito de fulminar os protestos das camadas mais baixas. Sucediavam-se, no Poder, realistas, republicanos, monarquistas, liberais, bonapartistas, financistas, banqueiros, demagogos, todos com suas vistas voltadas aos interesses da classe dominante, da alta burguesia industrial ou da nobreza ociosa. A cada câmbio administrativo correspondia um morticínio e, em seguida, o fenecimento das esperanças por dias melhores. A insatisfação das pessoas só tendia ao agravamento.

No plano externo, o motim senta raízes na Guerra Franco-Prussiana. Em 19/07/1870, NAPOLEÃO III declarou o estado de beligerância contra a Alemanha sob unificação do 1º Ministro OTTO VON BISMARCK (1815-1898). A campanha foi, aos poucos, minando as energias do II Império francês, terminando por provocar sua ruína. O campo de batalha, contudo, não se estancou com o advento da República. De revés em revés, de retirada em retirada, as hostes francesas

vão-se encolhendo, permitindo que as tropas germânicas cercassem a Capital. O conflito havia posto às abertas a política covarde do governo francês.

Há tempos a classe dirigente desconfiava estar em curso uma revolução operária disposta à tomada violenta do Estado. Várias passagens indicavam a tendência: “Revolução de Julho” (19/07/1830), Insurreições dos Tecedores de Lion (1831 e 1834), “Revolução de Fevereiro” (24/02/1848), “Insurreição dos Operários Parisienses” (23/06/1848), resistências populares em Paris no final de 1851, manifestações contrárias à capitulação em 31/10/1870 e 22/01/1871. As cenas sempre se repetiam: greves, barricadas, enfrentamentos armados, entusiásticas palavras de ordem, repressão, feridos, mortos e detidos, julgamentos sumários, vingança... A França era uma fêmea prenhe de amotinados; Paris, um arriscado barril de pólvora à espera de faísca. A perspectiva, cada vez mais próxima, de que os socialistas estavam prestes à conquista do poder logo se transformou num tenebroso pavor para as cabeças da III República. A época foi de um surrealismo ímpar, porém característico da devassidão: a uma, pois mais do dobro da Assembléia Nacional era composto de monarquistas; a duas, porquanto o governo acabou por se aliar ao inimigo externo. A III República e seu Governo de Defesa Nacional eram ilusões.

Como isso era possível? Havia uma lógica em tantas contradições. Durante as eleições de fevereiro de 1871, os monarquistas, ao contrário dos republicanos, prometeram o final da guerra com a Áustria, captando, assim, a confiança da maioria do eleitorado, que era menos esclarecido e radicado em zonas rurais. Contudo, a população da Capital desejava, com audácia, resistir; qualquer acordo com o invasor, além de representar o primeiro degrau para a restauração da monarquia, seria jogar em vão tantos meses de desafiante provação, de dor inesquecível e de prolongado desabastecimento impostos durante o embargo. A direção governista, premida pela elite aristocrata, mas, acima de tudo, avistando a oportunidade de abortar *per semper* o ideal socialista - já anunciado nas ruas - do estabelecimento de uma “República Proletária”, inclina-se pela traição. À alta burguesia era preferível entregar Paris aos *Junkers* prussianos

a vê-la dominada por um governo operário. O que se segue é um expediente conspiratório. Secretamente, JULES FAVRE (1809-1880), Ministro francês dos Negócios Estrangeiros, firma, em 28/01/1871, o armistício com BISMARCK, convidando-o a ingressar em Paris e incitando-o a esmagar eventuais focos de resistência, visto que a coluna republicana era impotente para o desarme total. Num arrogante desfile, os militares germânicos adentram na linda cidade em 1º/03/1871; os parisienses, alertados dos reais propósitos genocidas, passivamente rejeitam a provocação, permanecendo escondidos em suas casas. Depois de poucos dias, sem combates, os prussianos se ausentam de Paris.

THIERS, efetivado Chefe do Executivo desde 17/02/1871, expede nota à Guarda Nacional, braço armado da população que heroicamente havia defendido Paris, ordenando-lhe a deposição e entrega das armas. A determinação não foi atendida... O desafio estava lançado; o palco era propício ao choque...

4.2. Os presentes:

Na madrugada de 18/03/1871, testemunhas flagram uma facção do exército republicano francês pilhando, sob a autoridade de MAC MAHON e por instrução do governo, o arsenal que defendera Paris durante meses. Avisados, os comandantes da Guarda Nacional destacam parte de seu contingente de cerca de 300.000 homens, enviando-a ao bairro de Montmartre; evita-se, após breve confronto, a consumação daquela inaudita patifaria. Em poucas horas, toda Paris, inconformada, acende-se; o ódio aos traidores brevemente se transforma no empuxo do levante, que se espalha de quarteirão a outro. O alastramento da agitação bate às portas do Palácio do Governo. Surpresos e indefesos diante da celeridade e das proporções da afluência popular, THIERS e seu séquito de *capitulards* apressadamente abandonam, sob vaia generalizada, a Capital, refugiando-se em Versalhes, para onde transferem a sede administrativa da França.

O Comitê Central da Guarda Nacional assume o Governo Provisório de Paris, proclamando-a Comuna autônoma. O caldo de cultura revolucionária fervido nas últimas décadas foi o elemento espiritual impulsionador do

movimento, ora preocupado em não recair nos erros do passado. Para o desempenho da nova direção política, os *communards* obtiveram inspiração dentro do receituário coletivista que se contrapunha à exploração do trabalho pelo capital. A Comuna fora muito influenciada pela "Internacional", à qual vários revoltosos estavam filiados, e contava com o apoio de inúmeras organizações de trabalhadores do mundo. Era o primeiro Estado proletário da história.

Em poucos dias, profundas reformas de base foram empreendidas no afã de aniquilar as estruturas do velho modelo burguês e sua performance burocrático-militar: separou-se o Estado da Igreja; eliminaram-se o exército regular e a polícia política; aboliu-se a Justiça aristocrata; suprimiu-se a declaração de Estado de Sítio; anistiarão-se os presos de consciência; fixou-se um sistema de responsabilidade administrativa em face dos servidores públicos, anulando-lhes as tradicionais imunidades e sujeitando-os à revogabilidade, a qualquer tempo, de suas investiduras (*recall*); aproximou-se a representação popular à democracia direta preconizada por ROUSSEAU; equiparou-se a remuneração dos mandatários com os soldos dos operários; em 26/03/1871 houve eleições, já sob um procedimento eleitoral mais democratizado, e a extinção do Comitê Central; unificaram-se o Legislativo e o Executivo, no intuito de se centralizar o Poder; transferiram-se empresas fechadas para a titularidade dos trabalhadores vinculados a associações produtivas; expropriaram-se os prédios abandonados pelos fugitivos em favor dos sem-teto; abriram-se as portas dos principais centros culturais de Paris à visitação pública e gratuita; vedaram-se as atividades insalubres e noturnas; regulamentou-se a jornada de trabalho. Mesmo a pequena burguesia urbana foi beneficiada com algumas medidas necessárias: anularam-se as dívidas por inadimplência de aluguéis; postergou-se o vencimento de títulos de crédito; inibiu-se a cobrança de juros incidentes sobre os débitos.

Homens do povo agora podiam participar ativamente das decisões de governo: o encadernador VARLIN figurará como uma das personagens mais notáveis da Administração comunal; o jovem operário AMOUROUX será enviado a Lion e Marselha como porta-voz da revolução; os

Ministérios do Interior, da Fazenda e da Educação serão respectivamente assumidos pelo lavanderista GRENIER, pelo internacionalista JOURDE e pelo sapateiro ROULIER. No seio do governo insurreto conviviam diversas correntes do pensamento socialista: blanquistas, proudhonistas, neojacobinos e, em menor escala, marxistas.

Entretanto, apesar das mudanças que patrocinou, a Comuna estava longe da perfeição. Os desacertos cometidos foram-lhe fatais. Sequer escaparam da crítica de MARX (v. *A Guerra Civil em França*), que, no exílio em Londres, já denunciava a evidência dos equívocos, a despeito de nutrir confessada simpatia perante o motim. MARX a entendia prematura, profetizando que daria azo a um ajuste entre os integracionistas versalheses e os intervencionistas prussianos, porquanto ambos os setores estavam predispostos a ilhá-la.

Brotada da espontaneidade da multidão, a conjura carecia de um preparo teórico. Sob o imprudente entusiasmo inicial, os sublevados fabulavam que o movimento era uma via hábil a combater em dois *fronts*, derrotando, ao mesmo tempo, o agressor prussiano e a tirania republicana francesa. Não se usou de boa estratégia de guerra: os *communards* ingenuamente deixaram de prender a cúpula governista logo no primeiro dia. Subestimaram a capacidade de refazimento das forças contra-revolucionárias, e, com as fronteiras da cidade escancaradas, consentiram que a caterva de janotas se homiziasse na província vizinha. Optando por um esquema tímido e meramente defensivo, não se ocuparam de estender a rebelião até Versalhes. Justamente desta localidade partiriam as tropas para o cruento revide. Com Paris circunscrita a um território sitiado pelo poderio adversário, a Comuna isolou-se.

Com uma ótica estreita da situação, os parisienses não se aperceberam da sua magnitude; não descobriram que seus ideais eram idênticos aos de outras regiões e que poderiam facilmente contaminar o resto do país. Não se zelou por um pacto - certamente indispensável - com os camponeses. Não se buscou e não se deu apoio eficiente às demais manifestações do gênero contemporaneamente ocorridas em Lion, Marselha, Saint-Etienne, Tolosa, Perpignan e Creusot. Logo que derrotaram, uma a uma, essas comunas, os

versalheses, recuperados, agora estavam aparelhados e livres para o adensamento de esforços contra Paris. Difuso em sua constituição, o comunismo não produziu uma liderança mais contundente. Questões de somenos importância e disputas pessoais estorvavam as decisões coletivas. Ações políticas eram prejudicadas por causa das graves confusões reinantes no corpo deliberativo. O exemplo mais patente desta divisão interna entre os comuneiros se deu em relação ao financiamento da campanha: embora se pretendesse um Estado trabalhista, a Comuna, não absorvendo inteiramente a proposta marxista, então minoritária, negligenciou a exigência de alargamento do plano expropriatório; ao invés de confiscar todo o ouro que abarrotava os cofres do Banco da França em Paris, decidiu pela pura tomada de empréstimos, endividando-se.

Sem maturidade e sintonia, a tentativa insurrecional estava fadada ao fracasso. E pior: a uma tragédia.

A partir da segunda quinzena de abril, já se reparava naquele jogo de braços o desequilíbrio em prol dos conservadores. Em 10/05/1871, França e Prússia assinaram o "Tratado de Paz de Frankfurt", que, embora formalmente pusesse termo à guerra, representava, para a primeira, uma rendição humilhante, e, para a História, uma pífida conspiração. Dele os republicanos souberam extrair uma vantagem: eliminara-se mais um desconforto à satisfação das pretensões burguesas. Restava, apenas, tomar a Comuna. Em 22/05/1871, auxiliado - note-se - pelas tropas alemãs de BISMARCK, o exército de THIERS entra em Paris e, de batalha em batalha, ultrapassa as barricadas opostas pelos ardorosos comunistas.

Os combates prosseguiram até 27/05/1871. À mingua, a Comuna é fragorosamente vencida. O período de invasão ficou conhecido como *semaine sanglante*, dada a selvageria a que se assistiu. Mesmo os dirigentes da Comuna desceram a atrocidades: desesperados, tomaram burgueses e clérigos como reféns; não atendidos, fuzilaram mais de setenta seres indefesos. Do outro lado, os regimentos versalheses desconsideraram a sensível inferioridade do adversário, praticamente assassinando mais de 30.000 indivíduos. Ao término do massacre, a beleza de Paris havia cedido

lugar a um cenário macabro: a cidade se transformara num vasto morgue sobre o qual se empilhavam, aos fétidos montes, cadáveres servindo ao repasto de cães e abutres. A carnificina não pararia aí. Foram aprisionados cerca de 60.000 habitantes, a maioria dos quais foi executada; os demais conheceram a aflição do degredo nas colônias francesas.

4.3. Os conseqüentes:

Em seus 72 dias de existência, a Comuna de Paris legou à humanidade exemplos e experiências jamais hauridos. Foi um dos instantes mais comoventes da História. Excitou uma consciência de classe em relação à massa trabalhadora. Revelou a fenda interposta entre as camadas sócio-econômicas, bem como a inconciliabilidade, naquele momento, entre interesses tão antinômicos. Trouxe às mostras o método pelo qual se costumam desenvolver as políticas corruptas de grupos dirigentes alojados no Estado burguês-liberal. Demonstrou que o livramento do proletariado deve necessariamente passar por um processo de compreensão internacional e de alianças cada vez mais amplas. Estimulou o nascimento, em cada país, de um partido de esquerda com o designio de aglutinar os princípios teóricos, modelos aplicativos e preparos organizacionais do movimento proletário internacional. Provou que o operariado, desde que alicerçado numa teoria válida e consistente, é capaz de uma *praxis* suficiente a expungir as diferenças entre os homens e, ainda, granjear o Poder e alterar seus substratos, no escopo de conferir a todos o exercício da plena cidadania. Evidenciou que a peleja contra os mais abastados nunca é ingloria, jamais insana. Vaticinou que o autêntico progresso do humano só poderá se efetivar no preenchimento da utopia que conclama a uma sociedade mais justa, fundada nos princípios da solidariedade e da ausência de exploração.

Seus reflexos foram imediatos na época. A Comuna de Paris propagou suas noções para as demais cidades industrializadas da França, que também içaram baionetas e pronunciaram o autogoverno (19 a 27/03/1871). Além disso, na conferência de 17/09/1871, a "I Internacional" decide abordar a relação direta entre trabalhador e Estado, dando particular ênfase às atividades

políticas das massas. Espantadas, as lideranças governistas em todo o mundo civilizado foram constrangidas à elaboração de regras jurídicas de proteção social e de reconhecimento e regulamentação de direitos trabalhistas.

Finalmente, os principais movimentos sociais do século XX - inclusive os que se levantaram contra o terror dos regimes stalinistas - beberam de sua água: os *Sovietes*, na Rússia de 1917; os *colectivos*, na Espanha de 1937; o *Conselho de Trabalhadores*, na Hungria de 1956; os *cordones*, no Chile de 1973; o *Solidariedade*, na Polônia de 1980. Não se deve olvidar que o espírito da Comuna de Paris foi o que infundiu a *Intentona Comunista* de 1935 no Brasil, quando Natal se sublevou.

5. UM POEMA MELODIADO

5.1. O Poema:

O poema *L'Internationale* proveio das mãos de EUGENE POTTIER (1816-1887). Ele nasceu em Paris, mas exerceu seu ofício de carpinteiro na cidade de Lille. Vivendo no ambiente de desonrosa pobreza que envolvia os trabalhadores, sua mente foi acordada para as questões sociais, dirigindo-se para uma psicologia revolucionária. De volta à terra natal, deparou-se com a "Insurreição dos Operários Parisienses".

A população rebelada havia destronado o rei LUÍS FILIPE em fevereiro de 1848. Tudo indicava que o governo provisório, que o substituíra, restauraria os princípios de liberdade, igualdade e fraternidade de 1789, dando continuação ao projeto de uma República democrática e social. Logo se anteviu, porém, que os sucessores do Poder agiam em favor da classe proprietária francesa. Pesados impostos novamente recaíram sobre os ombros dos produtores, aliviando-se à burguesia toda carga tributária. Em junho de 1848, POTTIER mistura-se ao povo que retorna às ruas. Novas lutas, novas detenções, novas retaliações. Felizmente, POTTIER não está entre os 500 mortos em combate, nem entre os 11.000 executados.

Sua vocação guerreira não havia cessado. Com a erupção da Comuna em março de 1871, enfileirou ao lado dos inconfidentes. Durante o curto mando proletário, foi eleito representante popular junto ao alto Conselho. Combateu

bravamente durante a “Semana de Maio”. Julgado à revelia pelo famigerado Tribunal de Guerra, foi condenado à pena capital em maio de 1873; todavia, a sentença não foi cumprida graças à sua astúcia em escapar para a Inglaterra e, em seguida, refugiar-se nos Estados Unidos.

Em junho de 1871, EUGÈNE POTTIER escreveu, em seu idioma, um lindo poema, como forma de celebrar o valor extraordinário da Comuna de Paris. Dedicou-o a GUSTAVE LE FRANÇAIS, seu colega no Comitê Central da Guarda Nacional, e denominou-o *L'Internationale*, em homenagem à “Associação Internacional dos Trabalhadores”, de que era membro atuante. Dotado de vivaz consciência de classe, ele ingressara na “I Internacional”, a quem devotara amor e lealdade; em troca, o organismo expandira-lhe os horizontes.

Seguem os escritos originais da obra-prima, pela primeira vez publicados em 1887, na coletânea intitulada *Chants Révolutionnaires*:

Chorus:

C'est la lutte finale:
Groupons-nous, et demain,
L'Internationale
Sera le genre humain.
C'est la lutte finale:
Groupons-nous, et demain,
L'Internationale
Sera le genre humain.

1. Debout! les damnés de la terre!
Debout! les forçats de la faim!
La raison tonne en son cratère,
C'est l'éruption de la fin.
Du passé faisons table rase,
Foule esclave, debout! debout!
Le monde va changer de base:
Nous ne sommes rien, soyons tout!

Chorus:

2. Il n'est pas de sauveurs suprêmes:
Ni Dieu, ni César, ni tribun,
Producteurs, sauvons-nous nous-mêmes!
Décrétons le salut commun!
Pour que le voleur rende gorge,
Pour tirer l'esprit du cachot,
Soufflons nous-mêmes notre forge,
Battons le fer quand il est chaud!

Chorus:

3. L'État comprime et la loi triche;
L'Impôt saigne le malheureux;
Nul devoir ne s'impose au riche;
Le droit du pauvre est un mot creux.
C'est assez languir en tutelle,
L'Égalité veut d'autres lois;
“Pas de droits sans devoirs,” dit-elle,
“Égaux, pas de devoirs sans droits!”

Chorus:

4. Hideux dans leur apothéose,
Les rois de la mine et du rail
Ont-ils jamais fait autre chose
Que dévaliser le travail:
Dans les coffres-forts de la bande
Ce qu'il a créé s'est fondu.
En décrétant qu'on le lui rende
Le peuple ne veut que son dû.

Chorus:

5. Les rois nous soulaient de fumées,
Paix entre nous, guerre aux tyrans!
Appliquons la grève aux armées,
Crosse en l'air et rompons les rangs!
S'ils s'obstinent, ces cannibales,
A faire de nous des héros,
Ils sauront bientôt que nos balles
Sont pour nos propres généraux.

Chorus:

6. Ouvriers, paysans, nous sommes
Le grand parti des travailleurs;
La terre n'appartient qu'aux hommes,
L'oisif ira loger ailleurs.
Combien de nos chairs se repaissent!
Mais, si les corbeaux, les vautours,
Un de ces matins, disparaissent,
Le soleil brillera toujours!

Chorus:

POTTIER só pôde regressar à França em 1887, ano em que lá suspirou por derradeiro. Morreu na mesma situação que o acompanhara toda a vida: deitado em extrema pobreza. Porém, o destino ainda lhe reservava uma última truculência: o cortejo fúnebre foi rispidamente atacado por policiais, que pretendiam arrancar a bandeira vermelha empunhada pelos que, consternados, escoltavam sua urna.

5.2. A Melodia:

PIERRE DEGEYTER (1848-1932) - forma nominal afrancesada de PIERRE CHRETIEN DE GEYTER - nasceu na Bélgica, mas, logo na primeira infância, migrou para o país vizinho. Desempregado e, assim, expulso das regiões flamengas, seu pai se transfere para Lille, próspera zona industrial do norte da França. Lá, instalou-se no bairro de Saint Sauver, notabilizado por VICTOR HUGO (1802-1885), que, numa ardente acusação, denunciaria sua ignominiosa paupérie.

Aos sete anos de idade, PIERRE DEGEYTER já trabalhava numa tecelagem de algodão, a fim de ajudar no sustento dos dez membros de sua família. À semelhança de tantos outros, não pôde receber uma educação formal, pelo que só se alfabetizou em virtude de uma hercúlea dedicação individual. Desde a adolescência, pulsava-lhe o pendor para a música. Conseguiu, às duras penas, ingressar num conservatório, onde aprendeu os fundamentos daquele difícil engenho. Seu aperfeiçoamento artístico foi interrompido pelo conflito contra a Prússia. Convocado, integrou-se ao exército francês.

A experiência militar, não obstante seu conjunto de vicissitudes, fez-lhe desabrochar um *insight*: em contato com os soldados, convenceu-se de que o *status* de indigência absoluta não lhe era ocasional ou particular, mas disseminado em toda a sociedade, de maneira objetiva e estrutural. A miséria não era própria de pessoas, apenas; antes disso, ela tangia, *in totum* e independente de subjetividades, camadas sociais inferiores, a cujos membros tão-somente faltava uma compreensão de classe. Munido do propósito das reformas, PIERRE DEGEYTER adentra na vida política e sindical. Torna-se co-fundador do Partido Operário Francês e ingressa no Sindicato de Carpinteiros.

Apesar de desempregado, retorna aos estudos musicais, tomando intimidade com diversos instrumentos e começando a compor, com maestria, melodias temáticas a serem interpretadas nas associações de trabalhadores. Em 1888, encarrega-se de construir uma canção em homenagem ao Sindicato dos Jornaleiros de Lille. Para tanto, consulta a recém-divulgada coleção *Chants Révolutionnaires*, dele seleciona o poema

L'Internationale, de EUGÈNE POTTIER, e resolve musicá-lo. Com talento incomum, PIERRE DEGEYTER cria as notas e põe sob pauta os lindos versos, permitindo fossem cantados. Em 23/07/1888, numa apoteótica exibição do coral "La Lyre des Travailleurs", pertencente ao Partido Trabalhista Francês e de que o próprio DEGEYTER era um dos dirigentes, a composição é pela primeira vez executada em público, na cidade de Lille.

A 1ª edição da obra, providenciada pela própria "La Lyre des Travailleurs" e constituída de 6.000 cópias, continha a seguinte apresentação: "Letra de E. POTTIER; Música de DEGEYTER". Temendo represália de seu patrão e não querendo arriscar o emprego, que duramente havia amanhado, PIERRE DEGEYTER ali evitou a menção expressa de seu prenome ou mesmo a simples indicação da inicial. Mal sabia ele dos dissabores que a omissão lhe reservaria...

A 2ª edição foi assinalada por séria polêmica, cujas origens remontam à negociação dos direitos autorais sobre a letra do poema. A viúva de POTTIER havia-os vendido em favor do compositor G. B. CLEMENT; este último, por seu turno, repassou-os para GUSTAVE DELORY, que ajudara a fundar a "La Lyre des Travailleurs" e, na carreira política, elegera-se Prefeito de Lille e membro do Parlamento francês. Ansiando também se apropriar, agora indevidamente, dos direitos sobre a música, DELORY armou uma trama em conjunto com ADOLPHE DEGEYTER, irmão de PIERRE: valendo-se da ausência momentânea do verdadeiro autor da melodia, obteve, de início, uma declaração escrita de ADOLPHE, em que este falsamente afirmava ter sido o pautador - situação que se mostrava ao menos verossímil, porquanto não se declinara seu nome completo - e haver transferido tais vantagens ao Partido Socialista. Por isso é que a segunda divulgação, financiada por DELORY, estampava o nome de ADOLPHE DEGEYTER como sendo o autor da música, o que garantiria todos os dividendos, meio a meio, ao fraudador e ao partido francês.

Ao se inteirar do ocorrido, PIERRE acionou a Justiça, em 1904, reclamando para si os direitos sobre a música; a querela se estendeu até 1914, decretando-se-lhe a sucumbência, apesar dos esforços no sentido de demonstrar a inaptidão de seu irmão para a confecção da melodia. Todavia,

ADOLPHE, arrependido, enviou a PIERRE uma carta datada de 27/4/1915, em que confessava a inverdade de seu depoimento inicial; e, munido desta prova nova, PIERRE pleiteou, com sucesso, uma revisão judicial de seu caso, para, só então, sagrar-se vencedor final, em 1922. Definitivamente, PIERRE DEGEYTER era reconhecido como o compositor da música; o registro formal do direito autoral em seu nome viria em 1926.

O importante é advertir que a controvérsia não se resumira a um assunto meramente familiar nem a uma mesquinha disputa de conteúdo econômico. Interesses maiores faziam o pano de fundo. O que nela se projetou foi a própria fragmentação doutrinária do marxismo. PIERRE e ADOLPHE eram filiados ao Partido Socialista da França, porém com colorações opostas: o primeiro, revolucionário; o segundo, reformista. Isso explica muita coisa: como os socialistas estavam, desde 1906, no volante do internacionalismo trabalhista e dos grupos nacionais que o compunham, era-lhes conveniente a atribuição das honrarias ao confrade ADOLPHE, negando-as ao comunista PIERRE.

Assim, quando a canção se torna, no Congresso de Copenhagen de 1910, o hino oficial da “II Internacional”, era esperado fosse ADOLPHE DEGEYTER arrolado como autor da melodia, na proporção em que encarnava a maioria oportunista no Partido Socialista Francês, que sempre teimou nesta tecla. Só em 1920 é que o Partido Socialista ingressa na “III Internacional” e se transforma no Partido Comunista Francês. É a partir daí que PIERRE DEGEYTER vê soltas as mãos. Vai à Rússia diversas vezes: em 1922, tem o privilégio de dirigir a orquestra que orgulhosamente tocou sua música perante o IV Congresso da “Internacional Comunista”; na condição de delegado francês, participou, em 1927, do VI Congresso da *Comintern*; e, em 1928, lá foi honrado com uma justa homenagem alavancada pelo governo soviético.

O féretro de PIERRE DEGEYTER foi acompanhado por cerca de 50.000 pessoas formando uma excepcional plêiade de amigos e simpatizantes que vieram manifestar seu adeus ao incansável revolucionário.

5.3. A Versão:

O poema musicado *L'Internationale* tem sua própria saga. O ritmo da cantiga e o apelo da escrita, providos de um deslumbramento sem par, com rapidez contagiaram os protagonistas de fatos fabulosos materializados em instantes de extrema perturbação social, remanescendo impressos no íntimo dos marchadores e sendo legados de geração a outra. Do perfil poético da letra emanam o libelo contra as iniquidades, a significação da mudança, a flâmula da dignidade, o símbolo da libertação, o exemplo da bravura, a imagem da firmeza, a representação da ousadia. O lirismo soa bálsamo dos deuses que derrama sobre os mortais um excitante eflúvio, uma vibração incontrolável que os embala à frente, que os propende à jornada, que os guia das trevas à luz, arrancando-lhes um sentimento de sacralidade acerca da evitação da indiferença e do embaraço. A composição tem algo de mítico, algo que inexplicavelmente emociona os ouvintes, transitando-lhes a dimensão da fantasia, algo que magicamente lhes penetra e encanta a alma, que invade as profundezas da irracionalidade, convidando-a à conscientização recorrente. Um arquétipo da humanidade, um totem da política, um paradigma da irresignabilidade, uma remissão à mente clara e desperta...

“A Internacional” assumiu uma trajetória quase legendária: em 1896, durante a realização de um Congresso do Partido Socialista em Lille, foi solenemente entoada pelos trabalhadores, que desta forma conseguiram abafar os entreveros - que se anunciavam sérios - entre os membros franceses e os delegados alemães presentes; em 1910, o Congresso de Copenhagen a oficializa como o hino da “II Internacional”; em 1918, é com louvor eleita hino estatal da União Soviética, posição que manteve até 1943; em 1936, é efusivamente cantada ao longo das admiráveis avenidas de Madrid pelos recrutas da Brigada Internacional, no intuito de se exaltar a população a abraçar a causa da República e a repelir o avanço franquista; em 1989, foi dramática e repetidamente invocada pelos estudantes concentrados na Praça da Paz Celestial em Pequim, inclusive quando as forças da repressão lançaram suas balas assassinas (“curiosamente”, a imprensa ocidental nada comentou a tal respeito...).

Esta poesia lírica é o referencial dos socialistas - marxistas ou não - e de todos os que se ergueram a um grau superior de conscientização, almejando, com intransigência, a justiça social e o usufruto comum dos bens e valores produzidos pela sociedade.

Em associação à linha tortuosa dos eventos e diante das cisões que se observaram no movimento trabalhista universal, a letra da música foi experimentando adaptações. Contudo, goza da prerrogativa de haver sido convertida para praticamente todos os idiomas. Há até uma transposição para o dialeto zulu... O hino também foi trasladado para a língua portuguesa ... mas em Portugal.

Não havendo notícia de uma versão brasileira, atrevi-me à seguinte grafia:

Título (tradução): "*A INTERNACIONAL*"

Letra (1871): *EUGÈNE POTTIER*

Música (1888): *PIERRE DEGEYTER*

Versão (brasileira): *CARLOS HENRIQUE MACIEL*

I

Avante, bravos companheiros!
Em pé, heróica legião!
Marchem, escravos justiceiros!
É o fim da opressão.

É chegado o tempo da vitória
Assim se rompem os grilhões
É nosso o vento da história
Nenhum tirano, nem patrões.

Chorus (bis):

Venha, então, explorado!
Para a luta final...
Quem está ao seu lado
É a Internacional.

II

Homens do campo, operários
A terra toda ao produtor
Formando, em canto, proletários
Um povo livre e redentor.

Fomos já famintos na miséria
A dor do sangue a rolar...
Emblemas tintos de uma era
Que o nosso pano hão de forrar.

Chorus (bis):

III

Impõem a falsa liberdade
Burgueses fazem suas leis
No Estado falta igualdade
Trabalhador, é a sua vez.

Acordem, seres, de seus leitos!
Há um mundo pronto a render
Não mais deveres sem direitos
Nenhum direito sem dever.

Chorus:

IV

Com coragem, massa servil!
Na mão, brandindo uma flor
Na outra, faça um fuzil
Armado, se preciso for.

Chorus (bis):

Venha, então, explorado!
Para a luta final...
Quem está ao seu lado
É a Internacional.

I - A CIDADANIA E A EFETIVIDADE DO PROCESSO

Samuel Antonio Merbach de OLIVEIRA*

O descompasso do processo atual com os reclamos da sociedade moderna trouxe à tona a discussão sobre sua instrumentalidade e efetividade.

O processo é instrumento de direito material atuando como meio para prestação da jurisdição. E deve servir à ordem constitucional e legal permitindo um acesso rápido e eficaz ao judiciário, uma participação real das partes e do juiz, tendo-se, por conseguinte decisões úteis, rápidas e justas.

Atualmente, os processualistas vêm a jurisdição não apenas como poder, mas também como função e atividade. Com efeito, laboram intensamente visando uma maior efetividade do processo, a qual, segundo Cândido Rangel Dinamarco (in *A Instrumentalidade do Processo*. Malheiros Ed. 7ª ed. 1999, pág. 270): "constitui expressão resumida de idéias de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função social-política-jurídica, atingindo em toda a sua plenitude todos os seus escopos institucionais".

A sociedade, como é sabido de todos, sofre uma profunda e permanente transformação de toda sua estrutura, em face das inúmeras modificações realizadas e suas dimensões.

Como indicativo de novos caminhos, cresce a cobrança junto às instituições, e neste contexto o Poder Judiciário começa a ser questionado quanto à morosidade de suas decisões. Imprescindível o enfrentamento por parte de todos, mas ainda maior das autoridades envolvidas, objetivando solucionar, em sua totalidade, a crise que hoje assola o Poder Judiciário.

Muitos são os diagnósticos já apresentados, inclusive no tocante ao número de ações que aumenta assustadoramente a cada dia, mas a demora do seu procedimento ordinário é enorme, e este nos parece o principal motivo de crise desta justiça.

Francamente, considero injusto o trabalhador, no caso a parte mais fraca, ter de suportar por muitos anos uma discussão judicial, com toda aquela ansiedade natural de ver satisfeitos direitos mínimos que servem unicamente para seu sustento e de seus familiares, ao passo que seu empregador não enfrenta as mesmas dificuldades e angústias, posto que protegido pela sua condição econômica, sem contar que muitas vezes apenas aguarda o desfecho final da demanda da qual já se sabe o resultado.

Nesse sentido, o Jurista Luiz Guilherme Marinoni, na célebre obra *"A Tutela Antecipada na Reforma do Processo Civil"* (Malheiros Editores, 1995), ao cuidar do assunto, afirma que "o procedimento ordinário é injusto às partes mais pobres, que não podem esperar, sem dano grave, a realização dos seus direitos. Todos sabem que os mais fracos ou pobres aceitam transacionar sobre os seus direitos em virtude da lentidão da justiça, abrindo mão da parcela do direito que provavelmente seria realizado, mas depois de muito tempo. A demora do processo na verdade, sempre lesou o princípio da igualdade".

Sabemos, evidentemente, que a essência da atividade jurisdicional não reside especificamente na celeridade, porém o fator tempo, a exagerada demora das demandas conspira contra a própria efetividade da tutela jurisdicional, resultando numa

(*) Professor de Direito da Faculdade de Administração de Empresas "Padre Anchieta" e Mestrando em Direito pela PUC-Campinas.

série de desvantagens para os jurisdicionados e a comunidade em geral, e mais, o próprio descrédito para com a instituição.

Como adverte, a propósito, Nicolo Trocker, citado por José Rogério Cruze Tucci, Professor da Faculdade de Direito da USP (Tribuna do Direito, Setembro de 1996.), que "justiça morosa é um componente extremamente nocivo a sociedade: Provoca danos econômicos (imobilizando bens e capitais), favorece a especulação e a insolvência, acentua a discriminação entre os que têm a possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, tudo têm a perder. Um processo que perdura por longo tempos transforma-se também em um cómodo instrumento de ameaça e pressão, uma arma formidável nas mãos dos mais fortes para ditar ao adversário as condições de rendição (Processo Civile e Costituzione, Milão, Guiffre, 1974, págs. 276/277)".

A efetividade do processo, seguindo este entendimento, se propõe a eliminar as insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de assegurar-lhes a liberdade. Com efeito, é urgente os profissionais do direito objetivarem a inovação dos institutos processuais adequando-os, à práxis social e jurídica do nosso país, bem como ao aperfeiçoamento do sistema.

A atualidade dos exames da conveniência de adoção de novas técnicas na prestação da tutela jurisdicional é reforçada, agora, pela presença, no vigente ordenamento jurídico nacional de normas constitucionais outorgando competência aos estados-membros legislarem concorrentemente sobre a instituição, criação e processo de Juizados de Pequenas Causas e procedimento em matéria de processo (art. 24, X e parágrafo 2º, C. F.) e impondo a esses mesmos Estados a criação de Juizados Especiais para o julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade (art. 98, I, C. F.). O texto constitucional propiciou ao legislador estadual não apenas a opção por normas procedimentais diferenciadas, hábeis a adaptá-las às peculiaridades da tutela jurisdicional, como ainda lhe impôs a criação de órgãos judicantes especializados aos quais poderão ser atribuídas diferentes formas de instrumentalização de tal prestação.

Também a esse respeito, a Lei das Pequenas Causas e, atualmente, a dos Juizados Especiais, são portadores de propostas muito realistas, não somente porque gratuito o processo, como também ainda porque dispensa o patrocínio técnico (e a despesa advocatícia constitui muitas vezes peso desproporcional à causa) e abrevia o procedimento, poupando partes e testemunhas de sucessivos comparecimentos.

Com efeito, além do aprimoramento da técnica processual, adequando-a, à realidade substancial, outras providências são igualmente imprescindíveis.

É de alertar-se, todavia, que mais relevante ainda para o aprimoramento da tutela jurisdicional do que as leis processuais é a adoção de uma boa organização judiciária, na qual o homem, auxiliado pela técnica, ocupe o centro de todas as preocupações. Daí a necessidade de mudar-se o quadro atual, sobretudo quando se sabe das profundas deficiências da organização judiciária brasileira, que ainda se veste com o figurino do antigo direito luso-brasileiro.

À priori, entendemos ser necessário se destinar ao Poder Judiciário recursos financeiros, para que possa suprir suas necessidades; caso contrário, dificilmente se alcançarão os objetivos almejados. É necessário examinar dados estatísticos de países onde a justiça se mostre eficiente, a fim de se verificar as causas da morosidade do processo brasileiro. O jurista Sálvio de Figueiredo Teixeira (in Reforma do Código de Processo Civil, Editora Saraiva, 1996, no artigo: A Reforma Processual na Perspectiva de uma Nova Justiça, pág. 904), ressalta: "o número irrisório de juizes em um País de dimensões continentais como o nosso, de acentuada população, na proporção média de 1 (um) juiz para cada 25.000 (vinte e cinco mil) jurisdicionados. Na Europa, a média de (um) juiz para 7.000 (sete mil) habitantes, sendo ainda de assinalar que, em face dos constantes planos econômicos governamentais, em nossa Justiça, não é raro o fato de Varas Federais contarem com mais de 20.000 (vinte mil) processos em curso, sendo alarmantes os números concernentes ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, sem similar no plano internacional".

Assim sendo, é importante à efetividade do processo a mudança da mentalidade dos profissionais do direito. É fundamental se implantar um novo método de pensar, visando sempre o bem-comum, rompendo com as arcaicas posturas introspectivas do sistema e abrindo os olhos para a realidade que passa fora do processo.

Outro fator importante a acrescentar, é o anacronismo em recrutar juizes sem priorizar a vocação, recordada a advertência do Código Geral da Suécia de 1734, segundo o qual "mais vale um juiz bom e prudente do que uma boa lei; com um juiz mau e injusto, uma lei boa de nada serve, porque ele a verga e a torna injusta a seu modo".

Os profissionais do direito são cidadãos qualificados de quem a sociedade espera uma maior participação política; visto que de sua experiência profissional poderão surgir propostas inovadoras para o aperfeiçoamento da técnica e do sistema. Sem a sua participação não conseguiremos as mudanças esperadas pela sociedade.

Também, a busca da universalização do acesso à justiça, é essencial à efetividade do processo e à democratização das instituições.

O art. 5º, LXXIV, C.F., reza que será concedida assistência judiciária aos necessitados. Infelizmente, tal preceito não passa de solene promessa constitucional. É urgente, a ampliação dos serviços de assistência judiciária gratuita dos entes estatais (ex: prefeituras, órgãos estaduais, etc.), bem como das entidades privadas (exs. associações, organizações não governamentais etc.); às pessoas carentes.

Com efeito, o direito a uma prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável é indiscutivelmente cidadania e neste sentido novamente argumenta com muita propriedade o professor José Rogério Cruz e Tucci (Tribuna do Direito, pág. 4), citando inicialmente, como suporte jurídico para seu posicionamento, o multimencionado parágrafo 2º do artigo 5º da Lex fundamentalis, que invoca os tratados e convenções, dos quais o Brasil seja signatário para depois dizer que: "Oportuno lembrar, nesse particular, que o nosso país aderiu, em 26/05/92, à Convenção americana sobre Direitos Humanos, assinada em San José, Costa Rica, em 1969, que preceitua em seu artigo 8º, I: "Toda pessoa tem direito de ser

ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independentemente e imparcial, estabelecido por lei anterior...". Ora, a despeito da garantia do "due process of law" (art. 5º, LIV, C.F.), pressupor, por óbvio, o direito ao rápido desfecho do litígio ou da "persecutio criminis", encontra aplicação, no ordenamento jurídico brasileiro, dada sua inequívoca compatibilidade, a regra contida na supratranscrita norma'.

O cidadão que ingressa na justiça, indiscutivelmente está se valendo do seu direito público e indisponível de ação, assegurado constitucionalmente, decerto um direito de cidadania. Contudo, pensamos que sua cidadania somente restaria completa, se a prestação jurisdicional solicitada fosse concedida dentro de um prazo razoável que se possa suportar, e nesse sentido as tutelas jurisdicionais diferenciadas podem ser um meio, motivo bastante para o magistrado, ao passar em exame ao requerimento que lhe for feito, ter presente o mesmo espírito que presidiu a reforma do codex, a de "tornar o processo apto a realizar os seus objetivos e melhor servir à sociedade, recordada a advertência de Fritz Baur, o admirável reformulador do processo civil alemão, segundo o qual: "só procedimentos céleres preenchem a finalidade do processo, dando-lhe efetividade", como sustentam os ilustres Professores Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro (Exposição de Motivos - Reforma do Processo Civil, in Estatuto da Magistratura e Reforma do Processo Civil.).

Finalmente, concluímos que para a verdadeira realização da cidadania, a criação de novos institutos processuais que visem: a celeridade do processo, a igualdade das partes e uma decisão útil, célere e justa é de mister importância. Entretanto, é necessário que as reformas processuais continuem, acompanhadas, também de alterações profundas na organização do Poder Judiciário, com preocupação voltada para a formação, aperfeiçoamento e "mudança de mentalidade" dos profissionais do direito; caso contrário, teremos novas decepções, pois os instrumentos processuais não encontrarão condições favoráveis à sua aplicação.

II - BIBLIOGRAFIA

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência - Tentativa de Sistematização. Editora Malheiros. São Paulo: 1998.

_____ Direito e Processo - Influência do Direito Material sobre o Processo. 2ª Ed. - Editora Malheiros, São Paulo: 1995

CARBONNIER, Jean. Sociologia Jurídica. Madrid (Espanha): Editorial Tecnos, 1977.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 7ª Ed. Editora Malheiros, São Paulo: 1999.

_____ A Reforma do Código do Processo Civil. 4ª Ed., 2ª tiragem, revista, Ampliada e atualizada - Editora Malheiros, São Paulo: 1998.

_____ Tutela Jurisdicional. Doutrina Nacional - Revista do Processo Nº 81.

GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Brasileiro. Vol. 01 - Editora Saraiva. São Paulo: 1998.

JUNIOR, Nelson Nery & Nery, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação

Processual Civil Extravagante em Vigor. 4ª ed. revista e ampliada - Editora Revistas dos Tribunais. São Paulo: 1999.

LOPES, João Batista. Antecipação da Tutela e o art. 273 do CPC. Revista dos Tribunais 729/63, São Paulo: 1996.

_____ Aspectos da Reforma do Código do Processo Civil. Aspectos da Ação Monitória. Revista de Processo Nº 83 Julho/Setembro: 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença. 2ª edição revista e atualizada - Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 1998.

_____ Tutela Inibitória. - Individual e Coletiva. Editora Revista dos Tribunais. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 1998.

MIRANDA ROSA, Felipe Augusto. Sociologia do Direito - O Fenômeno Jurídico como Fato Social. - 3ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Reforma do Código do Processo Civil - Ed. Saraiva, São Paulo: 1996.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. Editora Saraiva, São Paulo: 1997.

