



PUC
CAMPINAS
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA



Revista Jurídica

Vol. 19 - Nº 2 - 2003

FACULDADE DE DIREITO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS

GRÃO-CHANCELER

D. Gilberto Pereira Lopes

MAGNÍFICO REITOR

Pe. José Benedito de Almeida David

VICE-REITOR

Pe. Wilson Denadai

Pró-Reitoria de Graduação

Jamil Cury Sawaya

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Profa. Dra. Vera Sílvia Marão Beraquet

PRÓ-REITORIA DE EXTENSÃO E ASSUNTOS COMUNITÁRIOS

Profa. Dra. Carmen Cecília de Campos Lavras

PRÓ-REITORIA DE ADMINISTRAÇÃO

Prof. Antonio Sergio Cella

DIRETOR DA FACULDADE DE DIREITO

Prof. Jamil Miguel

REVISTA JURÍDICA

Periodicidade Semestral

CONSELHO EDITORIAL

Prof. João Batista Lopes

Prof. Régis de Moraes

Profa. Constança Marcondes César

Renan Severo Teixeira da Cunha

Heitor Regina

Valdeci dos Santos

André Nicolau Heinemann Filho

Jorge Luiz de Almeida

Editora responsável - Vera de Arruda Roza Cury

Ana Maria Melo Negrão - Revisora

REVISTA JURÍDICA

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

ISSN 0103-5622

Revista Jurídica

Revista Jurídica	Campinas	v. 19	Nº 2	p. 1-102	2003
------------------	----------	-------	------	----------	------

ARTIGOS

Efetividade do Sistema Recursal

José Rubens Hernandez, Luiz Cietto, Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas, José
Eduardo Suppioni de Aguirre e João Batista Lopes 5

Complexificação Social e Tendência à Simplificação do Processo Civil

Regis de Moraes e João Batista Lopes 35

Michel Foucault: os Corpos Políticos e a Legitimidade

Marcos Braga Junior 51

A Função Social. Novo Paradigma para a Liberdade de Contratar?

Paulo de Tarso Barbosa Duarte 59

Os Princípios Constitucionais: a Questão da Justiça

Luiz Tarcísio de Paiva Costa 69

Breves Considerações sobre o Princípio do Direito ao Contraditório e ampla Defesa

Fernanda Campos Franco 81

V Carta de Campinas - Extraída do XXXII Encontro Brasileiro de Faculdades de Direito 93

Resenhas 97

EFETIVIDADE DO SISTEMA RECURSAL*

José Rubens HERNANDEZ

Luiz CIETTO

Elizabeth Cristina Campos Martins de FREITAS

José Eduardo Suppioni de AGUIRRE

João Batista LOPES

1. DETERMINAÇÃO DO TEMA E JUSTIFICATIVA

Sem embargo das recentes reformas processuais, o sistema recursal brasileiro carece de profundas alterações para se harmonizar com as tendências atuais do processo civil, notadamente a efetividade e a desburocratização.

Impõe-se maior reflexão sobre o elenco de recursos constante do art. 496 do C.P.C e a atual sistemática adotada para alguns meios impugnativos como o agravo de instrumento e o recurso especial.

A pesquisa pretende demonstrar que, apesar das recentes reformas processuais, o sistema recursal carece de correções e ajustes para se alcançar a efetividade do processo e atender aos anseios de justiça da sociedade.

2. DIVISÃO DO TRABALHO

A pesquisa contará com a participação de alunos, observada a seguinte divisão de tarefas:

- JOSÉ RUBENS HERNANDEZ – O novo regime do agravo de instrumento.
- LUIZ CIETTO – Necessidade de alteração da regra do art. 520 do C.P.C.
- ELIZABETH CRISTINA CAMPOS MARTINS DE FREITAS – Reflexões sobre a súmula vinculante.
- JOSÉ EDUARDO SUPPIONI AGUIRRE – Nova sistemática para os recursos especial e extraordinário.

3. METODOLOGIA

O método adotado é predominantemente o dedutivo (investigação doutrinária), comple-

^(*) Relatório final de projeto de pesquisa coordenado pelo Professor João Batista Lopes e com a participação de alunos do Programa de Pós Graduação stricto sensu em Direito da PUC-Campinas

mentado com análise dos resultados dos debates realizados no curso de mestrado e as propostas nele apresentadas.

Também merecerão atenção as sugestões apresentadas por magistrados, promotores de justiça e advogados militantes sobre as recentes reformas do C.P.C

1. CONCEITO DE SISTEMA E DE EFETIVIDADE

João Batista Lopes

O termo **sistema** tem sido frequentemente utilizado em trabalhos jurídicos com o sentido de conjunto de normas e princípios que regem as relações intersubjetivas em determinado tempo e lugar.

O conceito de sistema é, porém, mais complexo e sua perfeita compreensão é indispensável para o desenvolvimento de qualquer pesquisa no campo do Direito.

Os especialistas entendem por sistema “um conjunto de objetos com as relações entre os objetos e os atributos”.¹

Os principais atributos do **sistema** são a globalidade, a não-somatividade, a interação e a retroalimentação (*feedback*).

Por globalidade quer-se indicar que os elementos do sistema não podem ser analisados isoladamente, mas sim como um todo orgânico, um conjunto harmônico e homogêneo.

Não-somatividade significa que os elementos não são simplesmente agrupados ou reunidos, mas sim coordenados com critério científico para se alcançar o fim colimado.

Interação pode ser conceituada como traça de mensagens ou de influências entre os vários elementos do sistema.

Por último, a retroalimentação (*feedback*) traduz a idéia de uma cadeia circular em que se passa do elemento *a* para o *b*, deste para o *c*, *d*, *e*, *f* e, em seguida, se retorna ao elemento *a*, que recebe influência dos demais elementos do círculo.

Do exposto pode-se concluir que **sistema** não é propriamente o conjunto de elementos, mas o esquema lógico ou mental que estabelece as relações entre esses elementos e seus atributos.

No campo jurídico, sistema não é o conjunto de normas, nem de fatos, nem de valores, mas, na concepção dinâmica da teoria tridimensional (REALE) a interação que se estabelece entre esses elementos.

Assim, a norma incide sobre o fato e este influencia a aplicação da norma; a norma é interpretada segundo pauta de valores e, portanto, não só o fato como os valores interferem na aplicação daquela.

Por exemplo, durante muito tempo, a jurisprudência resistiu à admissibilidade das uniões fora do casamento, mas sobre pressão dos fatos e com novos valores os tribunais acabaram por admitir consequências jurídicas dessa realidade fática.

Tão patente se revelou essa tendência que a Constituição de 88 consagrou a união estável entre homem e mulher, possibilitando sua conversão em casamento.

No campo processual também se evidencia a importância do sistema e dos microsistemas.

⁽¹⁾ Assim, HALL, H.F. e FAGEN, R.E., citados por WATZLAWICK, Paul *et alii*, in *Pragmática da comunicação humana*, 11ª ed., São Paulo: Ed. Cultrix, pág. 109.

Ao lado do sistema do C.P.C. encontramos microssistemas no CDC, no ECA, na Lei de Locações e etc. com regras especiais para atenderem à especificidade das matérias reguladas.

No próprio C.P.C. é possível detectar microssistemas como o que resulta da combinação das regras sobre tutela antecipada, tutela específica e execução para entrega de coisa.

A existência desse microssistema, proclamada pela doutrina, veio a ser reconhecida pelo legislador, na recente reforma processual.

Com efeito, a Lei 10.444/2002 alterou a redação do art. 273, § 3º e acrescentou o art. 461-A ao C.P.C., nestes termos:

Art. 273. *O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)*

.....
 § 3º *A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002).*

Art. 461-A. *Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. (Artigo acrescentado pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)*

Não menos fácil é fixar o conceito de *efetividade do processo*.

Confundida, freqüentemente, com celeridade do processo, a efetividade está

intimamente relacionada com a idéia de tutela jurisdicional plena e qualificada. Conquanto considerada um dos aspectos da efetividade, a celeridade com ela não se identifica, porque, muitas vezes, a solução da lide requer tempo razoável para a apuração dos fatos como ocorre, por exemplo, nos processos em que haja necessidade de prova pericial. Nesses casos, o julgamento rápido não será antecipado, mas precipitado. Do mesmo modo, a eliminação da via recursal, ainda que possa ostentar agilização do processo, poderá comprometer a efetividade, na medida em que impedirá a correção de erros e injustiças do juízo monocrático.

À míngua de uma definição precisa de efetividade, será adotado um conceito que bem se ajusta às modernas tendências da doutrina processual civil: processo efetivo é o que respeita as garantias constitucionais de acesso à Justiça e garante proteção aos direitos subjetivos segundo os valores consagrados na ordem jurídica.

Ressalta claro do conceito adotado que a efetividade está intimamente vinculada à tutela jurisdicional, conceito diverso de prestação jurisdicional. Tutela jurisdicional significa proteção a direitos, enquanto prestação jurisdicional traduz idéia de serviço público prestado pelos órgãos da jurisdição. Assim, o conceito de tutela jurisdicional não está relacionado com o volume de decisões ou sentenças, mas com a qualidade delas.

A tutela jurisdicional tem caráter bilateral, porquanto se refere assim ao autor como ao réu: pedido julgado improcedente indica prestação de tutela jurisdicional favorável ao réu.

Importa esclarecer que o conceito moderno de jurisdição deve ser formulado a partir dos escopos do instituto, segundo a conhecida

fórmula de CANDIDO DINAMARCO (pacificação com justiça, certeza, segurança, efeito pedagógico etc.).

Estabelecidas tais premissas, já é possível entrever-se que o sistema recursal vigente não se mostra adequado a atender às necessidades dos jurisdicionados e às exigências da comunidade jurídica.

É notório que a morosidade processual tem como uma das principais causas o excessivo número de recursos e o formalismo que impera em seu processamento.

Entretanto, não se pode sustentar singelamente a abolição dos meios impugnativos admitidos pelo sistema.

Com efeito, para logo deve ser afastada qualquer proposta de eliminação dos recursos extraordinário e especial, que têm *status* constitucional.

Por igual, não se cogita da extinção da apelação, considerada o “recurso por excelência” por BARBOSA MOREIRA.

No que respeita ao agravo, sua eliminação pura e simples traria de volta o uso indiscriminado do mandado de segurança anômalo, caracterizando verdadeiro retrocesso.

Também não se cogita, à evidência, de excluir o recurso de embargos de declaração e os embargos de divergência.

Restariam, então, os embargos infringentes e o reexame necessário, cuja supressão total não seria suficiente para resolver os problemas mais sérios do sistema recursal.

Presentes tais considerações, a equipe de pesquisa optou por analisar alguns pontos de estrangulamento do sistema e propor alterações menos radicais aconselhadas pela vivência forense e pelos debates acadêmicos.

É o que será feito a seguir.

2. ALTERAÇÃO DO REGIME DO AGRAVO

José Rubens Hernandez

2.1. Introdução

A recorribilidade das decisões interlocutórias constitui problema complexo que vem desafiando a argúcia e o tirocínio dos processualistas e dos operadores do Direito em geral. De um lado, há que considerar a necessidade de permitir ao vencido pleitear a revisão da decisão que lhe causa lesividade e, muitas vezes, dano irreparável ou de difícil reparação.

De outro lado, a recorribilidade em separado (com a formação do instrumento) contribui para burocratizar o procedimento e complicar a solução das causas.

Diante disso, a recente reforma processual (na primeira e na segunda fases) preocupou-se em manter a recorribilidade das interlocutórias, mas procurou dar-lhe disciplina mais racional e dinâmica, ainda que sujeita a reparos como a diante se exporá.

Na primeira fase da reforma, procurou-se eliminar o procedimento do agravo em primeiro grau, que tantos problemas acarretara, estabelecendo-se que o recurso deveria ser interposto diretamente no tribunal e nele distribuído incontinente. Dispôs-se, também, que o relator poderia conferir efeito suspensivo ao recurso.

O novo regime representou avanço em relação à anterior disciplina, mas implicou aumento descontrolado do número de agravos. Com isso, as apelações viram-se prejudicadas,

formando-se extensas filas na distribuição com evidente prejuízo para a celeridade processual.

Diante disso, sobreveio a segunda fase da reforma em que se modificou o artigo 527 cuja redação passou a ser a seguinte:

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

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

II – poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, remetendo os respectivos autos ao juízo da causa, onde serão apensados aos principais, cabendo agravo dessa decisão ao órgão colegiado competente;

III – poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

IV – poderá requisitar informações ao juiz da causa, que as prestará no prazo de 10 (dez) dias;

V – mandará intimar o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda no prazo de 10 (dez) dias, facultando-lhe juntar cópias das peças que entender convenientes; nas comarcas sede de tribunal e naquelas cujo expediente forense for divulgado no diário oficial, a intimação far-se-á mediante a publicação no órgão oficial;

VI- ultimadas as providências referidas nos incisos I a V, mandará ouvir o Ministério Público, se for o caso, para que se pronuncie no prazo de 10 (dez) dias.

Como se vê, procurou-se limitar o número de agravos de instrumento impondo-se, como requisito a urgência e o risco de dano irreparável. Além disso, consagrou-se posição da jurisprudência no sentido da possibilidade de o relator conferir o chamado efeito ativo, isto é, conceder a providência que fora indeferida no primeiro grau.

2.2. Espécies de agravo

Conforme nos explica Teresa Arruda Alvim Wambier, o agravo apresenta-se em dois regimes: o retido e o de instrumento.

Para ela, “Desde antes da alteração sofrida pelo art. 496, II do CPC, já (...) parecia conveniente falar-se de agravo em vez de agravo de instrumento, porque, a nosso ver, em verdade, o mais correto era denominar-se de agravo o recurso, e dizer-se que podia ter dois regimes: o ‘de instrumento’ e o ‘retido’.”²

A opção pelo regime era, de certa forma, cabível ao recorrente.

Nelson Nery Junior enfatizava isso, ao sustentar que “o regime do agravo fica na conveniência do agravante, como é curial, desde que subsista o interesse em recorrer, na obtenção dos resultados visados com o agravo, requisito necessário para que o conhecimento de todo e qualquer recurso, no momento em que o tribunal vá apreciar o retido, como preliminar de razões ou contra-razões de apelação.”³

⁽²⁾ O novo regime do agravo, 2ª edição, revista e atualizada. Editora RT: São Paulo, 1996, pág. 253.

⁽³⁾ *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*, 3ª edição, revista e ampliada. São Paulo: RT, 1996, pág. 276.

O interesse, então, determinaria o uso de um regime ou de outro.

Não obstante, existem exemplos previstos no CPC, que obviamente são taxativos, ora não admitindo o uso do agravo retido ora não permitindo o agravo de instrumento. Citamos, à guisa de exemplos: a) o não cabimento de agravo de instrumento em relação às questões decididas em audiência de instrução e julgamento ou posteriores à sentença (art. 523, § 4º, CPC); b) o cabimento exclusivamente de agravo de instrumento contra decisão que não recebe a apelação ou que a recebe em efeitos inadequados (art. 523, § 4º, parte final, CPC).

Também Teresa Arruda Alvim Wambier mostra que “a quase unanimidade dos autores, sustentava caber exclusivamente à parte a opção entre o agravo de instrumento e o agravo interposto sob o regime da retenção. Hoje, evidentemente, o texto da lei não mais permite que se sustente caber à parte optar pelo agravo retido ou pelo agravo que é interposto diretamente no tribunal”.⁴

2.3. Conversão do agravo de instrumento em agravo retido

O que parece ter ocorrido com essa modificação provocada pela Lei nº 10.352, de 2001 foi exatamente limitar ainda mais essa opção do recorrente por um outro regime.

Mesmo o interesse que antes poderia justificar o comportamento da parte, no sentido de provocar a interposição de um agravo de instrumento para obter uma solução mais rápida, parece hoje não servir mais de fundamento exclusivo ou de justificativa para o uso desse recurso. O que a lei passou a prever, então, são

hipóteses – embora claras na lei – que nem sempre se apresentam de maneira evidente para quem busca impugnar uma decisão junto a um tribunal.

São duas as situações que o texto legal elencou, sem as quais o agravo de instrumento não será possível, a saber:

a) impugnação de decisões relacionadas às tutelas de urgência, como as liminares em cautelares, em mandados de segurança ou decisões que antecipam os efeitos da tutela final (art. 273, CPC);

b) impugnação de decisões que provocam danos graves e de difícil reparação.

Conforme veremos abaixo, o texto legal não é taxativo, pois encontramos hipóteses de cabimento de agravo de instrumento, sem a mínima possibilidade de utilização do agravo retido, em situações que não se referem às tutelas de urgência, nem dizem respeito a decisões que possam provocar danos graves e de difícil reparação.

Dessa forma, o legislador parece ter sido bastante inteligente ao prever que a verificação das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento incumbe ao relator do recurso, o qual – em sede de cognição sumária – analisa se o caso determina ou não o seu processamento (podendo haver até o julgamento do próprio agravo, conforme hipótese constante do art. 557, § 1º-A, do CPC), ou então se ele pode aguardar a apreciação da apelação.

Obviamente que em caso de dúvida, o relator determinará o processamento do agravo de instrumento, dado que em sede de cognição sumária não tem ele uma visão aprofundada da situação posta no recurso.

⁽⁴⁾ *O novo regime do agravo*, 2ª edição, revista e atualizada. São Paulo: RT, 1996. Pág. 255.

Mas uma questão que surge diz respeito aos poderes que o relator agora possui para determinar essa conversão, ou seja, a discussão cinge-se em saber se se trata de mera faculdade atribuída a ele ou se a norma teria um efeito imperativo.

Importa ressaltar que a conversão do agravo de instrumento em agravo retido não é mera faculdade do relator, mas um poder-dever.

Não há como sustentar que o relator tenha a faculdade de converter o agravo de instrumento em recurso retido, determinando a remessa dos autos à instância de origem, pois para ele não há discricionariedade. Tem, sim, o poder-dever de analisar os pressupostos do recurso, usado como meio de impugnação das chamadas tutelas de urgência ou contra decisão que possa acarretar danos graves e de difícil reparação. Vendo-os presentes, imprimirá o ritmo descrito na lei processual. Do contrário, efetuará a conversão, salvo se o caso for de indeferimento liminar. E na dúvida, já dissemos, uma vez que a cognição que efetua é sumária ou superficial, permitirá o processamento do agravo de instrumento tal como interposto.

Embora esse poder seja dado ao relator, pode-se cogitar que o órgão colegiado efetuará um controle. Realmente, o controle será exercido para analisar a conversão determinada pelo relator, confirmando-a ou não, mas não para determiná-la depois que o relator mandou processar o agravo.

Essa última objeção tem sua razão de ser num argumento de ordem prática e que interfere diretamente na eficiência dos serviços judiciários: se, num juízo de admissibilidade, o relator admite o agravo de instrumento, procedendo conforme estipula o art. 527 do CPC, pedindo dia para julgamento (art. 528), o colegiado depois não poderá mais converter o

recurso em agravo retido, dado que já terá se reunido para promover o próprio julgamento. Se determinar a conversão, haverá retrabalho, perda de tempo, enfim, ineficiência.

Noutras palavras, caminha-se em um sentindo ordenado pelo relator, qual seja, o do processamento e conhecimento de recurso, chegando-se próximo de uma decisão, para, depois, perdendo-se tempo com essa questão preambular, em vez de se resolver logo a pendência, o colegiado determina a conversão, voltando a discutir o tema quando da apreciação do agravo retido, como preliminar de uma apelação. Não vemos razão para agir assim, revelando esse comportamento um notório passo para a ineficiência do serviço judiciário.

Isso, entretanto, não impede o colegiado de resolver pelo não conhecimento do agravo, por descabimento de regime adotado, caso em que não terá mais como determinar sua conversão em retido.

Por certo que no início da vigência da Lei 10.352, de 2001 haverá uma cobrança, por assim dizer, de um comportamento “ativo” por parte dos relatores nos tribunais, os quais serão cobrados na medida em que os recursos sejam distribuídos. Também há o perigo – ante a sobrecarga de trabalho – de se determinar a conversão indiscriminada dos agravos de instrumento apresentados, abrangendo até os que não admitem essa hipótese.

Mas essa situação se mostrará passageira, findando quando a jurisprudência se firmar no sentido de que a conversão será inexoravelmente efetuada quando o caso não reclamar o uso do agravo de instrumento.

Como é possível a interposição de agravo contra a decisão do relator para o órgão colegiado competente – também chamado de agravo interno (ou agravinho) –, exercendo este último um

controle dos atos do relator, acabará surgindo um maciço de decisões indicando claramente a vocação do agravo de instrumento como um recurso tendente a atacar decisões proferidas em sede de tutelas de urgência, ou manejado para permitir o surgimento de danos graves e de difícil reparação.

De lege ferenda, essa situação poderia delinear uma mudança no texto do art. 542, § 3º do CPC, que afirma o cabimento de apelo extremo na modalidade retida, quando a interposição se der ante uma decisão interlocutória.

Sabe-se que há um certo temperamento na interpretação dessa regra que impõe a retenção dos recursos especial e extraordinário, pois não é possível ficar paralisada a entrega da tutela jurisdicional quando a mesma configurar-se como sendo de urgência. Aliás, privar a parte de recorrer ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal implica na verdade em limitar seu acesso ao próprio Poder Judiciário.

J. E. Carreira Alvim observa que no direito processual português há uma norma prevendo a subida dos recursos em situações excepcionais. Ele afirma: “O direito processual português previu uma solução mais simples para seus ‘agravos que só sobem a final’, dispondo que, mesmo estes, sobem imediatamente e em separado, desde que a sua retenção os tornem absolutamente inúteis (art. 757º, n. 2, alínea b); ao mesmo tempo, admite a reclamação ao presidente do tribunal que seria competente para conhecer do despacho que tenha retido o recurso (art. 688º, n. 1, parte final). Enquanto, no direito

português, o despacho deve declarar se o recurso sobe ou não imediatamente (art. 741º), no direito brasileiro, a retenção é *ex vi legis*, não dependendo de despacho (art. 542, § 3º).”⁵

A interpretação ora preconizada admite o agravo de instrumento como exceção e o retido como a regra geral, de sorte que a decisão que resolver o primeiro desafia a apresentação de recursos extraordinário ou especial que seriam processados normalmente, ao passo que o agravo retido deixaria para outra oportunidade a impugnação junto às instâncias extraordinárias.

Seria interessante também se a lei previsse que o colegiado – ao julgar o agravo de instrumento – fixasse se os recursos excepcionais subiriam ou não, sendo a negativa quando o relator admitisse o agravo de instrumento, mas depois se constatasse que a hipótese era de cabimento de agravo retido, embora no mesmo ato houvesse uma solução do recurso, sem que o colegiado ordenasse sua retenção.

2.4. Recursos cabíveis contra a decisão que ordena a conversão

A decisão do relator poderá ensejar a utilização de outros recursos, sendo essa uma das críticas à reforma promovida com a mencionada Lei nº 10.352, de 2001, que teria instituído um novo meio de impugnação no CPC, ou seja, o chamado “agravo interno” ou “agravinho”, criado para atacar a decisão do relator que converter o recurso em retido.

A previsão consta do texto do art. 527, inciso II, parte final do CPC (com a redação dada pela Lei nº 10.352, de 2001)⁶.

⁽⁵⁾ *Recursos, extraordinário e especial, na reforma processual. Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos.* Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: RT 2000, página 281.

⁽⁶⁾ “... cabendo agravo dessa decisão ao órgão colegiado.”

Não vemos fundamento, entretanto, a essa crítica pois, segundo a ótica que adotamos, a alteração legislativa veio para proporcionar uma aprimoração do sistema recursal, capaz de resolver alguns pontos de estrangulamento, tanto no que diz respeito à inutilidade de certos agravos de instrumento, que ficam ocupando o tempo dos órgãos julgadores de segundo grau, e, por outra via, resolver e avançar na aplicação das regras que tratam dos recursos extremos retidos.

Por isso, embora o CPC determine a retenção dos recursos extraordinário e especial, a parte interessada, em se tratando de questão que envolva tutela de urgência ou mesmo nos casos de dano grave e de difícil reparação, terá à sua disposição, enquanto não sobrevier nenhuma alteração legislativa, a medida cautelar para destravar a subida dos apelos extremos.

J.E. Carreira Alvim aduz que “Doravante, admitido, ou não, o recurso extraordinário ou especial, concedido ou denegado o provimento postulado, a única alternativa será a utilização da ação cautelar no tribunal superior, para se reverter a situação processual.”⁷⁷.

Entretanto, observa-se que a medida cautelar usada para permitir o processamento do recurso especial interposto contra decisão interlocutória perderá seu objeto quando sobrevier uma sentença de mérito.

Por exemplo, se a parte ingressa com uma ação requerendo a concessão da antecipação de tutela, não obtendo o provimento almejado, recorre assim, mediante agravo de instrumento ao tribunal competente, o acórdão que julgar este último (o agravo de instrumento) desafiará

recurso especial ou extraordinário, conforme viole algum dispositivo de lei federal ou da Magna Carta, ou encaixe-se em qualquer outra previsão estampada no art. 105, inciso III, alíneas “a”, “b” ou “c” e art. 103, inciso III, alíneas “a”, “b” ou “c”, respectivamente.

Entretanto, se no prazo de interposição do apelo extremo o processo já tiver sido sentenciado em primeiro grau, nessa hipótese a medida cautelar não terá mais efeito, pois o agravo de instrumento ainda não transitado em julgado ficará prejudicado pela decisão de mérito.

De lembrar que não é possível interpor recurso extraordinário e especial da decisão do relator que converter o agravo de instrumento em agravo retido, pois ambos exigem o esgotamento das vias ordinárias de impugnação, que só se exaure depois de manejado o agravo para órgão colegiado.

Também é de se perguntar qual o meio de impugnação cabível se o relator, num primeiro momento, negar seguimento ao agravo de instrumento com base no art. 557 do CPC (por falta de documentos indispensáveis à instrução do recurso, por exemplo), e, depois de interposto o agravo (art. 577, § 1º do CPC), ele vier a decidir não ser este também possível com base no mesmo dispositivo (por perda de prazo, por exemplo), ou seja, pronunciar-se isoladamente, dado que tem poderes para tanto.

A Lei de Ritos é omissiva a respeito, pois não ordena o processamento obrigatório do agravo regulado pelo art. 557, § 1º do CPC, embora a saída seja sempre ingressar com esse recurso. Persistindo o relator em não submeter o processo à mesa, será essa uma das raras

⁷⁷ *Recursos, extraordinário e especial, na reforma processual. Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos.* Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: RT 2000, página 281.

hipóteses de cabimento de mandado de segurança.

Ainda pode acontecer de o relator determinar a conversão do agravo de instrumento em retido, interpondo a parte interessada o agravo de que trata o art. 527, inciso II, parte final do CPC, sendo que este último recurso pode receber o mesmo tratamento disciplinado no art. 557 do Código (a intempestividade do chamado *agravo interno* poderá resultar no indeferimento de plano da medida). A solução será a interposição do agravo disciplinado no art. 557, § 1º do CPC, podendo ocorrer a mesma situação desafiadora de mandado de segurança vislumbrada no parágrafo anterior.

2. 5. Uma crítica ao agravo interno

Embora o recurso de agravo, que é o cabível contra a decisão do relator que converter o agravo de instrumento em agravo retido, seja apreciado pelo órgão colegiado, turma ou câmara, não há revisor (art. 551, CPC).

Isso significa que o agravo é apresentado para julgamento ao órgão competente segundo a ótica do relator, que pode adotar um comportamento equivocado para a questão *sub judice*.

Além disso, a lei não deixou clara a obrigatoriedade de processamento do agravo, mesmo se incabível, de sorte que o relator – se constatar ser isso (por intempestivo ou por contrariar a jurisprudência predominante dos tribunais superiores, por exemplo) – irá indeferir-lhe liminarmente (art. 577 do CPC).

Pois bem: se o relator entender que a questão não se refere a uma tutela de urgência, quando a situação na realidade é, passando aos demais integrantes do órgão colegiado essa

impressão errônea, eles certamente não destoarão e o resultado do julgamento poderá representar uma solução equivocada e desastrosa.

Uma solução seria determinar que o julgamento fosse realizado após a revisão, sendo necessária modificação legislativa nesse sentido, mas isso só piorará a situação nos tribunais, sobrecarregando-se e acumulando-se os trabalhos.

Esse problema traz em seu bojo outro, que impede a parte de manejar um recurso especial, por exemplo, dado que a matéria de fato não pode ser objeto de discussão junto às instâncias extraordinárias.

2. 6. O Recurso Especial

Já afirmamos que caberia contra a decisão proferida pelo órgão colegiado, que mantém a decisão do relator, recurso especial, sendo que o mesmo teria como fundamento o art. 105, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal de 1988. Também será possível um apelo extremo por divergência de julgamentos entre tribunais distintos (art. 105, inciso III, alínea “c” da CF/88), mas neste trabalho não nos ocuparemos dessa hipótese.

A violação de lei ensejadora de recurso especial com base na alínea “a” do permissivo constitucional ocorreria no caso em relação ao artigo 527, inciso II do CPC, devendo ficar demonstrado que o provimento almejado com o agravo refere-se a uma tutela de urgência, ou a perigo de dano grave e de difícil reparação. Todavia, no segundo caso (a demonstração de dano) poderá encontrar os óbices decorrentes da Súmula 7 do C. Superior Tribunal de Justiça,

havendo o impedimento de se rever a matéria de fato nas instâncias extraordinárias⁸.

Em resumo, o apelo extremo encontra seu fundamento quando o recurso for utilizado por não ser compatível a conversão do agravo de instrumento em retido, o que ocorre nas chamadas tutelas de urgência.

2.7. Conclusão

Como já vimos, será possível pleitear a imediata subida do recurso especial, que não pode ficar retido nos autos. Em havendo retenção, o manejo da medida cautelar é o caminho adequado para destravá-lo.

A Lei nº10.352, de 2001 inaugura uma nova fase no regime de agravo de instrumento, que se torna um recurso admissível apenas quando for manejado objetivando uma tutela de urgência, ou para atacar decisão que exponha a parte a dano grave e de difícil reparação.

Fora essas hipóteses, ainda existem outras situações, que são bastante escassas, é verdade, que desafiam o uso exclusivo do agravo de instrumento, como no caso das decisões proferidas nas ações de execução, pois nesses processos não há sentença, nem apelação para se reiterar a apreciação do recurso como preliminar.

Assim, o agravo retido tornou-se a regra geral, ao passo que o de instrumento virou exceção, não tendo mais a parte a disponibilidade de um ou outro meio de impugnação das chamadas decisões interlocutórias.

A delimitação do uso do recurso por um regime ou outro fica restringida pelo interesse

do recorrente, ao lado de outros requisitos agora exigidos pela Lei de Ritos.

Regra geral, o agravo retido aparece como meio de impugnação voltado para impedir a preclusão (mesmo as hipóteses contempladas taxativamente pelo legislador têm essa finalidade – art. 280, inciso III; art. 523, § 4º, CPC), ao passo que o agravo de instrumento busca atacar os provimentos relacionados às tutelas de urgência e também serve para evitar ou suprimir perigo de dano grave e de difícil ou incerta reparação.

3. REVISITAÇÃO DO SISTEMA RECURSAL EM BUSCA DA EFETIVIDADE DO PROCESSO. PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO ARTIGO 520 DO C.P.C.

Luiz Cietto

3.1. Duplo grau de jurisdição e efeitos dos recursos

A apelação é o mais abrangente de todos os recursos, propiciando aos órgãos judiciários de segundo grau o pleno exercício de suas funções judicantes revisoras das sentenças de primeiro grau.

Como ensina Frederico Marques, cabe apelação contra todas as sentenças de primeira instância. É o que dispõe o artigo 513 do Código de Processo Civil. O recurso é admissível quando prolatada a sentença, com ou sem apreciação do mérito da causa. Quer se trate de processo de conhecimento, processo de execução ou cautelar, bem como nos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa ou voluntária, sempre é cabível a apelação. Por isto Seabra Fagundes,

⁸ “Pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

citado por Frederico Marques, considerou-a o recurso por excelência, aduzindo que nenhum outro a supera, quer em frequência, quer em amplitude. É o recurso específico contra as sentenças definitivas de primeiro grau.⁹

3.2. Efeitos dos recursos

Da interposição de recurso decorrem vários efeitos jurídicos. Ou seja, do recurso decorre o fenômeno de uma *pluralidade de procedimentos dentro de uma só relação processual*. Em cristalina exposição pontifica Barbosa Moreira: “Todos os recursos admissíveis produzem um efeito constante e comum, que é o de obstar, uma vez interpostos, ao trânsito em julgado da decisão impugnada (cf. o art. 467). Ao lado desse, que ocorre sempre, dois são os efeitos em geral mencionados como produzíveis pela interposição de recurso: o *suspensivo* e o *devolutivo*”.

E prossegue explicando: “o recurso tem **efeito suspensivo** quando a sua interposição impede a produção imediata dos efeitos da decisão. Entretanto, para este insigne processualista, a expressão “efeito suspensivo” é, de certo modo, equívoca, porque se presta a fazer supor que só com a interposição do recurso passem a ficar tolhidos os efeitos da decisão, como se até esse momento estivessem eles a manifestar-se normalmente. Na realidade,

acrescenta Barbosa Moreira, o contrário é que se verifica: mesmo antes de interposto o recurso, a decisão, pelo simples fato de estar-lhe sujeita, é ato ainda ineficaz, e a interposição apenas prolonga semelhante ineficácia, que cessaria, se não se interpusesse o recurso.¹⁰ E, segundo afirma Dinamarco, Liebman assume a mesma posição sobre esse assunto, quando assevera: “a eficácia executiva da sentença de primeira instância permanece suspensa se vier a ser interposta apelação e mesmo, antes, enquanto pende o prazo para esta”.¹¹

Ainda segundo a conceitua Barbosa Moreira, diz-se que o recurso tem **efeito devolutivo** quando a sua interposição transfere ao órgão *ad quem* o conhecimento da matéria apreciada no grau inferior de jurisdição.¹²

Ovídio Baptista acrescenta o **efeito de retratação**, presente “quando o recurso é interposto a fim de que o próprio juiz prolator da decisão recorrida reexamine o que fora por ele próprio decidido. O recurso provoca um *juízo de retratação*”.¹³

3. 3. Efeitos da apelação

Embora o juiz deva declarar em que efeitos recebe o recurso interposto, no que tange à apelação dispõe o artigo 520 do CPC que esta deverá ser recebida no duplo efeito: devolutivo e suspensivo. Salvo, é claro, as próprias exceções legais.

⁽⁹⁾ MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual civil. Campinas : Millennium, 1999. p. 125-127.

⁽¹⁰⁾ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro : Forense, 1974. v.5. p. 205-207.

⁽¹¹⁾ DINAMARCO, Cândido Rangel. Os efeitos dos recursos. In: NERY Jr., Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadores). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 5). p. 55.

⁽¹²⁾ MOREIRA, José Carlos, op. e loc. cit.

⁽¹³⁾ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de processo civil : processo de conhecimento, volume 1. 4. ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 415-416.

Frederico Marques informa que, no Direito romano, toda apelação tinha efeito suspensivo: “*nihil inovari appellatione interposita*”. E esclarece: “a distinção entre efeito suspensivo e devolutivo provém do Direito canônico. A partir daí, a apelação tem sido considerada devolutiva por essência e suspensiva por natureza”. Por esta razão este recurso só deixa de ter duplo efeito nos casos especiais, legalmente previstos. É o caso do artigo 520 e seus incisos, do CPC.¹⁴

3.4. Análise Crítica Do Efeito Suspensivo E Execução Provisória

Para Dinamarco,¹⁵ a existência do efeito suspensivo na apelação é apenas uma questão de imposição legal (art. 520 do CPC). Mas, pelo mesmo motivo, o efeito suspensivo também não existe, por expressa disposição dos incisos I a VII do mesmo artigo. E afirma enfaticamente: “Não fora o art. 520 do Código de Processo Civil, a apelação não teria esse efeito em caso algum”. Registra a inexistência do referido efeito no direito italiano vigente, onde a sentença tem imediata exeqüibilidade e a apelação só obsta à eficácia da sentença quando assim determinar o órgão destinatário (CPC italiano, arts. 282 e 283). Idêntica sistemática vige no ordenamento jurídico brasileiro, quanto ao processo civil da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor (respectivamente arts. 14 e 90).

As regras de suspensividade e não-suspensividade destinam-se especialmente às sentenças condenatórias, e visam a admissibilidade da execução provisória. Essa tendência é mais perceptível no direito italiano, como se depreende das disposições do seu art. 282 do Código de Processo Civil: “a sentença de primeiro grau é provisoriamente executiva entre as partes”.

Como bem adverte Dinamarco, “a complexidade dos efeitos dos recursos não se resumem ao binômio devolução-suspensão, nem se exaurem no momento em que o recurso é interposto”. Por esta razão, e dadas as naturais limitações de tempo e espaço da presente comunicação, deixaremos de abordar outros aspectos do tema, recomendando seu estudo em outra oportunidade.

3.5. Alguns aspectos polêmicos.

Embora alguns estudiosos entendam significativa a introdução do inciso VII do art. 520 do CPC, outros consideram muito tímida a alteração, reivindicando maior profundidade na reforma.

Wambier e Wambier,¹⁶ por exemplo, reportam-se à questão da dúvida possibilitada pela Reforma do CPC, quanto ao tipo de recurso cabível e em que efeito deveria ser recebido, quando a tutela antecipatória fosse concedida na sentença. Na hipótese aventada, caberia o efeito suspensivo na apelação? E quanto ao cabimento do agravo?

⁽¹⁴⁾ Ibid p. 154-155.

⁽¹⁵⁾ DINAMARCO, Cândido Rangel. Os efeitos dos recursos. In: NERY Jr. Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadores). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 5). p. 52-54.

⁽¹⁶⁾ WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil. Lei 10.352, de 26-12-2001 e Lei 10.358, de 27-12-2001. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 99-106.

Pondo fim às discussões, a lei optou por retirar o efeito suspensivo da apelação, quando o juiz conceder os efeitos da tutela antecipadamente na sentença ou confirmar os já concedidos, *limitando-se a ausência de efeito suspensivo à parte da sentença em que os efeitos da tutela foram antecipados*, esclarecem estes autores. E finalizam com a seguinte observação: “O que nos parece é que o alcance da norma do art. 520, VII, é, em verdade, muito maior do que aquele que se poderia supor”.

Já Cruz e Tucci,¹⁷ coerente com seu estilo característico, tece contundentes críticas à timidez das reformas encetadas e às incoerências delas resultantes. Senão vejamos.

Primeiramente, fala da evolução científica e tecnológica do processo civil e de seus reflexos modificativos no modelo de procedimento ordinário, considerado inadequado para assegurar uma tutela jurisdicional efetiva a todos os direitos, que reclamam tutela de urgência. Cita os estudos de Donaldo Armelin, em busca da adequação do instrumento ao seu escopo, e analisando a questão da tutela jurisdicional diferenciada. Discorre sobre as disposições atuais dos arts. 273 e 461 do CPC, introduzidas pela Lei 8.952/94, e que propiciam, no plano teórico, o acesso a uma justiça tempestiva e efetiva a todos os jurisdicionados. Para este processualista, tais instrumentos, possibilitando a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, são exemplos expressivos do desejo de superar as agruras do procedimento ordinário, embora ainda sejam tais mudanças objeto de controvérsias.

A seguir, discute incoerências do nosso sistema processual e invoca, a propósito, o

respeitável testemunho do jurista Athos Gusmão Carneiro, que registra o estranho fato de um provimento liminar, baseado em mero juízo de verossimilhança, poder ser executado, enquanto a sentença, respaldada em juízo de certeza, ter sua eficácia contida por força da interposição da apelação, com efeito suspensivo.

Finalmente Cruz e Tucci transcreve as candentes palavras do jurista italiano Edoardo Ricci:

“A minha primeira impressão é que por motivos de coerência interna do sistema, a tutela antecipatória deixa entrever como inevitável consequência a abolição do efeito suspensivo quanto à executividade da sentença de primeiro grau. Creio, pois, serem instáveis os sistemas que, de um lado, permitem que a tutela antecipatória provoque a satisfação dos direitos, mas, de outro, outorgam à apelação um efeito suspensivo da exequibilidade da sentença de primeiro grau”.

Nesse sentido, e buscando a correção da falha apontada, significativa parte da doutrina defendia a exclusão do efeito suspensivo no recurso de apelação, em busca de maior efetividade da sentença, e conferindo maior prestígio ao juiz de primeiro grau..

Agora, estabelecendo um meio-termo, o legislador procura corrigir a referida incoerência, acrescentando o inciso VII ao artigo 520, determinando seja a apelação recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que confirmar a antecipação dos efeitos da tutela. Logo, os efeitos da tutela antecipada continuarão ou passarão a ter eficácia, apesar da interposição do recurso de apelação.

⁽¹⁷⁾ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Lineamentos da nova reforma do CPC : Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 61-64.

Dinamarco, discorrendo sobre este tema, levanta a seguinte hipótese ilustrativa. Suponha-se que o autor, no curso do processo de ação reivindicatória, tenha obtido a posse de um imóvel, através a antecipação da tutela. Proferida a sentença de mérito favorável, após exauriente instrução da causa, ele perderia o direito de desfrutar daquilo de que já vinha fruindo, em razão do efeito suspensivo da apelação interposta. Logo, conclui o eminente processualista, teria mais eficácia uma decisão tomada sumariamente, e que é provisória por definição, do que a sentença calcada em ampla instrução. Isto seria um absurdo!¹⁸

3.6. Tendências Legislativas e Doutrinárias Sobre a Execução Provisória

Em nossos dias, face à constante busca do efetivo acesso à Justiça, **há uma grande tendência em prestigiar a aplicação da execução provisória**, com a conseqüente **redução da incidência do efeito suspensivo**, máxime em relação ao recurso de apelação.

No Brasil, integrando esta corrente encontramos o eminente processualista Ovídio Baptista da Silva, em companhia de Alcides de Mendonça Lima, que assevera:

*a tendência das modernas legislações de processo civil é ampliar o campo de permissão da execução provisória das sentenças de primeiro grau, reduzindo-se, portanto, as hipóteses em que se dê efeito suspensivo aos recursos.*¹⁹

Marinoni, analisando o alcance do art. 520 do CPC, também se posiciona firmemente em favor da aprovação de norma que transforme a “execução imediata” da sentença em regra. Defende o fortalecimento do juízo de primeiro grau, prega alteração imediata do dispositivo processual acima mencionado, com exclusão do efeito suspensivo, sempre buscando a efetividade do processo e o verdadeiro acesso à Justiça.

Também é conhecida a firme posição contrária ao duplo grau de jurisdição deste destacado jurista, que vem profligando este instituto. Insurgindo-se contra o “dogma do duplo grau de jurisdição”, Marinoni preceitua: “o duplo grau de jurisdição, compreendido como o direito à revisão da decisão proferida pelo juiz que teve, pela primeira vez, contato com a causa, não é garantido constitucionalmente, nem pode ser considerado um princípio fundamental de justiça”. E completa: “Se o direito brasileiro não cultuasse, de forma exagerada e indevida, o duplo grau de jurisdição, a necessidade de tutela antecipatória certamente não seria tão sentida”. E defende a necessidade da mitigação do duplo grau de jurisdição para uma maior efetividade da tutela dos direitos.²⁰

3.7. Apelação em embargos à execução: apenas efeito devolutivo

Por disposição da Lei 8.950, de 1994, foi modificado o inciso V, do art. 520 do CPC,

⁽¹⁸⁾ DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma da reforma. Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001, Lei 10.444, de 7.5.2002, Lei 9.800, de 26.5.1999 (Lei do “Faz”), e Lei 10.173, de 9.1.2001 (Lei dos Idosos). 3. ed., rev. e atual. São Paulo : Malheiros Editores, 2002. p. 145.

⁽¹⁹⁾ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de processo civil : processo de conhecimento, volume 1. 4. ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 415.

⁽²⁰⁾ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipatória : julgamento antecipado e execução imediata da sentença. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 201-202 e 208-222.

eliminando o efeito suspensivo da apelação interposta contra o indeferimento liminar dos embargos opostos à execução. Anteriormente, este inciso só cuidava expressamente da sentença que os julgava improcedentes. Somente terá efeito suspensivo o recurso de apelação contra sentença que acolhe os embargos, julgando-os procedentes. Comentando esta alteração do mencionado dispositivo processual, Dinamarco esclarece:

De modo indireto a nova lei eliminou outra dúvida que apesar dos progressos da ciência processual ainda surgia às vezes: subsistiam vozes a sustentar que o recurso contra a rejeição liminar dos embargos seria o agravo e não a apelação, no esquecimento de que esse ato judicial é autêntica sentença e, como tal, sujeita-se ao recurso de apelação (v. art. 267, inc. I; art. 739). Ao estabelecer que essa sentença se sujeita a apelação sem efeito suspensivo, o novo inciso V do art. 520 está a excluir a admissibilidade do agravo.²¹

3.8. Propostas De Reforma

Enquanto para alguns houve significativo avanço na reforma quanto ao duplo grau de jurisdição e efeito suspensivo, para outros ocorreu “o maior retrocesso da segunda fase da reforma”. E este último ponto de vista revela uma grande frustração dos que aguardavam, com inabalável esperança, a exclusão do efeito suspensivo no recurso de apelação, em consonância com a clara tendência mundial, comprovada pela ocorrência de ponderáveis alterações de ordenamentos jurídicos em âmbito mundial. Estavam certos de que havia chegado o

momento da materialização de maiores conquistas rumo à efetividade do processo, prestigiando-se a execução provisória, em seqüência às conquistas da tutela antecipatória.

3.9.

Marinoni, por exemplo, propõe alterações do art. 520 do CPC, para dispor que excetuadas as causas relativas ao estado e à capacidade das pessoas, a apelação será recebida apenas no efeito devolutivo. Ressalva ao vencido em primeiro grau a faculdade de pedir que o recurso seja recebido no efeito suspensivo, com fundamento em relevantes motivos e admitida, em face de razões da mesma natureza, a suspensão, total ou parcial, da eficácia da sentença ou da execução já iniciada. Com estas alterações a sentença passa a produzir efeitos a partir do momento em que o recurso é recebido apenas no efeito devolutivo. A exceção referente às causas relativas ao estado e à capacidade das pessoas se justifica, pois nesta hipótese a sentença só produz efeitos após o trânsito em julgado. Com vistas a maior eficácia da execução e celeridade processual, propõe, ainda, alterações nos artigos 273, 588 e 330, reafirmando propostas de alterações relativas ao duplo grau de jurisdição e ainda a eliminação dos embargos infringentes.²²

3.10. Proposta de alteração do CPC: tutela antecipada e execução provisória

Em seu estudo referente a alterações do Código de Processo Civil, **Ada Pellegrini**

⁽²¹⁾ DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil. 4. ed. 2ª tir., rev. e atual. São Paulo : Malheiros Editores, 1998. p.178.

⁽²²⁾ MARINONI, op. cit. p. 225-229.

Grinover esclarece que “o novo tratamento da execução provisória (com a mais clara limitação da atuação do provimento antecipatório a seus contornos) vem explicitados nas propostas atinentes aos arts. 520 e 588, CPC, combinadas com a relativa ao parágrafo 3º, do art. 273, em sua nova redação”.²³

Dê-se ao art. 520 a seguinte redação, suprimindo-se seus incisos:

“Art. 520 – Ressalvadas as causas relativas ao estado e capacidade das pessoas e as sujeitas ao duplo grau de jurisdição (art. 475), a apelação terá somente efeito devolutivo, observado o disposto no parágrafo único do art. 558.”

“Parágrafo único – Sendo relevante a fundamentação e podendo resultar à parte lesão grave e de difícil reparação, poderá o juiz, em decisão irreversível, atribuir à apelação efeito suspensivo.”

A presente proposta de alteração do CPC inclui modificações dos arts. 273 e 588, dadas as suas inter-relações, mas aqui não incluídas nem comentadas, dadas as limitações da nossa parte neste trabalho de grupo sobre sistema recursal.

As críticas às propostas de manutenção apenas do efeito devolutivo na apelação baseavam-se no argumento de que haveria uma avalanche de recursos nos tribunais, requerendo o efeito suspensivo. É verdade que esta premissa

não encontra respaldo em experiências anteriores, como no caso da alteração processual das ações locatícias, quando a introdução da execução provisória, com a eliminação do efeito suspensivo, não causou a prevista plethora de recursos. Ao contrário, o volume de recursos diminuiu significativamente. Isto levou a se concluir que os recursos anteriormente propostos eram, em sua maioria, apenas protelatórios. Aliás, é o que nos relata Gomes Junior, que também considera tímida a reforma do art. 520, e afirma: “quando as apelações apresentadas contra as sentenças proferidas em demandas de natureza locatícia eram recebidas em ambos os efeitos, o 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo estava abarrotado de feitos para julgamento. Com a alteração da Lei de Locações (parágrafo 4º do artigo 63 da Lei 8.245/91), permitindo a execução provisória, o número de recursos restou reduzido drasticamente, o que permite afirmar que eram os mesmos utilizados apenas como manobra protelatória, ou pelo menos em sua maioria”.²⁴

Igualmente merecem registro as observações deste autor, quando declara: “Adotou-se uma inversão de valores, ou seja, restou novamente privilegiado com o efeito suspensivo o derrotado – réu ou autor – que aparentemente não tem razão, tanto que sua postulação/objeção não foi acolhida, em detrimento daquele que se titulariza com a aparência de que tem razão”.²⁵ Restou consagrada a máxima: *o efeito suspensivo*

(23) GRINOVER, Ada Pellegrini. A marcha do processo. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2000. p. 128-133.

(24) GOMES Junior, Luiz Manoel. Anotações sobre a nova fase da reforma do CPC – âmbito recursal. In: NERY Jr., Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadores). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 4). p. 659-663.

(25) GOMES Junior, op. e loc. cit.

é o maior inimigo do vencedor e o maior amigo do vencido.

Com a introdução do “Parágrafo único”, a proposta supra de Grinover procura antecipar-se à aventada avalanche de recursos aos tribunais, dispondo a respeito da possibilidade de o próprio juiz atribuir à apelação efeito suspensivo, em decisão irrecurável, “sendo relevante a fundamentação e podendo resultar à parte lesão grave e de difícil reparação”.

Justificando a proposta de novo tratamento da execução provisória, Grinover fundamenta-se em estudos de direito comparado. Cita o direito belga, alemão, espanhol e outros. E destaca: “Mais ousada é a técnica italiana: a execução provisória atua *ope legis* (art. 282, CPC), podendo levar à expropriação, sem previsão de caução. Resta ao devedor requerer a suspensão da execução por “graves motivos” em sede de apelação ou, se assim não for, ser ressarcido dos prejuízos na hipótese de o credor não ter agido “com a prudência normal”, em caso de reforma da sentença (art. 96, *comma* 2º, CPC).²⁶

Prosseguindo sua justificativa, baseada no direito comparado, ainda aduz Grinover que, na América Latina, o Código Modelo de Processo Civil para Ibero-américa contempla a regra da imediata executoriedade da sentença apelada, mediante caução, cabendo ao réu, se for o caso, indenização por perdas e danos. Aventa-se, também, a possibilidade de o recorrente obter suspensão dos efeitos da sentença, prestando garantia. Solução esta acolhida pelo Código Geral de Processo do Uruguai (arts. 260, 275 e 375).²⁷

Para esta autorizada jurista, isto é a demonstração explícita da total defasagem do sistema brasileiro de “execução provisória”, dotado de medidas desprovidas de eficácia prática. Assim, entende aconselhável que se escolha, entre as diversas técnicas do direito comparado, a opção mais prudente, que é a alienação mediante caução, respeitando-se, assim, a fidelidade à tradição brasileira, que já permite, com esta ressalva, o levantamento do depósito em dinheiro. Por outro lado, informa, pensou-se na possibilidade de o juiz dispensar a caução aos desprovidos de condições econômicas, a fim de viabilizar a execução provisória em tais hipóteses.

3.11. Considerações Finais e Conclusões

Isto posto, sem embargo de abalizadas opiniões em contrário e, tendo analisado diversas propostas, **acolhemos e nos associamos às propostas de alterações do art. 520 do CPC, acima expostas e encaminhadas por Grinover, adotando apenas o efeito devolutivo no recurso de apelação, na forma e com as ressalvas introduzidas.** Quer nos parecer que as mencionadas propostas, além de perfilharem a tendência dominante da legislação e doutrina atuais, são as que mais atendem aos objetivos da reforma, a saber, a persecução da garantia de efetividade do processo, respeito à celeridade e à segurança, em busca de uma ordem jurídica justa.

Contudo, não nos omitiremos em registrar o sentimento de frustração de significativa parcela dos operadores do direito, nem nos furtaremos ao dever de consignar nosso

⁽²⁶⁾ GRINOVER, op. e loc. cit.

⁽²⁷⁾ GRINOVER, *ibidem*

ponto-de-vista pessoal, que representa a perfeita coincidência com o sentimento quase geral apontado, em relação à timidez da reforma introduzida pela Lei 10.352/2001, em vigor a partir de março de 2.002, após o período legal de *vacatio legis*.

Compreendemos a posição de Orione Neto ao lamentar que a Comissão de Reforma do Código de Processo Civil tenha recuado em suas deliberações. Depois de consignar, no Anteprojeto de Lei 13, apenas o efeito devolutivo nas apelações, demonstrando ter assssimilado as lições hauridas dos estudos de direito comparado, privilegiando a maior eficácia da sentença, sim, a referida Comissão voltou atrás. Inseriu no Anteprojeto de Lei 15 o duplo efeito, sob a justificativa de que “fundadas objeções conduzem à manutenção da sistemática do duplo efeito, de longa tradição”. Também alegou a Comissão estar buscando “evitar, em segunda instância, um previsível acúmulo de pedidos cautelares tendentes à concessão do efeito suspensivo à apelação”.²⁸

Parece ter procedência a conclusão de Orione Neto: preferiu-se manter a “longa tradição” em vez de propiciar maior efetividade ao processo, prestigiando a sentença do magistrado de primeiro grau de jurisdição.²⁹

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDAQUE, José Roberto. Poderes instrutórios do juiz. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre : Fabris, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 7. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1999.

_____. A reforma do Código de Processo Civil. 4. ed., 2ª tir., rev. ampl. e atual. São Paulo : Malheiros Editores, 1998.

_____. A reforma da reforma. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Malheiros Editores, 2002.

_____. Os efeitos dos recursos. In: NERY Jr., Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadores). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 5). p. 22-66.

GOMES Junior, Luiz Manoel. Anotações sobre a nova fase da reforma do CPC – âmbito recursal. In: NERY Jr., Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadores). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 4). p. 644-677.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A marcha do processo. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2000.

LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo, 35, p. 24-67.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipatória : julgamento antecipado e execução imediata da sentença. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000.

⁽²⁸⁾ ORIONE Neto, Luiz. Duplo grau de jurisdição e efeito suspensivo: o maior retrocesso da segunda fase da reforma. In: MOREIRA, Alberto Camiña, et al. Nova reforma processual civil : comentada. São Paulo : Editora Método, 2002. p. 272-277.

⁽²⁹⁾ ORIIONE Neto, op. e loc. cit.

MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual civil. Campinas : Millennium, 1999. v.4.

MOREIRA, Alberto Camiña (et al). Nova reforma processual civil : comentada. São Paulo : Editora Método, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro : Forense, 1974. v. 5.

NERY Jr., Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadores). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 5).

NERY Jr., Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadores). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 4).

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de processo civil : processo de conhecimento, volume 1. 4. ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1998.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Lineamentos da nova reforma do CPC : Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais do processo civil.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves considerações à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

4. O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL NOS TRIBUNAIS RECORRIDOS COMO FATOR DE MOROSIDADE DA JUSTIÇA

José Eduardo Suppioni de Aguirre

4.1. Introdução

Entre as várias causas detectadas para o prolongamento temporal do julgamento do recurso especial, sobressaiu-se o exame de sua admissibilidade no tribunal recorrido.

Os arts. 541 e 542, § 1º do C.P.C. exigem que o recurso especial seja interposto perante o presidente ou vice-presidente do tribunal onde sobreveio o acórdão impugnado, cabendo-lhes, após a apresentação das contra-razões pelo recorrido, o exame positivo ou negativo de sua admissão.

Embora sobrevindo no tribunal *a quo* o juízo positivo de admissibilidade do especial, esse exame será, antes da apreciação do mérito, novamente procedido, agora pelo S.T.J., em decorrência de sua competência constitucional pra tanto (art. 105, III, da C.F.).

No caso do juízo negativo de admissibilidade do especial no tribunal de origem, lícito será ao insurgente manejar o recurso de agravo de instrumento, de forma tal que, mantido o julgamento de admissibilidade, cumprirá àqueles órgãos judiciários diretivos remete-lo ao S.T.J. para reexame da questão (arts. 544 e 545 do C.P.C.).

Esse duplo grau de admissibilidade acarreta, obviamente, a procrastinação do desfecho final do recurso em apreço.

No entanto, existe controvérsia sobre os limites entre o juízo de admissibilidade e o de

mérito do recurso especial e, como ficará visto abaixo, conforme a solução que se der a esse problema acentuar-se-á, ou não, a delonga no desate da insurgência.

4.2. O Juízo de Admissibilidade e de Mérito do Recurso Especial

Malgrado pareça fácil, à vista desarmada, extremar-se o juízo de admissibilidade e de mérito do recurso especial, na hipótese do art. 105, III, 'a', da C.F. é certo que o manejo desses juízos está inçado de dificuldades.

Consoante anota Barbosa Moreira, a má redação do art. 105, III, letra 'a' da Constituição, atribuindo ao S.T.J. a competência para julgar a contrariedade do acórdão recorrido à lei federal, leva, se vista em sua literalidade, ao paradoxo de, ***“para verificar se a lei federal foi mesmo contrariada”***, apreciar-se o mérito do recurso especial para, em seguida, não conhecê-lo.

Acompanhem-se suas prestigiosas considerações:

“‘Quid iuris’ se, julgando-o, chega o tribunal à conclusão de que não se violou a lei, de sorte que o recorrente não tem razão? Literalmente entendido o texto constitucional, haveria o Superior Tribunal de Justiça andado mal em julgar o recurso: a decisão recorrida ‘não contrariou’ lei federal, logo a espécie ‘não se enquadra’ na moldura do art. 105, nº III, letra ‘a’... Mas como poderia o tribunal, ‘a priori’, sem julgar o recurso, adivinhar o sentido em que viria a pronunciar-se, na eventualidade de julga-lo? Eis o pobre Superior Tribunal de

Justiça metido, sem culpa sua, a fim de ver se a lei federal foi violada, e arrisca-se a, concluindo pela negativa, exceder os limites traçados pela Carta da República; ou então se abstém de julgá-lo, e assume o risco de descumprir a atribuição constitucional, porque sempre era possível que a lei federal tivesse realmente sido violada...”³⁰

Em resumo, para Barbosa Moreira, a literal aplicação do art. 105, III, 'a', da C.F. leva à confusão entre juízos de admissibilidade e de mérito do recurso especial.

Sugere ele, para contornar essa dificuldade, que se abandone a visão literalista do referido dispositivo constitucional, extraindo-se dele o seguinte entendimento:

“(...) compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos estados, do Distrito Federal e Territórios, ‘quando o recorrente alegar’ que a decisão recorrida contrariou lei federal. Semelhante entendimento é o único suscetível de arrumar logicamente o sistema e de livrar do pesadelo o Superior Tribunal de Justiça.”³¹

Partindo dessa premissa, Barbosa Moreira extrema com nitidez os limites dos juízos de admissibilidade e de mérito do recurso especial.

Na seara da admissibilidade, bastaria, então, estar entre os demais pressupostos recursais a simples afirmação do recorrente de que o acórdão afrontou a lei federal.

⁽³⁰⁾ Temas de Direito Processual, São Paulo, RT, 1997, pp. 127-128.

⁽³¹⁾ Ibidem, p. 128.

A ocorrência ou não do malferimento à norma federal restaria insulada no campo do juízo de mérito.

No entanto, afastam-se dessa sugestão outros doutrinadores, bem como, em maioria, o próprio S.T.J., embora a dissidência seja cambiante.

Em recente obra, afastando-se da retromencionada proposta, José Saraiva consigna que, *“embora brilhante e precisa, como sempre, a perspectiva sobre o tema em comento defendida pelo ilustre jurista, representando boa parte dos doutrinadores, a superposição do juízo de admissibilidade com o juízo de mérito dos recursos extraordinários decorre do texto constitucional, com ou sem má técnica. É uma realidade e, como em relação aos recursos, tem-se adotado o critério da legalidade refletido no princípio da taxatividade, não se pode partir do plano ideal para tentar estabelecer a conduta no real”*.³²

Em nota de rodapé de seu “Recurso Especial”, Gleydson Kleber Lopes de Oliveira aborda, se forma esclarecedora, a polêmica levantada por Barbosa Moreira, acentuando a opinião concordante de Nelson Nery Júnior e as discordantes de Nelson Luiz Pinto e Rodrigo da Cunha Lima Freire, embora estes últimos também propugnem por diferenciar os julgamentos de admissibilidade e mérito no recurso em tela, devendo aquele cingir-se à constatação da razoabilidade da alegação do confronto entre o acórdão e a lei federal.

Porém é certo que tem prevalecido no Superior Tribunal de Justiça o viés da superposição dos julgamentos de admissibi-

lidade e de mérito do recurso especial, conforme realça Rodolfo de Camargo Mancuso:

“(…) há porém, entendimento – que se vai firmando nos Tribunais Superiores – no sentido de que o juízo de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial nos Tribunais de origem há que ter maior amplitude, em ordem a ser examinado ‘tudo’ o que esteja contido na rubrica do ‘cabimento’ desses recursos.”³³

4.3. O Questionamento sobre a Delimitação do Âmbito dos Juízos de Admissibilidade e Mérito no Recurso Especial não é Meramente Acadêmico

As testilhas instauradas sobre a questão do juízo de admissibilidade e de mérito no especial não têm, apenas, repercussão científica, mas apresentam consequências no plano constitucional e no da efetividade do processo.

4.3.1 Os Reflexos Constitucionais

Estando o especial submetido à “dupla triagem”, depreende-se que, se mantida a postura de aceitar-se a superposição dos juízos de admissibilidade e mérito, estarão os tribunais recorridos a debuxar o mérito da insurgência, concorrentemente com o S.T.J., quando manejarem, em vista ao art. 105, III, ‘a’, da C.F., o crivo que lhes cabe.

Isto é, os órgãos diretivos dos tribunais, de onde sobreveio o acórdão atacado, ao

⁽³²⁾ Recurso Especial e o STJ, São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 346-347.

⁽³³⁾ Recurso Extraordinário e Recurso Especial, 6ª ed., São Paulo, RT, p. 124.

inadmitirem o especial, sob o entendimento de que o aresto não malferiu a lei federal, apreciam, indiscutivelmente, o seu mérito.

Mas a competência para dilucidar o mérito é assegurada pela Constituição ao S.T.J., exclusivamente.

Logo, avulta-se evidente invasão dessa competência pelos tribunais recorridos, o que é insustentável à luz da Lei Maior.

Depois de recomendar que o juízo de admissibilidade do especial, pela letra ‘a’, do art. 105, III, da C.F., deve versar sobre a plausibilidade ou razoabilidade da alegada infringência ao direito federal, Nelson Luiz Pinto lembra que o exaustivo exame do tema pelo tribunal recorrido “*agride a Constituição Federal*”.³⁴

Na mesma trincheira, posta-se Herman Homen de Carvalho Roenick, consignando que, “*em termos amplos, se pode afirmar que no primeiro juízo de admissibilidade só é possível o exame dos requisitos, objetivos e subjetivos, sem qualquer incursão no aspecto meritório do recurso*”.³⁵

Outra não é a ótica adotada por Clito Fornaciari Júnior, acentuando que essas decisões “estão invadindo a competência reservada ao órgão superior, extrapolando os limites do despacho acerca do cabimento do recurso (...), cujo exame é deferido ao Superior Tribunal de Justiça”.³⁶

Logo, *data venia* do posicionamento contrário do próprio S.T.J. e da voz autorizada de Athos Gusmão Carneiro, temos como colidente com o texto constitucional a superposição

dos juízos de admissibilidade e de mérito nos tribunais recorridos.

4.3.2. Os Reflexos Sobre a Efetividade do Processo

Além da ofensiva à Lei Maior, a prática de apreciação do mérito recursal nos tribunais “a quo” entesta com o princípio da efetividade do processo, na medida em que, por morosa, gera a delonga no seu julgamento final pelo S.T.J.

Tanto é cediça a lentidão no processamento do especial nesses sodalícios, que dispensa maiores considerações.

4.4. A Importância de Norma Legal que Venha a Resolver o Impasse

Nesse quadro, a conclusão dos questionamentos sobre o tema, durante a regência pelo Prof. Dr. João Batista Lopes da disciplina “Sistema Recursal”, foi pela solução da dificuldade “de lege ferenda”.

Destarte, duas soluções foram aventadas: a primeira no sentido de prever-se o ajuizamento do recurso especial diretamente no S.T.J. e a segunda mantendo a dupla triagem, mas limitando o juízo de admissibilidade à constatação da simples alegação de contrariedade do acórdão recorrido com a lei federal, na linha do sustentado por Barbosa Moreira.

Qualquer uma dessas providências não só preservaria a competência exclusiva do S.T.J. na apreciação do mérito do especial, como,

⁽³⁴⁾ Recurso Especial para o STJ, Teoria Geral e Admissibilidade, São Paulo, Malheiros, 1996, 2ª ed., p. 147.

⁽³⁵⁾ Recursos no Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Aide, 1999, 2ª ed., p. 182.

⁽³⁶⁾ Recurso no Superior Tribunal de Justiça, Coordenação do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 176.

também, contribuiria para a concretização do princípio da efetividade, propiciando maior agilidade no processamento e desate do recurso.

5. REFLEXÕES SOBRE A SUMULA VINCULANTE

Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas

5.1. Introdução

Destinado a regular o comportamento social do homem o Direito deve manter sintonia com as aspirações da sociedade, razão por que a solução dos conflitos de interesse deve atender aos valores e princípios em que ela se assenta como a justiça, a verdade, a certeza, a segurança, a paz social etc.

Como instrumento de realização da ordem jurídica, o processo deve guardar sintonia com tais valores e princípios, donde a conclusão de que, em linha de máxima, não se pode admitir a existência de duas justiças o que geraria insegurança e descrédito do Poder Judiciário.

Entretanto, a interpretação e aplicação do Direito depende de muitos fatores entre os quais a formação jurídica e intelectual do magistrado, as circunstâncias de tempo e lugar, as condições materiais para o exercício da jurisdição etc.

Diante disso, é normal, no dia-a-dia forense, a existência de dissídio quanto à inteligência das normas jurídicas, sendo frequentes as hipóteses em que, num mesmo tribunal, coexistam teses jurídicas conflitantes.

Tomemos dois exemplos. Antes da existência de norma admitindo a correção

monetária e a indenização por dano moral, os julgadores das várias cortes do país dividiam-se quanto a essa *quaestio iuris*, do que resultava insegurança para os operadores do Direito e para os jurisdicionados.

A existência de dissídio jurisprudencial é uma contingência da liberdade que deve presidir aos julgados, mas a sociedade não aceita essa realidade que pode ser confundida com a máxima “dois pesos, duas medidas”.

Entre os mecanismos imaginados para evitar a dualidade de julgamentos figuram, em lugar de realce, as súmulas (*rectius*, súmula da jurisprudência predominante).

5.2. Conceito de súmula

No dizer de MIGUEL REALE, as súmulas consistem em enunciados que refletem decisões reiteradas do respectivo Tribunal no que tange a teses jurídicas e que servem de norte a toda comunidade jurídica. A súmula vinculante corresponderia dessa forma, à orientação judicial adotada pelo Supremo Tribunal Federal, com relação a determinado caso concreto, que deverá a partir daí ser adotada como parâmetro para o julgamento de todas as causas semelhantes, pelos magistrados das instâncias inferiores. Consoante ensinamento de Miguel Reale³⁷ ... *em suma, ... a súmula já é o resultado de um longo processo doutrinário e jurisdicional, sendo certo que a convergência de várias decisões nas instâncias superiores constitui demonstração do acerto na apreciação das normas jurídicas em consonância com determinado quadro de fatos e valores. Assim sendo, se se justifica plenamente a vinculação dos juízes às súmulas,*

⁽³⁷⁾ REALE, Miguel. Crise do Capitalismo e Crise do Estado. Ed. SENAC, 2000, p.113.

devemos, outrossim, nos prevenir contra o indefinido congelamento delas...

Um dos precursores em desenvolver estudos no sentido de inserir a súmula (instituto do *common law*) no nosso ordenamento jurídico (*civil law*), foi o ex-ministro Vítor Nunes Leal, nos idos de 1963, com o intuito de definir, em pequenos enunciados, o que o Supremo Tribunal Federal, vinha decidindo de modo reiterado sobre temas que repetiam constantemente em seus julgamentos. Sua proposta era a de se criar por meio de emenda ao regimento interno “Súmula da Jurisprudência Dominante do Supremo Tribunal Federal”. Desta feita, a súmula vinculante consistia em uma medida de natureza regimental, que visava especialmente descongestionar os trabalhos do Tribunal, possibilitando que a ação de seus juízes se torne mais célere. Além disso, a súmula serviria, segundo o referido jurista, de informação a todos os magistrados do país e aos advogados dando a conhecer a orientação da Corte suprema nas questões mais freqüentes. O novo instituto serviria para uniformizar decisões que se repetissem reiteradamente em semelhantes julgados. Para ele, a súmula não deveria ter caráter impositivo ou obrigatório, imutável para o próprio tribunal que a edita ou para as instâncias inferiores.

A súmula por ele tratada consistiria em matéria regimental que poderia ser alterada conforme a necessidade, por sugestão dos ministros ou das partes, por meio de agravo contra o despacho de arquivamento de recurso extraordinário ou do agravo de instrumento.

O STF adotou tal proposta de súmula com autoridade meramente persuasiva, sendo seguido pelos demais tribunais que imitaram seu exemplo formulando suas próprias súmulas. Mais tarde, o que antes consistia apenas em matéria regimental, passou a constar também,

de forma expressa, no Código de Processo Civil, em seus artigos 476 a 479, que permitem a emissão de súmulas pelos tribunais como efeito incidente de uniformização de jurisprudência.

O ideal de se aplicar a súmula vinculante em nosso ordenamento jurídico contraria a nossa tradição de não conferir à jurisprudência caráter normativo.

No que diz respeito propriamente ao efeito vinculante, constata-se que o mesmo foi instituído em nosso ordenamento jurídico quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 03/93, cujo artigo 1º alterou o artigo 102 da Constituição Federal de 1988 objetivando a inclusão do parágrafo 2º, criando a Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo, dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Cabe salientar que o modelo de inspiração imediato da forma vinculada encontra-se na regra do *stare decisis* ou precedente judicial vinculativo próprio do sistema *common law* (que em muito se diferencia de nosso sistema do *civil law* de tradição romano-germânica). Isso, apesar do fato de que a motivação e aplicabilidade do efeito vinculante adotado no sistema do *common law* se diferencia de forma significativa do que se pretende adotar aqui.

Hodiernamente é possível verificar que existem duas propostas em discussão no Congresso Nacional tratando da súmula com efeito vinculante: uma, tramita na Câmara dos Deputados, por meio do substitutivo apresentado pelo Deputado Jario Carneiro (PFL/BA), que institui a súmula vinculante em um projeto ainda maior de Reforma do Judiciário (Proposta de Emenda Constitucional nº 54/95), em curso no Senado Federal, de autoria do Senador Ronaldo Cunha Lima (PMDB/PB), tratando especificamente a respeito da súmula, dando nova redação ao parágrafo 2º do artigo 102 da

Magna carta, implantando o efeito vinculante nas decisões definitivas de mérito do STF.

Dessa forma, encontra-se em andamento junto ao Congresso Nacional uma proposta de Emenda à Constituição de nº 54 de 1995 no sentido de se dar nova redação ao parágrafo 2º do artigo 102 da Constituição com a introdução em nosso ordenamento jurídico, no texto Constitucional, da súmula com efeito vinculante. A proposta é a de adotar o efeito vinculante amplo às “*decisões proferidas pelo STF, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo, e as definitivas de mérito, se o STF assim o declarar pelo voto de dois terços de seus membros*”.

E, além dessa, existe a proposta de reforma constitucional do Poder Judiciário, em tramitação legislativa dispõe acerca da edição de súmulas com efeito vinculante tanto pelo Supremo Tribunal Federal quanto pelos Tribunais Superiores. Tal proposta de Emenda à Constituição Federal consiste em se alterar o art. 98 para que o mesmo fique com a seguinte alteração:

Art. 98. *O Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo do disposto no artigo 107, parágrafo 2º, e os Tribunais Superiores, após decisões reiteradas da questão mediante o voto de três quintos dos seus membros, poderão editar súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário submetidos a sua jurisdição e à administração pública direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como proceder a sua revisão ou cancelamento.*

§1º A súmula vinculante terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou

entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

3. ASPECTOS POSITIVOS DA SÚMULA VINCULANTE

A utilidade da Súmula vinculante estaria justamente na necessidade de se encontrar meios hábeis de ao menos se conter a crescente demanda de processos a serem julgados pelo Supremo Tribunal Federal e de agilizar a máquina judiciária. Isso significa impedir a proliferação e eternização de lides idênticas, o que aliviaria os tribunais de milhares de processos idênticos, possibilitando o julgamento de nossos processos, evitando decisões conflitantes.

Adotar a súmula vinculante viria ao encontro principalmente dos clamores da grande parte da população pobre que não tem condições financeiras para ir ao STF/STJ. Além disso, ao se evitar decisões conflitantes, dar-se-ia maior certeza e segurança ao Direito, o que o tornaria mais previsível, asseguraria tratamento mais isonômico aos jurisdicionados.

Com a adoção da súmula vinculante combate-se-ia a abominável “loteria judiciária” que tanto incomoda os mais nobres operadores do direito e a sociedade como um todo por afrontar o princípio constitucional que prevê que todos são iguais perante a Lei. Difícilmente se compreende porque para um mesmo caso concreto podem decorrer decisões completamente diferentes, muitas vezes até mesmo contraditórias. Tal quadro fatalmente leva a incertezas jurídicas e ao descrédito da Justiça. De forma alguma, violar-se-ia a independência dos juízes na interpretação da lei especialmente por sua aplicação ser limitada a situações específicas.

A aplicação da súmula vinculante em momento algum restringiria a interpretação da lei, sua aplicação seria apenas para casos estáveis. E, ao contrário de engessar o Judiciário, ela destrancaria e amenizaria boa parte do trabalho do magistrado no que dissesse respeito a questões objetivas reiteradamente decididas, possibilitando ao julgador dispendar seu tempo em questões mais complexas, que realmente necessitassem de sua avaliação de forma individualizada. É no mínimo intrigante, ou, melhor, *inconcebível que cerca de 70% dos processos que tramitam no STF tratem de matéria que já foi decidida por essa mesma Corte. É um desperdício de dinheiro, tempo e também de recursos humanos; isto só não é percebido pelo Poder Público. A demora, por vezes, pode até comprometer, para dizer o menos, direitos de um cidadão que já foram garantidos pela própria Corte Máxima do País*³⁸...

4. ASPECTOS NEGATIVOS

A principal crítica, ou melhor, desvantagem que muitos afirmam que a aplicação da Súmula traria é o “engessamento” do poder que o magistrado possui hodiernamente de julgar conforme seu convencimento as causas a ele submetidas

O maior temor que parece rondar a temática da Súmula Vinculante parece ser o perigo de a mesma retirar a necessária liberdade para julgar inerente à função do magistrado.

Seria então, mecanismo autoritário a restringir significativamente o direito-dever de

os julgadores apreciarem cada causa com independência e conforme suas convicções jurídicas. Representaria um repudiável controle político e ideológico dos magistrados. Da adoção do efeito vinculante das súmulas resultaria decisões submissas e atreladas aos tribunais superiores, cujos integrantes são nomeados pelo presidente da República. Haveria, conforme tal entendimento, centralização do poder na cúpula do STF, que contrariando a nossa Carta Magna passaria a legislar. Atrelar-se-ia o poder criador da jurisprudência dos tribunais inferiores e dos juízes de primeiro grau. Tal quadro resultaria na existência de um direito estático e não dinâmico como se espera que seja. Acabaria dessa forma, com a democracia, com a liberdade de julgar uma vez que as decisões seriam meramente políticas, amarradas às súmulas. Além disso, sua aplicação confrontaria com o artigo 5º, inciso II da Constituição Federal brasileira que determina que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*. A Súmula vinculante também infringiria outras garantias constitucionais como: o devido processo legal, do juiz natural, da ampla defesa, do contraditório, do duplo grau de jurisdição de forma a obstaculizar o acesso à justiça e contrariar o princípio da inafastabilidade do controle judicial.

Consoante Djanira Maria Radamés de Sá³⁹ *se o direito brasileiro é regido pelo primado da lei, e se súmula não é lei, mas decisão judicial, não se lhe pode atribuir força vinculativa só atribuível à lei. Admitir tal hipótese significa concordar com a subversão do sistema jurídico nacional pela inversão da ordem de prevalência das fontes do direito.*

(38) TAVARES. Francinaldo. Matéria publicada na revista VEJA, assunto: *Justiça, exaustos meritíssimos*, em 26/03/1997. Edição 1.488, pág.108-113.

(39) *Súmula vinculante – análise crítica de sua adoção*. Del Rey, Belo Horizonte, 1996,págs.113-114

Os que são contrários à aplicação da súmula vinculante argüem que a mesma não teria o condão de evitar que a máquina judiciária fosse movimentada para apreciar os inúmeros casos idênticos que habitualmente são submetidos à sua apreciação. Assim, em nada minorariam o problema da morosidade, já que os Tribunais seriam provocados até mesmo para se questionar sobre o acerto ou não da aplicação da súmula, seja por esta ser realmente questionável ou por servir de mero instrumento protelatório.

Mesmo que o STF deixasse de examinar recursos extraordinários e agravos que a ele são submetidos, em compensação teria que passar a analisar número significativo de reclamações que seriam de sua competência originária, assim, diretamente submetidas a ele. Não obstante o STF ter competência para trancar, mediante decisão do relator, recursos manifestamente incabíveis, improcedentes ou prejudicados, na prática tem se constatado que tal expediente não tem sido muito utilizado. Desta feita, às Turmas são apresentados para exame uma infinidade de casos decididos de forma reiterada, que por constituírem precedentes que corresponderiam à jurisprudência sumulada, poderiam servir para nortear decisões similares futuras. Ao invés de beneficiar os trabalhos dos tribunais, a adoção da súmula com efeito vinculante retirariam a independência dos julgadores no momento de decidir na medida em que estariam de mãos atadas frente às súmulas vinculantes. Haveria então uma repudiável cristalização da jurisprudência. O debate jurídico com relação a muitos casos estaria dessa forma, afastado.

Com relação a passar a considerar como crime de responsabilidade a interpretação divergente do magistrado de instância inferior feriria um dos princípios básicos do Judiciário que é o da *livre convicção no julgar o fato*

conforme o direito, já que seria um engano acreditar que um fato que ensejou certa Corte a enunciar súmula de jurisprudência predominante se subsumiria completamente a outro caso. Assim, retirar do julgador a oportunidade de examinar individualmente as hipóteses que a ele são submetidas para verificar como resolvê-las conforme o Direito, corresponderia a até mesmo distorcer o fato para adequá-lo ao direito enunciado. Mesmo porque, é possível constatar que muitas vezes enunciados (seja do mesmo ou de variados Tribunais) conflitam entre si, o que dificultaria ainda mais a tarefa do julgador, já que neste caso teria também que aferir qual enunciado estaria em vigor ou não.

A súmula vinculante acarretaria problemas como o de submeter os tribunais a um grande volume de casos com a finalidade de avaliar se o juiz ou tribunal inferior aplicou de forma acertada os enunciados da súmula. Assim, só aumentaria o número de processos nos tribunais, além de gerar certa insegurança judiciária já que haveria o risco de os juízes serem apenados por crime de responsabilidade.

Para alguns, ao invés de adotar a súmula vinculante, dever-se-ia utilizar melhor o dispositivo referente ao art. 557 do C.P.C., que possibilita a inadmissão de recursos em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal. Chega-se a propor a extensão dessa regra a outros órgãos da jurisdição como o juízo de primeiro grau.

O tema é, como se vê, polêmico.

Grande, porém, o número de opositores à súmula vinculante como a Ordem dos Advogados do Brasil, a Associação dos Juízes para a Democracia, várias associações de magistrados e de advogados.

5.5. CONCLUSÃO

Como vimos, são graves as objeções levantadas contra a súmula vinculante, razão por que sua introdução na forma pretendida nos projetos supracitados se afigura desaconselhável.

Entretanto, é muito provável que, para se desafogar os tribunais superiores, o Congresso acabe por aprovar essa inovação, pondo termo ao debate sobre o tema.

É de se esperar que, assim sendo, o legislador atente para a necessidade de limitar o

instituto a matérias determinadas como as relacionadas com os “pacotes econômicos” e as questões tributárias repetitivas.

Se, porém, se reabrir o debate sobre a reforma do Poder Judiciário como proposto pelo Min.da Justiça Márcio Thomaz Bastos, será oportuno questionar sobre a conveniência da substituição da súmula vinculante pela súmula inibidora de recursos, porque esta não comprometerá a liberdade de julgamento dos magistrados de primeira e segunda instância.

COMPLEXIFICAÇÃO SOCIAL E TENDÊNCIA À SIMPLIFICAÇÃO DO PROCESSO CIVIL

Regis de MORAIS¹
João Batista LOPES²

Quando, neste escrito pomos, em aparente confronto, os temas da crescente complexificação social e da tendência – tão encontrável agora – para a simplificação dos processos em Direito, o que na verdade estamos buscando é uma melhor compreensão das duas realidades mencionadas, não necessariamente pondo-as, *a priori*, como antitéticas. Como, é sabido, o campo processualista é vasto, nestas páginas debruçar-nos-emos apenas sobre a idéia de simplificação do processo civil, no âmbito de uma sociedade brasileira que, ao longo especialmente do século XX, vem-se complexificando muito – de modo ainda mais acentuado nas regiões sudeste e sul.

Este escrito exhibe o encontro entre análises ântropo-sociológicas e propriamente jurídicas e, como dissemos, é uma sincera e interdisciplinar busca de esclarecimentos.

O imediatismo fragmentário que caracteriza os tempos atuais talvez tenha dificuldade de compreender a incursão que o presente texto faz pelas etapas essenciais da evolução humana; mas tal incursão há de estabelecer uma mais ampla estrutura de compreensão para uma questão que veio eclodir nas últimas décadas do século XX. Afinal, este é um escrito produzido na academia e tem necessariamente compromisso com amplitude e com rigor, não fugindo ao que pode haver de bom e positivo em certas explorações eruditas, desde que a erudição seja mantida sempre como meio – nunca como um fim em si mesma.

Estes são tempos nada fáceis, pois, de um lado há uma estrondosa e constante grita contra a lentidão (morosidade, como se costuma dizer) dos procedimentos judiciais, sendo que de outro lado estes não podem ser levianos e atropelados pela pressa. Nesse entremeio, sa-

⁽¹⁾ Filósofo e sociólogo, doutor e livre docente em Educação. Professor do Mestrado em Direito da PUC-Campinas.

⁽²⁾ Doutor em Direito, Desembargador aposentado e professor nos Mestrados em Direito da PUC-São Paulo e da PUC-Campinas.

be-se, há problemas técnicos e burocráticos e outras imperfeições que poderiam ser superados e não o têm sido suficientemente. Com ou sem razão, o fato é que tem caído um problemático descrédito da população sobre o que tange à justiça sob os cuidados do Estado. Por falta de recursos humanos e fluxograma adequados, juizados especiais de causas de menor complexidade congestionam-se rapidamente, ao ponto de, em setores periféricos das grandes cidades – normalmente dominados por narcotraficantes, por exemplo, - muitas pessoas preferirem a “jurisdição” paralela do traficante, em razão de que este ganha a simpatia e os favores da população carente resolvendo suas pendências de forma rápida, conquanto truculenta.

Seja pelo estridor da grita contra a morosidade da justiça, seja por reais convencimentos técnicos e doutrinantes, há hoje a tendência à simplificação do processo – neste nosso caso, o processo civil. Ocorre que, especialmente em determinadas regiões do nosso país, o ritmo de complexificação da sociedade é nada pequeno – os pesquisadores de campo e observadores o garantem.

Este é, portanto, um problema que exige mais detida investigação e em relação ao qual os meios acadêmicos de pesquisa não podem permanecer indiferentes. Todavia, para não sofrer de incompletude, é questão que exige noções mais amplas relativas à evolução das sociedades humanas; os tempos atuais não surgiram do nada, mas foram esculpidos por toda uma evolução histórica que nos permite entender mais claramente o momento em que estamos.

Neste texto, um sociólogo e um jurista põem-se em diálogo para buscar compreensões que são muito mais possibilitadas na troca e na complementação intersubjetivas.

1. UM SINTÉTICO OLHAR SOBRE A EVOLUÇÃO SOCIAL

A interação humana há muitos milênios não é simples e de fácil apreensão. A chamada Revolução Cultural do Neolítico, na última fase, portanto, da pré-história – iniciada por volta de 7.000 anos antes de Cristo – significou já, sobretudo em seu momento de clímax, importante complexificação do relacionamento humano nas sociedades. Com descobertas como: a da semente e do plantio, da feitura de tijolos para edificações e criação de utensílios de cerâmica; como a das formas de irrigação, adubagem e armazenamento de alimentos, como os primeiros ensaios em fundição metalúrgica e formas pictóricas que posteriormente deram origem à escrita. Data de aproximadamente 3.000 a.C. a descoberta das primeiras possibilidades de urbanização da vida social, ainda no Período Neolítico. Como se vê, na pré-história, a interação humana já se complexificou razoavelmente; mas é evidente que tudo isto ainda estava imensamente distante das transformações operadas pela tecno-ciência.

Será proveitoso, neste ponto, se fizermos breve recomposição de diferentes fases sociais que se sucederam, traçando intrigante desenho evolutivo. Porém, para que não façamos demasiadamente longo este texto, procuraremos proceder de forma mais esquemática. Segundo Allan G. Johnson (1997), devemos atentar para a seguinte sequência:

- a) primeiramente existiram as *sociedades de caçadores – coletores*, as mais primitivas e com nenhuns meios tecnológicos de produção. Seus membros coletavam frutos e plantas alimentícias, tendo a carne apenas como alimento ocasional. Consumiam o que coletavam e caçavam e,

conseqüentemente, não geravam excedentes. Em tal situação houve mínima desigualdade social, com uma divisão do trabalho mais baseada no sexo; e vão surgindo as primeiras estruturas de parentesco.

- b) Seguiram-se as *sociedades hortelãs*, no início próprio do Neolítico, cerca de 7.000 a.C., na Ásia Menor, ao que se sabe agora. Como aventamos acima, descobrem-se as sementes e os processos de plantio com pequenas pás, iniciando-se o cultivo de hortas domésticas – o que era já um modo de produção mais avançado. Surgem os primeiros povoados com migração intermitente, em razão das novas possibilidades de armazenamento de alimentos. A divisão do trabalho se faz mais complexa com um pequeno volume de comércio, mais à base de trocas; as moradias tornam-se mais configuradas e mais sólidas.

Aqui principiam a acontecer reuniões de artesãos que vão formando comunidades produtivas, às vezes até com 5.000 indivíduos, produzindo principalmente cerâmicas, barcos e têxteis. Este momento registra as primeiras formas de escravatura, longe ainda de terem motivação racial.

- c) Chegou-se, então, às *sociedades pastoris*, por volta de 6.000 a.C., as quais passaram a formar rebanhos de animais domésticos como forma de produção (para alimentação e outras finalidades). Ao que parece, é aqui que surgem as primeiras crenças em divindades protetoras, e são implantadas formas patriarcais de organização social, especialmente entre os

usuários de cavalos para transporte, trabalho e guerra.

Problemas patrimoniais e de sucessão e heranças principiam a surgir como conseqüências de um meio de produção mais complexo e de mais delicadas relações entre pessoas, famílias e grupos.

- d) A evolução leva às *sociedades agrárias*, de cerca de 3.000 a.C., resultantes da “revolução agrária”, que introduziu o cultivo agrícola de grandes campos, com base na invenção do *arado*. Naturalmente, a divisão do trabalho se torna bem mais complexa e surgem desigualdades sociais mais gritantes entre os grupos e famílias que se apropriam de terras, servos despossuídos e escravos. Avulta, aqui, a capacidade de produzir grandes excedentes e se vai dando muito significativa expansão de conhecimentos, relativamente a aspectos como clima, comércio, tecnologias de produção, sedimentação de comunidades rurais e expedientes já de criação urbana. Nesta fase já vemos religiões organizadas (sacerdotais), pequenos Estados e, como este período prolonga-se por milênios e inclui mesmo a Idade Média da nossa era, surgem forças militares incipientes e escolas – até mesmo as primeiras Universidades.

A sociedade agrária tem vida muito longa, e ela recebe uma nova e potente força econômica quando o centro de força dos arreios dos animais de tração é deslocado dos quadris para o pescoço e o peito; algo assim prosaico permitiu importante aumento de produção e de geração de excedentes. A longevidade da sociedade agrária acolhe os primeiros movimentos da

Revolução Comercial, cujos inícios se situam por volta do século XII de nossa era, Revolução que será transição necessária para as posteriores revoluções Técnica (1750-1850) e Industrial (que vem de fins do século XVIII até o presente).

- e) Com as revoluções Técnica e Industrial, as sociedades chegam propriamente ao industrialismo; a sociedade industrial irromperá na história com características profundamente transformadoras. Houve a produção agrícola, a fase de artesanato, a de manufatura e se chega à etapa de maquinofatura. Desde a Revolução Científica Moderna (séculos XVI e XVII) a vida social começa a se acelerar, tudo isto se precipitando com as citadas revoluções Técnicas e Industrial. Agora, o uso de matérias-primas supera os meros extrativismos (de madeira, petróleo, carvão e outros minerais). Dá-se imensa revolução social por alteração palpável de inúmeros fatores da vida cotidiana. Instala-se a tendência à produção de excedentes antes nunca vistos, com divisões de trabalho altamente complexas e exigência da criação de *mercados* que absorvessem a produção.

A produção se muda da casa para a fábrica e, conseqüentemente, do meio rural para o urbano. O chamado “êxodo rural” incha as cidades e provoca, a médio prazo, com a escrita e alfabetização, importante surto de pensamento filosófico, de ciência, educação, desenhando situações precursoras do surgimento dos chamados *meios de comunicação de massas*. No início da Idade Moderna

definiram-se Estados, trazendo certa secularização que diminuiu o poder das religiões organizadas (von Döllinger/ Rui Barbosa, 2002: vols. I e II, *passim*).

Desenvolve-se algo novo como necessidade das sociedades complexificadas: a burocracia – por assim dizer, um mal necessário que se vai tornando cada vez mais onipresente nas organizações sociais. Como já vimos, em meio jurídico e em outros meios, a burocracia se configura como necessidade e como problema; alternam-se: soluções burocráticas (em termos de organização) e empecilhos burocráticos (em termos de fluxo dos negócios humanos). Nas sociedades industriais as desigualdades sociais às vezes são menores e às vezes são muito acentuadas.

Certamente este é um quadro genérico cujas exceções precisam ser apreciadas e respeitadas; mas como normal social (ou realidade social média), mostra-se um quadro válido para as finalidades deste ensaio.

- f) Hoje já se fala em *sociedades pós-industriais*, nas quais o *funcionariado*, que trabalha com serviços simbólicos (assinaturas, carimbos, rubricas, estampilhas, etc., sendo que parte de tal trabalho é hoje feito “on line”, com outros ícones e processos simbólicos próprios da informática) vai, passo a passo se sobrepondo propriamente ao *operariado*. A realmente existirem, são sociedades do conhecimento (*knowledge societies*) que mais e mais exigem trabalhadores do conhecimento (*knowledge*

workers), como lemos na obra do administrador empresarial e pensador contemporâneo Peter Drucker intitulada *As novas realidades* (1989). Sociedades que se centram propriamente na provisão de serviços, contando com o formidável suporte da cibernética computacional.

Torna-se extraordinário o nível de complexidade sociocultural, e a velocidade dos meios de informação e transporte fazem da realidade urbano-industrial um fervedouro de problemas na interatividade humana, com sua dinâmica de direitos e deveres fundamentais. No dealbar do século XXI, é nesta realidade que estamos imersos e, ao que tudo indica, as vetustas instituições que permanecem em nosso mundo estão postas inteiramente à prova.

É assim que, sob muitas e poderosas pressões, os processos do Direito procuram rever seus ritos procedimentais – o que tem sido feito em busca de uma simplificação agilizadora. Sem dúvida, a passagem de um processo pré-científico e pré-tecnológico para um processo tecno-científico teria que significar um movimento de complexificação das sociedades, alterando-a nos aspectos econômico, tecnológico, político, demográfico, ideológico, psicológico e propriamente cultural, em mais amplos sentidos.

Ante a complexificação social, de pouco ou nada valerá atribuir prioridade causal (em termos de foco gerador) a um desses aspectos citados, pois isto será leitura reducionista e unívoca de uma realidade que é plurívoca. Leitura esta que ignora o pensamento complexo enquanto novo paradigma interpretativo proposto contemporaneamente pelo antropólogo, sociólogo e epistemólogo francês Edgar Morin (*Introdução ao pensamento complexo*, 1991).

Acreditamos que seja enriquecedora, para este nosso trabalho, uma breve mas eficiente incursão pelas principais idéias que Morin tem desenvolvido em relação ao seu *paradigma da complexidade*. Seja-nos dado fazer tal incursão antes mesmo de que especializemos nossas preocupações referentes à problemática sócio-jurídica que centraliza as intenções investigatórias do presente trabalho.

2. EDGAR MORIN E O PARADIGMA DA COMPLEXIDADE – LINEAMENTOS GERAIS

Primeiro será necessário que vejamos as características do “paradigma da simplificação”, ao qual Morin opõe o modelo da complexidade. Que, neste passo, ainda nos seja recurso útil a confrontação, que costuma facilitar compreensões.

Escreve Edgar Morin:

“Vivemos sob o império dos princípios de disjunção, de redução e de abstração, cujo conjunto constitui o que eu chamo o ‘paradigma da simplificação’. Descartes formulou este Paradigma mestre do Ocidente, ao separar o sujeito pensante (ego cogitans) e a coisa extensa (res extensa), quer dizer, a filosofia e a ciência, e ao colocar como princípio de verdade as idéias ‘claras e distintas’, ou seja, o próprio pensamento disjuntivo” (1991: 16).

Na verdade, nisto tudo se passa como se a realidade humana fosse compartimentalizada e desmontável. A *disjunção* faculta alternativas falsas do tipo: “Ou ciência ou filosofia”, como se uma prática científica responsável dispensasse o conhecimento dos pressupostos filosóficos que a sustentam. Também do tipo: “Ou

emocionalidade religiosa *ou* racionalidade científica”, como se o mundo e o viver pudessem ser entendidos só com a emoção ou só com a razão.

Neste modelo, a redução ainda é mais insidiosa, na medida em que ela escasseia as comunicações entre os conhecimentos filosófico e científico, impedindo à ciência um maior conhecimento de si mesma. A disjunção acabou por isolar inteiramente três grandes campos do conhecimento como, por exemplo, a física, a biologia e as ciências do homem (*Ibid.*, p. 17).

Relativamente à *abstração*, Morin é direto:

“Um tal conhecimento baseava necessariamente o seu rigor e a sua operacionalidade na medida e no cálculo; mas, cada vez mais, a matematização e a formalização desintegraram os seres e os existentes para apenas considerarem como únicas realidades as fórmulas e equações que governam as entidades quantificadas” (*Ibid.*, p. 18).

Em sua expressão abstrativa, o pensamento simplificador mostra-se incapaz de conjugar o uno com o múltiplo, ou anulando a diversidade ou aceitando a diversidade sem reconhecer a unidade simultaneamente. Ora, quando constatamos que esses equívocos de pensamento se acham muito presentes no meio acadêmico, concluímos – sem meias palavras – com Edgar Morin que: ***“Enquanto os media produzem o baixo cretinismo, a Universidade produz o alto cretinismo”*** (*Ibid.*, p. 18), pois, nada é pior do que um obscurantismo cheio de poses.

Ao abordar a questão da *redução* como terceiro elemento do pensamento simplificador, Morin desenvolve uma série de raciocínios que deságuam nas seguintes considerações objetivas:

“A incapacidade de conceber a complexidade da realidade ântropo-social na sua microdimensão (o ser individual) e na sua macrodimensão (o conjunto planetário da Humanidade) conduziu a infinitas tragédias e conduz-nos à tragédia suprema” (*Ibid.*, p. 19).

O que o pensador chama de tragédia suprema é este “façamos de conta que compreendemos em profundidade porque conhecemos os fragmentos”. Ora, na concepção de Morin, nada pode ser reduzido ao estritamente técnico pela simples razão de que a realidade técnica, tomada em si mesma, é destituída de qualquer sentido construtivo. Assim, não estamos autorizados a tomar uma problemática humana e, despojando-a de sua humanidade, tratá-la abstrativa e redutivamente como uma equação a ser calculada e resolvida. O tempo dessas ingenuidades já deveria ter passado; e se o ser humano hoje parece sofrer ainda mais, é porque insistimos em resolver problemas novos com lógicas velhas. Ainda aferrados aos reformismos, não nos preparamos para repensar a globalidade complexa que nos desafia. Vamos empurrando a vida em uma sociedade complexa como se esta não o fora. Contentamo-nos em dar breves opiniões sobre casuísmos quase supérfluos.

Aceitamos que existe uma realidade econômica, outra estritamente psicológica e ainda outra demográfica, e assim por diante. Pouco enxergamos os desejos, necessidades e sofrimentos que estão por trás do econômico; da psicologia humana com sua torrente de emoções que está por trás do dinheiro; dos fenômenos de multidão e de pânico que se escondem por trás do “estritamente” econômico. Em suma, essa visão unidimensional cria para nós uma fantasia doente. Sobre isto se debruça Edgar Morin, anotando:

“A antiga patologia do pensamento dava uma vida independente aos mitos e aos deuses que criava. A patologia moderna do espírito está na hipersimplificação que a torna cega perante a complexidade do real. (...) Ora, esta cegueira faz parte da nossa barbárie” (Morin, 1991: pp. 22-23).

E o cientista e pensador prossegue, explicitando sua proposta do “paradigma da complexidade”:

“Num sentido, diria que a aspiração à complexidade traz nela a aspiração à completude, uma vez que se sabe que tudo é solidário e que tudo é multidimensional. Mas, num outro sentido, a consciência da complexidade faz-nos compreender que não poderemos nunca escapar à incerteza e que não poderemos nunca ter um saber total. ‘A totalidade é a não verdade’” (Ibid., p. 100).

Observemos com nitidez que Morin não se está posicionando contrariamente às simplificações de procedimentos, mas contrariamente às simplificações de visão e compreensão. De todo modo, procedimentos justos e eficazes devem resultar de compreensões adequadas. Logo, posturas obsessivamente tecnicistas – que são reducionistas e abstrativas – lidam com problemas mal equacionados, porque parcialmente compreendidos, e correm o risco de acabar chegando a não mais que *quase-soluções*, quando não a pseudo-soluções. Noutras palavras, diríamos que: havendo disposição para a investigação complexa e, assim, podendo-se chegar a importantes constatações de um real multidimensional, nada haverá de errado nas propostas de modificações e até simplificações de procedimentos. Lembra Morin, ao longo de suas obras, que às vezes é a própria visão de

complexidade que acaba recomendando determinadas simplificações.

Neste ensaio, em que focalizamos propostas hoje existentes de simplificação do processo civil, o que questionamos é se tais propostas nascem de uma visão complexa de contexto ou simplesmente resultam de análises tecnicistas estanques. Façamos a devida distinção entre *técnica* e *tecnicismo*. Desde a pré-história, perdendo-se em tempos impen-sáveis, a técnica se fez necessária. Quando, nos inícios talvez do paleolítico, alguém precisou remover pesada pedra e sentiu os seus braços pequenos e fracos para tanto e, tomando de um forte galho de árvore, usou-o como alavanca para o seu propósito, a técnica se mostrou importante para o cotidiano. Igualmente quando, friccionando pedaços de madeira, produziu-se o fogo. Vê-se que a técnica é uma abençoada constante da sobrevivência humana.

Mas os séculos e milênios se passaram e, já na nossa era, uma Revolução Técnica ocorreu de 1750 a 1850 aproximadamente. Tal Revolução significou algo tão extraordinariamente poderoso para o cotidiano dos seres humanos que, de pronto, deslumbrou o homem. Ora, etimologicamente, deslumbrar significa cegar: tirar, ainda que temporariamente, a luz dos olhos. Assim, do mesmo modo que o libertarismo é a doença da liberdade e o autoritarismo é a doença da autoridade, o tecnicismo passou a ser a doença da técnica; isto é, para além dos usos, os abusos de aplicação da técnica como se esta fosse isoladamente todo-poderosa na solução dos negócios humanos. Tecnicista, hoje, é aquele que conhece extraordinariamente minúcias procedimentais, sem saber com clareza a que tais minúcias devem servir no global da vida humana.

Segundo se pôde observar no pensamento de Morin, se não negarmos ou ignorarmos a

complexidade dos negócios humanos, torna-se mais possível logarmos certa objetividade que sempre nos permite simplificar as formas de ação. A busca de completude não é uma desajuizada busca de complicação. Complicados e pouco eficientes os dias atuais já estão, no entanto, será “atravessando” nuclearmente a complexidade real do coletivo e do individual que poderemos chegar a propostas de simplificação não alienadas e inconseqüentes.

Auxiliados pelos subsídios até aqui trazidos, talvez possamos focalizar mais compreensivamente os intentos e resultados de encontros, seminários, simpósios e congressos realizados por juristas preocupados com a lentidão da prestação jurisdicional. De modo que, nas páginas que se seguirão, conheceremos as específicas propostas de simplificação processual civil, tanto quanto as avaliaremos perante a crescente complexidade da vida social.

3. ALGUMAS NOTAS SOBRE A SIMPLIFICAÇÃO DO PROCESSO CIVIL

O processo civil brasileiro, em sua configuração clássica, deriva do processo civil romano em que a execução pressupunha a cognição, isto é, não se admitia execução sem prévia condenação.

O critério adotado afigura-se, à primeira vista, incensurável, porque, *ad instar* do que diz a canção popular (“*primeiro é preciso julgar para depois condenar*”) é necessário antes, saber quem tem razão para, ao depois, fazer atuar concretamente a sentença mediante a prática dos atos coativos.

Mesmo em Roma, porém, existiam, para algumas hipóteses, meios mais rápidos e ágeis para a proteção do direito como os interditos (*interdicta*), ordens expedidas pelo pretor, não

como juiz, mas como autoridade investida do *imperium*. Vê-se que a preocupação com a celeridade processual esteve presente, ao longo dos tempos, mas o valor segurança, representado pela coisa julgada, sempre ocupou lugar de maior relevo.

A história do direito processual civil registra, contudo, tentativas de agilização do processo com a introdução do *processus summarius*, com supressão de formalidades, pela decretal Clementina Saepe do Papa Clemente V, em 1306, o Código de Processo Civil Francês de 1806, a Z.P.O. alemã de 1877 e o processo sumário ao tempo das Ordenações do Reino.

Bem mais recentemente, com o Código do Processo Civil brasileiro de 1973, conhecido como Código Buzaid, procurou-se agilizar a solução dos conflitos mediante a introdução do julgamento antecipado da lide e do procedimento sumaríssimo. O julgamento antecipado da lide representou importante inovação, mas o procedimento sumaríssimo, com prazo de 90 dias para encerramento do processo, não vingou, sendo modificado posteriormente.

Sensível aos reclamos da comunidade jurídica, traduzidos (como vimos) em congressos e seminários realizados sobretudo em Curitiba, comissão de processualistas capitaneada pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, apresentou várias propostas setoriais objetivando a alteração do Código de Processo Civil de 1973.

A filosofia dessas propostas pode ser sintetizada em três pontos principais: a) simplificação; b) agilização e c) desburocratização. Os aspectos mais significativos foram postos em relevo pela coordenação dos trabalhos nos seguintes termos:

- a) localizar os pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional;

- b) adotar uma postura pragmática, sem prejuízo do rigor científico, deixando de lado divergências de ordem doutrinária ou meramente acadêmicas, valendo-se, para tanto, inclusive, de experiências anteriores;
- c) encaminhar as sugestões não em um único projeto, mas através de vários, inclusive para facilitar a tramitação e viabilizar a aprovação do Congresso Nacional, sendo de recordar-se que um único pedido de vista poderia comprometer todo o trabalho e que os procedimentos no Parlamento, muitas vezes, também variam conforme a natureza e relevância da matéria;
- d) aproveitar a própria disposição dos artigos já existentes, abrindo espaço para novos se necessário (v.g., C.P.C., arts. 272/273, 460/461, 478/479), mas sem alterar a fisionomia dos Códigos;
- e) buscar o consenso nas alterações propostas, democratizando o debate, fazendo da reforma não uma manifestação isolada da magistratura, mas uma reivindicação uníssona de todos os segmentos interessados, nela integrando foro e Universidade, professores e profissionais, juízes, advogados, defensores e representantes do Ministério Público.

Após competente encaminhamento das propostas ao Legislativo, tivemos como resultados concretos: modificações na prova pericial, introdução da tutela antecipada, simplificação do recurso de agravo de instrumento e inclusão da ação monitória, entre outras inovações.

Dando continuidade aos seus trabalhos, a Comissão apresentou três projetos de lei

(números 3474/00, 3475/00 e 3476/00) que se converteram em leis (números 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002) e passaram a ser conhecidas como a “reforma da reforma” ou a “segunda fase da reforma” ou, ainda, a “nova reforma processual”.

Esses diplomas legais tiveram o escopo de proceder a ajustes e correções nas alterações legislativas anteriores, sempre objetivando a *simplificação* e a *desburocratização* do processo (v.g., dispensa de autenticação das cópias de documentos, redução das hipóteses de duplo grau de jurisdição obrigatório e de embargos infringentes, nova disciplina do agravo de instrumento, desburocratização da penhora de imóveis, institucionalização do protocolo integrado, etc.).

Espera-se, agora, profunda modificação no processo de execução cuja morosidade e formalismo vêm impedindo a satisfação do credor por título executivo. Entre as sugestões apresentadas pelo Ministro Athos Carneiro, estão a dispensa de ajuizamento de nova ação para a execução de sentenças e a substituição da hasta pública pela venda dos bens penhorados por particulares (exemplo: corretores de imóveis).

Em linha igual de simplificação, agilização e desburocratização, nasceram os Juizados Especiais de menor complexidade. Estes estão regulados por lei especial e, portanto, não figuraram na recente reforma processual. A lei federal em vigor (número 9.099/95) procurou dar cumprimento à previsão constitucional, tal como encontrada nos artigos 24, X e XI, e 98, I).

A preocupação com a simplicidade do processo é a tônica desses juizados como está expresso no artigo 2º da lei de regência:

“O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade,

informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”.

A competência dos Juizados é restrita a causas de até 40 salários mínimos, ações de despejo para uso próprio, etc. É sabido, porém, que mesmo esses Juizados estão se congestionando, às vezes, com outros entraves e empecilhos na prestação de justiça; além do que cumpre, relativamente a estes órgãos judiciários, levantarmos um questionamento importante: *“Será que o pequeno valor da causa significa necessariamente menor complexidade da matéria?”* Ao que parece, nem sempre tal relação é necessária, sendo possível que um julgamento de “pequena causa” se mostre tecnicamente complexo.

Com as propostas e delineamentos que expusemos, algumas outras questões devem ser feitas, como por exemplo:

1. não pode ocorrer que a informalidade comprometa a segurança? Por exemplo, não se reduzindo a termo os depoimentos?
2. O julgamento dos recursos por colegiados de primeiro grau, constituídos por colegas do próprio juiz que sentenciou, pode acarretar descrédito ou comprometimento da imagem do Judiciário?
3. A demora que, como acima anotamos, já se registra nos Juizados, contribuirá também para esse descrédito?
4. Dever-se-á ampliar a competência desses Juizados sem que isto acarrete problemas?
5. A redução do número de recursos poderá comprometer o acesso ao Judiciário?

São questionamentos que a tendência à simplificação do processo civil em sociedades complexas se impõem à seriedade de nossa reflexão.

Embora, neste momento, falte ao analista recuo histórico para exame mais isento, a impressão primeira é de que os novos recursos técnicos que vêm sendo propostos (para a simplificação do processo civil) não parecem ingênuos e casuísticos. Pode-se sentir, por detrás deles, uma interessante reflexão sobre o cidadão, com seus direitos e deveres, e a sociedade, com suas reais urgências.

Vê-se que *todo* o proposto não se mostra imediatamente aplicável ou mesmo implemmentável, mas isto por razões político-econômicas e estruturais. Da esfera dos juristas interessados de fato na agilização da prestação de justiça, os passos iniciais – e passos bem necessários! – têm sido dados; mas há atitudes de reconhecimento das urgências socioculturais e liberação de recursos que são da esfera político-econômicas.

Não se há de negar que, como ocorre em todo setor de trabalho, também no meio jurídico há maus profissionais e culturas organizacionais muito problemáticas, ambos colaborando para a sempre negativa morosidade da prestação judicial. Tais realidades são, porém, tão facilmente identificadas e localizadas pelos profissionais que se envolvem com o Judiciário que parece claro constituírem-se não em regra, mas em exceções nas operações judiciárias. A facilidade de se apontar este ou aquele juiz, esta ou aquela vara, este ou aquele cartório como problemáticos, mostra-nos que a maior parte dos operadores judiciários é vítima de precários recursos que lhes são disponibilizados (as denominadas “más condições de trabalho”), sendo só uma parte pequena constituída de profissionais destituídos de sentido de

responsabilidade social. Ao menos estas são as impressões que ficam, numa primeira observação dos fatos ligados à questão aqui posta em foco.

4. SOCIEDADE COMPLEXA “VERSUS” A TENDÊNCIA À SIMPLIFICAÇÃO DO PROCESSO CIVIL

Uma sociedade complexa exige procedimentos também complexos, ou pior, complicados? O Império Romano foi uma articulação de sociedades, às vezes, complexas e sofisticadas; no entanto, em vários momentos, Cícero observou que a nitidez de sua legislação, a objetividade da execução das leis e a preocupação com os prazos de vida dos cidadãos sustentavam o fluir do cotidiano no Império. Mesmo nos Estados Unidos da América do Norte de hoje em dia, onde o Judiciário pode não ser propriamente modelar, usam-se inúmeros expedientes de agilização baseados em simplificações e – isto é bom de se observar – seus cidadãos não alardeiam insatisfação maiores com a prestação de justiça.

Quando as sociedades, evoluindo de um agrarismo primitivo chegam a um urbano – industrialismo complexo, o crescimento demográfico se dá naturalmente, os excedentes de produção tornam complexas as economias, a própria divisão social do trabalho cria um cipoal de interesses diversos. Eis por que, nas primeiras décadas do século XX, Norbert Wiener e sua equipe de pesquisadores chegou à primeira grande máquina computadora, sendo que os avanços científico-tecnológicos trouxeram a computação aos níveis de sofisticação hoje conhecidos com o nome de *informática*; esta tem por finalidade viabilizar pela simplificação o ritmo do mundo contemporâneo. Utilizando-se basicamente de dígitos matemáticos e circuitos eletrônicos miniaturizados, simplifica imen-

samente o funcionamento das instituições e comunidades mais complexas. Por diversas vezes, em sua obra *Cibernética e sociedade* (1970), Wiener diz que a computação nascera com objetivo de libertação humana: das imprecisões de seu trabalho manual e da escravidão imposta por uma atividade burocrática volumosa ao infinito.

O próprio Norbert Wiener via claramente que a tecnologia computacional trazia promessas e ameaças, como toda invenção dotada de radicalismo social. Observa Wiener:

“A nova revolução industrial é, pois, uma espada de dois gumes. Pode ser usada para o benefício da Humanidade, mas somente se a Humanidade sobreviver o bastante para ingressar num período em que tal benefício seja possível. Pode ser também usada para destruir a Humanidade, e se não for empregada inteligentemente, pode avançar muito mais nesse caminho. Há, contudo, sinais esperançosos no horizonte” (1970: p. 159).

Anota ainda o criador da cibernética algo que revela sua notável capacidade crítica:

“... o homem que (...) atribua à máquina o problema de sua responsabilidade, quer ele seja ou não capaz de aprendizagem, estará atirando sua responsabilidade aos ventos, apenas para vê-la de volta sentada num furação” (Ibid., p. 183).

Aí está, a tecnologia, a ensinar-nos algumas lições importantes. Primeiro, que a busca de esforços simplificadores é exatamente coisa das sociedades complexas (afinal, por que simplificar-se o já simples?); segundo, que as simplificações não podem ser propostas irresponsavelmente e de modo superficial.

Pode aparentar haver uma contradição entre os processos de crescente complexidade social e a tendência à simplificação do processo civil. Essencialmente, tal contradição inexistente, pois, em nossa realidade a lentidão da justiça é um fato, e os níveis de tensão e ansiedade das partes envolvidas numa ação judicial são inegáveis. Do que resulta certa atitude de descrédito que as populações vão nutrindo em relação aos tribunais.

A contradição acima mencionada pode, no entanto, passar a existir se as propostas de simplificação forem gratuitas e alienadas relativamente à conscientização quanto à real complexidade das sociedades contemporâneas.

Nosso Código de Processo Civil tem sido apontado, nacional e internacionalmente, como muito bom e moderno (J.B. Lopes, “O paradoxo que a todos intriga”, *Tribuna do Direito*, outubro de 2001). Diz Lopes: “... *não se pode negar que nosso modelo de processo logrou alcançar o reconhecimento da comunidade jurídica nacional e estrangeira, notadamente a italiana*” (*loc.cit.*, p. 20). Há um aparente paradoxo entre um CPC moderno e uma tramitação judiciária anacrônica; porém, vejamos que uma coisa é contarmos com doutrinadores de alto nível, que possibilitaram termos um diploma jurídico avançado e tido como de excelência – coisa esta que fica nos níveis de idealização e racionalidade. Outra coisa é contarmos com estrutura organizacional e infraestrutura para viabilizar o melhor uso possível do referido diploma – agora coisa que se encontra nos níveis de escuta à cidadania, de capacidade humana de priorização e de vontade política. Um é o nível propriamente jurídico; outro é o político-econômico.

J.B. Lopes, no mesmo artigo aqui comentado, adverte que: “... *a simples reforma processual não é suficiente para garantir a presteza da jurisdição*” (p. 20). Este

processualista tem apontado várias causas para a morosidade da Justiça, entre as quais: o anacronismo da organização judiciária, a carência de recursos financeiros, deficiências da máquina judiciária, a burocratização excessiva dos serviços, ausência de infraestrutura adequada, o baixo nível de qualidade do ensino jurídico e o aviltamento da remuneração dos servidores. Lembra Lopes que nenhuma destas razões, tomada isoladamente, pode explicar o quadro atual de lentidão dos processos.

As cidades mais pujantes crescem com rapidez e, naturalmente, dá-se aumento estuando do volume de ações processuais com a decorrente complexificação de procedimentos interdependentes. Com tudo isso, vai-se inviabilizando a desenvoltura do judiciário, sem a competente informatização da Justiça em seus atos e comunicações. É mais do que evidente que tal situação se transforma em uma usina geradora de insatisfação, ansiedades e frustrações, que se transfazem, compreensivelmente, em ácidas críticas ao comportamento do judiciário. Quadro este necessariamente agravado pelos maus profissionais que, como já anotamos, existem no meio judiciário tanto quanto em todos os meios laborais.

Aspectos técnicos concernentes a prazos (que às vezes são excessivos, e outras vezes descumpridos), bem como referentes à modernização da máquina judiciária podem ser elementos passíveis de alterações simplificadoras que não ameacem a segurança processual. De todo modo, nenhuma simplificação deve ser confundida com *mutação* ou atropelo, sobretudo porque nossa Constituição estabelece os princípios do *devido processo legal* e do *direito à ampla defesa*, ambos fundamentais a um Estado democrático e de direito. Será exatamente vivenciando cognitivamente o que Edgar Morin chama de “paradigma da

complexidade” que os juristas poderão e deverão propor – sem desvios de alienação – algumas importantes medidas de agilização processual baseadas em simplificações.

Ora, é consabido que alguns dos meandros tramitacionais do processo – e, às vezes, os menos necessários à sua efetividade – são claramente usados para postergações e estrangulamentos dos equacionamentos conflituais. Se propostas de simplificação puderem ser feitas com máxima consciência quanto à necessidade de segurança processual e com respeito à Constituição, estas serão sempre bem-vindas. O nuclearmente necessário é respeitar-se a fronteira entre a segurança processual que protege e respeita os cidadãos e a possibilidade de simplificações que dêem objetividade e celeridade às eventuais soluções de conflitos levados aos tribunais. Para se ver com razoável nitidez a referida fronteira, são exigidos: experiência, competência científico-técnica e muito claro sentido de cidadania.

COMO CONCLUSÃO

A sociedade se complexificou em seu todo. Complexificou-se para as universidades e outras escolas, para a dinâmica de funcionamento das companhias aéreas, para as atividades médicas, para as telecomunicações e para tantíssimos outros aspectos. Complexificou-se também, está claro, para as práticas judiciais. Ora, o aperfeiçoamento de recursos humanos e a otimização do aproveitamento dos recursos tecnológicos vêm socorrendo todas essas áreas, menos o âmbito judiciário, em sua maior parte.

Também a perigosa inflação de escolas de Direito em nosso país lança, com certa frequência, grandes contingentes de despreparados habilitados; logo, os recursos humanos

muito raramente têm melhorado. Além disso, diferentemente da iniciativa privada de indústria e comércio que está praticamente toda informatizada e apoiada por excelentes e rápidos meios de comunicação, navega ainda, o judiciário, por anacronismos de recursos quase insuperáveis.

Observando-se que a tendência central das sociedades no século XXI é a de irem-se complexificando mais e mais, se as instâncias político-econômicas não se unirem às jurídicas para um grande empenho de atendimento às necessidades da cidadania e às urgências de modernização competente dos recursos, logo veremos transformados em inutilidades sociais tanto as escolas e os hospitais quanto os tribunais: para mencionarmos três elementos fundamentais de progresso e bem estar das sociedades.

O mundo humano, lembra-nos Morin (*Op.cit.*, pp. 30-35), é um *sistema aberto*. Na física (termodinâmica), os sistemas abertos funcionam à base de energias que se desgastam e se perdem, transformadas em calor; é o conhecido processo de *entropia*. Trazendo esta imagem para os negócios humanos, notaremos que estes funcionam em cadeias como a seguinte: equilíbrio – desequilíbrio – reequilíbrio, sendo que tais cadeias se vão repetindo. Com isto queremos dizer que, do ponto de vista antropológico, a organização e a desorganização sociais são processos não-excluentes e simultâneos. Noutras palavras: não haverá nunca um momento histórico em que os problemas sociais estejam definitivamente resolvidos, de modo que, a partir daí, os seres humanos possam despreocupar-se, entregando-se de vez ao puro lazer.

Feitos esforços, uma situação de razoável equilíbrio pode ser obtida e pode-se fruí-la. Mas os fatores de desequilíbrio

pertencem ao ritmo histórico e, logo, novos esforços deverão ser feitos para um reequilíbrio. Só assim podemos evitar, no meio humano, esse processo de degenerescência denominado entropia; afinal, repetimos, o meio humano é um sistema aberto, dinâmico, intercambiante, que se organiza e se desorganiza perdendo energia e equilíbrio. De tal modo que, os mais eminentes processualistas e os dirigentes políticos terão constante trabalho de encontrar, nas confusões e multiplicidades de uma sociedade complexa, constantes propostas de objetividade e simplificação. Nunca, porém, nascidas do mero casuísmo tecnicista.

Entendamo-nos com uma imagem da Física. A complexidade social se assemelha a um sistema de vetores, os quais são forças partidas de um mesmo ponto, mas que se voltam para diferentes direções ($V_1, V_2, V_3, \dots$). Por um sistema de projeções geométricas é possível obter-se o *vetor resultante* (VR), o qual é a síntese que integra as diferentes forças do sistema. Nesta linha, considerando-se a multidirecionalidade das forças da dinâmica social, faz-se necessário que se obtenha o vetor resultante; assim, as propostas de simplificação feitas na linha do VR não ignoram as múltiplas forças do sistema.

Tal imagem a usamos porque o panorama social mostra-se, de início, caótico, até que o aprofundamento compreensivo do que é estrutural e estruturante na sociedade em um dado momento histórico nos forneça sua tendência essencial, à feição de um vetor resultante. Em outras palavras, o direito não pode sucumbir a uma facticidade desarticulada, que leva em conta fatos e pequenos conjuntos fáticos isoladamente, para tanto tendo que assumir a necessidade de não ignorar a complexidade – pois o contrário leva-lo-ia a oferecer propostas não propriamente de

simplificação, mas de simplismos inteiramente ineficazes.

Em suma: parece-nos não haver nada de errado na intenção de se simplificar, dentro de limites e sem alienações casuísticas, o processo civil; isto para viabilizar a prestação jurisdicional menos morosa, atendendo, na medida possível, aos anseios humanos.

Eis, portanto, a proposta de *uma* leitura acerca dos intentos de simplificação processual em sociedade complexa; leitura que não imaginamos ser necessariamente a acertada ou a única, sendo, de todo modo, oferecimento de elementos à reflexão dos interessados no tema. Nela está, ainda que de forma muito esquemática, a evolução humana desde os primeiros bandos pré-históricos até à complexidade das nossas atuais metrópoles; estando, em tal leitura, também uma breve avaliação dos intentos simplificadores no que respeita ao processo civil. Naturalmente, é obra aberta que convida os leitores a, ante ela, tomarem posição.

Este percurso, em sua modéstia, é filho da generosidade, de vez que foi feito em nome dos sofrimentos humanos e do reconhecimento de maior dignidade ao judiciário – se não em seu todo, em suas partes mais sãs.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Responsabilidade objetiva do Estado pela morosidade da Justiça*. Campinas: Copla Editora, 1999.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O futuro da justiça: alguns mitos*, in Revista de Processo, nº 99. S. Paulo: Ed. R.T.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Mezzi alternative di tutela e garanzie costituzionale*, in Revista de Processo, nº 99. S. Paulo: Ed. R.T.
- CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*. S. Paulo: R.T., 1997.
- DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 9ª ed., S. Paulo: Malheiros, 2001.
- FIGUEIRA JR, Joel Dias. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais*. S. Paulo: R.T., 1995.
- JOHNSON, Allan G. *Dicionário de Sociologia – guia prático da linguagem sociológica*. Rio: Jorge Zahar Ed., 1997.
- LOPES, João Batista. “Como explicar o paradoxo do processo moderno – justiça morosa?”, in *Revista de Processo*, S. Paulo: Ed. RT, vol. 105.
- _____. “O paradoxo que a todos intriga”. *Tribuna do Direito*, outubro de 2001.
- _____. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. S. Paulo: Saraiva, 2003.
- MARCACINI, Augusto T. Rosa. *Efetividade do processo*. (Tese de doutorado), USP.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.
- _____. *Novas linhas do processo civil*. 4ª ed., S. Paulo: Malheiros, 1998.
- MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 2ª ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- VON DÖLLINGER/ Rui BARBOSA. *O Papa e o concílio* (vols. I e II). Londrina: Edit. Leopoldo Machado, 2002.
- WIENER, Norbert. *Cibernética e sociedade*. S. Paulo: Edit. Cultrix, 1970.

MICHEL FOUCAULT: OS CORPOS POLÍTICOS E A LEGITIMIDADE

Marcos BRAGA Jr.¹

RESUMO

O presente artigo visa uma análise dos mais recentes conflitos internacionais envolvendo as potências do Ocidente, o Oriente Médio e as Nações Unidas, de acordo com a anatomia política foucaultiana, procurando observar novas articulações possíveis em termos de verdade e de justiça na contemporaneidade.

Palavras-chave: Estado, legitimidade, justiça, verdade.

1. TERROR E PREVENÇÃO

Um sentimento de perplexidade assalta a comunidade internacional com o aparente crescimento de conflitos localizados e de ações violentas disseminadas em várias partes do globo. Paralelamente, a razão de nosso tempo tenta absorver este fenômeno identificando nele os mesmos temas e imprimindo-lhe a lógica de eventos precedentes, apoiando-se na História para destacar até os mesmos atores do cenário mundial e seus correspondentes motivos. Neste impasse de percepção, assiste-se a uma disputa de justificações e a uma sucessão de atos que lhes tornam efetivas, transmitindo ao mundo, a

partir de qualquer delas, notória ausência de medida, cujo inesperado vulto faz ressurgir, no entanto, memórias de experiências imediatamente geradoras do quadro político atual e receios e prevenções que acompanharam as nações modernas nos últimos cinquenta anos de bipolaridade e corrida armamentista.

As consagradas categorias com que se: tentam apreender estes novos eventos parecem, contudo, faltar à devida precisão e completude, tendo em vista a singularidade destes e o desenvolvimento próprio das entidades envolvidas em seu acontecimento, quer ativa, quer aleatoriamente. A saber, um eixo melhor definido reúne grupamentos oriundos do Oriente Médio e

⁽¹⁾ Mestrando em Filosofia da PUC-Campinas/CNPq.

Estados ocidentais como os Estados Unidos da América e o Reino Unido. Um estopim de violência desencadeou novo influxo de confrontos armados e, conquanto tenha assumido a forma caracterizada do chamado terrorismo – em que pequenos núcleos, ou regimentos sem o porte de um Estado atentam contra a segurança de uma organização desta monta –, provocou reações que exorbitam o trato comum, e em geral interno, tradicionalmente dispensado. Semelhante impulso, consistindo no atentado a Nova Iorque em setembro de 2001, atingiu este grau de efeitos certamente pelos resultados letais conseguidos, à casa dos milhares.

A conhecida mobilização das sociedades ofendidas extrapolou a perseguição dos direitos envolvidos dentro de seus limites físicos visíveis e atingiu com seus procedimentos a regular configuração de duas categorias determinadas: a de *Estado oponente* e a de *criminoso*. Em verdade, a dificuldade reside na identificação do *inimigo comum*, situado dentro ou fora da sociedade civil, considerando as investidas que se seguiram contra territórios sem uma organização política una e sem terem manifestamente declarado sua autoria ofensiva. Assim, novas classificações exsurtem, por parte do ocidente agredido, de modo a aquilatar com alguma justeza personagens contrários do conflito, das quais se destacam a de *Estado criminoso*, *nação terrorista* e de *eixo do mal*, e para as quais se voltaram o conjunto híbrido de ações perpetradas, composto de movimentação bélica e de concomitante constrição judicial. Ato contínuo, a correlata estrutura de justificação de tais investidas apresenta uma série de razões que

excedem as constantes do discurso político e jurídico corrente, levando inclusive à descon sideração dos cânones do direito internacional e dos princípios gerais de direito que fundamentam a racionalidade jurídica hodierna, sobrepujando igualmente as orientações e prerrogativas da eleita esfera política supranacional, consubstanciada na Organização das Nações Unidas.

Dois exemplos podem ser explicitados na avaliação de duas categorias discursivas mencionadas nas declarações de Colin Powell, Secretário de Estado norte-americano e de George W. Bush, seu Presidente. Na primeira, sob a juridicidade incontestada da Resolução 1441 de novembro de 2002 aprovada pelo Conselho de Segurança da ONU, que previa ‘graves conseqüências’ ao Iraque por descumprimento de determinações anteriores, o Secretário afirmara a *legitimidade* de seu país na estipulação e cometimento das sanções cabíveis.² Na segunda, por ocasião de mais um atentado explosivo, na Arábia Saudita, o Presidente, por sua vez, enfatizou a conseqüente demonstração aos responsáveis pelo ocorrido do significado de *justiça americana*.³ Tomadas em seu uso difundido, as terminologias assim empregadas necessariamente destoam dos conceitos admitidos política e juridicamente, provocando as aporias que imbricam a razão exigida para sustentar e convencer aos espectadores de suas retaliações: como pode haver legitimidade de ação para uma instância jurisdicional e executiva com base nas determinações de outra, sem que esta lhe tenha outorgado expressamente? Como se podem

⁽²⁾ JARREAU, P. *Washington veut un vote au Conseil de sécurité avant la fin de semaine*. Le Monde - International. Disponível em: <http://www.lemonde.com.fr/article>. Acesso em 13 mar. 2003.

⁽³⁾ MIKKELSEN, R. *Bush suspeita da Al Qaeda em ataques na Arábia Saudita*. UOL-últimas notícias. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/reuters>. Acesso em 13 mai. 2003.

estender, para além dos perímetros territoriais e para indivíduos sujeitos a outras jurisdições, os mecanismos retributivos de instituição da ‘justiça’ próprios de um único Estado, rechaçando os acordos internacionais relativos à matéria? A perplexidade causada pela desmedida dos últimos eventos, neste íterim, tem foco nos seguintes aspectos observados: a) aumento da capacidade danosa dos atos de violência, que, perpetrados por grupos não estatais (porém sumamente organizados e estratificados em diferentes domínios), repercutem numa mobilização bélica por parte do Estado alvejado; b) extensão da coerção judicial estatal, com o concurso do braço armado militar, sem no entanto a observância do *ius gentium*, ou seja, a imposição do sistema punitivo criminal por meio dos aparatos de guerra, sem o reenvio ao direito internacional; c) desmerecimento das atribuições da ONU, enquanto instância supranacional a cargo das dirimências externas e da autorização para investidas deste porte.

2. A ANATOMIA POLÍTICA

Talvez uma mudança de perspectiva pudesse, afinal, diminuir a atonia decorrente desta desmedida, destrinchando algumas das incongruências destacadas com os recursos de uma outra análise, favorecida pela filosofia de Michel Foucault. Muito embora suas pesquisas se voltem para a descrição da formação do sujeito moderno, uma considerável porção de seus trabalhos é dedicada à perquirição do âmbito

das relações socio-políticas, cujas interpenetrações invariavelmente influenciam a constituição do homem contemporâneo. Em seus próprios argumentos, esta parcela de sua pesquisa se desenvolve em torno de um eixo, o das relações de poder, ou das *relações de ação sobre os outros*⁴, em que busca traçar a historicidade das condições políticas presentes a partir das relações travadas entre as entidades políticas: relações de luta, de associação, de domínio, de resistência, etc. Sua perspectiva traz, portanto, novos enfoques sobre questões e categorias anteriores e novas categorias, tendo sempre em vista a materialidade das combinações casuais e imediatas resultantes do exercício político.

Partindo da genealogia nietzscheana, no sentido da desconstrução de generalizações, identidades e verdades incontestes, Foucault dá consistência à sua particular genealogia, conferindo-lhe abordagem irreduzível do poder.⁵ O poder, desta feita, resta como peça não referenciável, não traduzível como efeito de atividades de produção de riqueza ou como qualidade específica de certos entes ou estruturas; tratado como um nome, simplesmente, não seria um objeto, cuja essência ou natureza indicasse, mas seria da ordem da relação, do afrontamento entre posições contrárias, cujo direcionamento não se pode estabelecer a priori, e cuja descrição se resume às características singulares de sua prática.

Atinente ao aspecto de sua materialidade, a genealogia foucaultiana atinge as construções de objetos, conceitos e entes que tomam parte

⁽⁴⁾ FOUCAULT, M. *O que são as Luzes?*, in *Michel Foucault: Arqueologia das Ciências e História dos Sistemas de Pensamento*. Org. Manoel de Barros Motta. Trad. Elisa Monteiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 350.

⁽⁵⁾ FOUCAULT, M. *Nietzsche, a genealogia e a história*, in *Microfísica do poder: seleção de textos e entrevistas com Michel Foucault*. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979, p. 23.

no exercício do poder, desprestigiando sua formação e definição enquanto existências autônomas em prol de articulações diversas, de separações de seus componentes e atributos, de modo a perceber diferentes arranjos e caminhos, os quais não se deflagravam sob a óptica tradicional, com vistas ao entendimento de sua operacionalidade e das aporias que infligem à razão corrente. Nestes termos, a genealogia desmonta e redistribui a matéria presente na prática política, isolando novos *corpos*, cujo funcionamento se detém na reunião de ações de poder e seus efeitos dentro de um mesmo espaço, e cujo relacionamento prescreve as diferentes (e mutantes) identificações.⁶

A genealogia de Foucault, por fim, atende ao conhecimento produzido, permitido e endossado por tais relações de poder, investigando as raízes de sua coerência interna, de sua racionalidade, e estudando sua influência no equilíbrio político. Ciências, ideologias, crenças, moralidades e todo e qualquer saber são recolocados comparativamente, ganhando o indicativo de *tecnologias*, de saberes que orientam as técnicas, as práticas. Assim é que a genealogia, na sua qualidade de técnica, de corpo, de tecnologia, dirigindo-se para os domínios do poder, do corpo e do saber – campos estes entremesclados, indissociáveis – é chamada de *anatomia política*.⁷

3. AS CONSTANTES DO PODER

Importa relatar, com isso, a capacidade desta abordagem filosófica de redimensionar os

problemas elencados acima, a respeito dos conflitos recém instaurados na sociedade vigente. A análise do poder presente neste espaço de relações deve ser bastante para superar as aporias apontadas. É necessário, porém, percorrer seus critérios de inteligibilidade, seus modos de determinação dos problemas a questionar (suas problematizações), para então entrever, de acordo com sua analítica, novas articulações possíveis, no enalço de soluções futuras.

Genealogicamente, portanto, o poder é focalizado na sociedade contemporânea dentro de formas historicamente construídas de relações sociais às quais se opõem resistências, incompatibilidades quanto à sua formação ou estabilidade. Uma e outras, as formas de poder e suas respectivas resistências, impõem-se reciprocamente os limites de sua atividade e extensão, definindo também a localização e os caracteres de cada qual, configurados justamente para a disputa, para o embate ininterrupto. É a *batalha perpétua*.⁸ Fragmentado em experiências específicas, a oposição ‘poder vs. resistência’ assume temáticas até mesmo em esferas relacionais, cuja feição não acarreta a atenção para tal, enquanto que nos campos propriamente designados ‘políticos’, assume a condição de confronto entre os modelos legais e a mentalidade jurídica que os perfazem e que estes refletem, no momento isolado de sua prática, e as atitudes que os contradizem, que lhes escapam, que lhes vencem a coerção, dispostos sob a classe dos *ilegalismos*.⁹ Assume igualmente, esta oposição política, a condição de modelos institucionais frente à desorganização bárbara das forças; as

⁽⁶⁾ FOUCAULT, M. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalheite. 22ª ed. Petrópolis: Vozes, 2000, pp. 25 a 29.

⁽⁷⁾ Ibidem, p. 27.

⁽⁸⁾ Ibidem, p. 26.

⁽⁹⁾ EWALD, F. *Foucault, a Norma e o Direito*. Trad. António Fernando Cascais. 2. ed. Lisboa: Vega, 2000, p. 42.

extensões do Estado e sua administração, sua organicidade, assim como os espaços em desordem, os espaços expostos à conquista, e os tentames executados para a sua deterioração, são dessa maneira discriminados. Tais modelos de oposição, em função dos quais são elencadas variadas técnicas, procedimentos, teorias, e são atribuídos elementos constitutivos – modelos estes a que se confere o termo *dispositivo*¹⁰ –, segundo a constante da batalha perpétua, são objetivados com respeito aos direcionamentos de suas ações, quer para a manutenção de um controle, quer para a sua destituição ou tomada de seu exercício, ou expansão deste domínio por espaços não atingidos; sendo destarte nomeados *táticas*, para o primeiro direcionamento, e *estratégias*, para os dois últimos. Conforme suas incursões na economia política observada, a estrutura dos chamados corpos políticos se altera, ensejando novas identificações, novas medições, novos afrontamentos:

...toda relação de poder implica, então,...uma estratégia de luta...Elas constituem reciprocamente uma espécie de limite permanente, de ponto de inversão possível. Uma relação de confronto encontra seu termo, seu momento final...quando o jogo das reações antagônicas é substituído por mecanismos estáveis pelos quais um dentre eles [os adversários] pode conduzir de maneira bastante constante...a conduta dos outros; para uma relação de confronto, a fixação de uma relação de poder constitui um alvo – ao

mesmo tempo seu completamento e sua própria suspensão. E, em troca, para uma relação de poder, a estratégia de luta constitui, ela também, uma fronteira: ...toda intensificação e...extensão das relações de poder...conduzem...à impotência total [do adversário, e portanto, fim da relação, ou à] transformação dos governados em adversários. Em suma, toda estratégia de confronto sonha em tornar-se relação de poder; e toda relação de poder inclina-se...a tornar-se estratégia vencedora.¹¹

Batalha perpétua, dispositivos (ou modelos de oposição), táticas e estratégias; eis os critérios analíticos constantes da anatomia política. Na sociedade moderna, o modelo histórico de oposição política se consubstanciou no dispositivo do *governo*, a partir do qual todas as relações foram *governamentalizadas*, i.e., conforme os parâmetros institucionais do Estado.¹² Com efeito, a compreensão que usualmente depreendemos das relações sociais rende graças à dependência destas às prescrições dos diversos estamentos da organização civil. Admitir a sua historicidade, entretanto, leva a conjurar esta posição, acarretando o reconhecimento do Estado e seus aparelhos como corpos políticos montados em virtude das relações de poder em sua arquitetura atual, e não enquanto entidades detentoras de qualidades equivalentes a estas relações. Há que se desmembrar o Estado, ou melhor, o conjunto de táticas e estratégias que compõe o corpo estatal, identificando neste conjunto, constituições físicas menores,

(10) Cf. FOUCAULT, M. *História da sexualidade*, vol. 1: *a vontade de saber*. Trad. Maria Thereza da C. Albuquerque e J. A. Gilhon Albuquerque. 14ª ed. Rio de Janeiro, ed. Graal, 2001, cap. 04.

(11) FOUCAULT, M. apud. RABINOW, P.; DREYFUS, H. *Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Trad. Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 248.

(12) Ibidem, p. 247.

institucionais ou não, representadas nas associações localizadas (escolas, hospitais, segmentos de trabalho, setores de produção, departamentos governamentais, poderes legislativos, executivos, judiciários, militares, etc.), cada uma com seus mecanismos, objetivos, tecnologias próprias; bem como representadas nas tecnologias e procedimentos que perpassam todas elas e as irmanam. Em lugar de uma centralização do poder, preciso é que se considere uma *rede de poder*.¹³

4. VERDADE, JUSTIÇA E LEGITIMIDADE

No esteio desta perspectiva, alguns conceitos passam a receber diferenciada apreciação. Tem-se semelhante situação com os termos *verdade*, *justiça* e *legitimidade*. Dada a constante da batalha perpétua, e seu correlato princípio de inversão eventual, o controle político dos corpos é mantido e perseguido por meio da influência em sua ordenação e contato direto, por meio da interferência na tensão interna de individualização corpórea e na tensão externa, no *corpo a corpo*.¹⁴ A objetivação dos entes políticos, uma vez que é adquirida em face dos atritos extraídos da materialidade do poder que os integra, não pode ser tida como absoluta imposição externa, tanto quanto os entes não são tomados como existências *em-si*; o poder veiculado para a determinação de um corpo político, sua formação e sua sujeição, é também o poder que insufla suas capacidades, com as quais agirá no exercício e produção de efeitos políticos:

O princípio do investimento político dos corpos consiste em fazer dos corpos submetidos a própria sede do poder. Trata-se de fazer deles... ‘corpos políticos’, ou corpos politizados e policiados... Produzir corpos ‘políticos’ é fazer corpos que produzirão e reproduzirão o poder que se exerce sobre eles.¹⁵

O poder investe os corpos; faculta sua correlação e resulta como produto desta. Deste modo, funciona como mediador, instrumento de domínio e resistência, e elemento simultaneamente aglutinador e divisor de corpos, cujo poder investido gera equivalente poder identitário e expelido, movimentando numa geração auto-referenciada a oposição contínua de gestão vs. ilegalismos. Aqui reside a possibilidade de inversão: na equanimidade do poderes infligidos e produzidos. As táticas e estratégias que compreendem a gestão (ou governo) e as resistências ilegais terminam por pesar na efetividade das mudanças, através da direção que incutem ao fluxo gerador de poder. Porque componentes dos corpos políticos, materialidades portanto, formam uma parte destes corpos, ou os rearticulam segundo divisões entre suas peças estruturais e atividade que desempenham, de um lado, e o princípio de sua funcionalidade, seu sentido, sua coesão, sua racionalidade de outro. Aos sujeitos individualizados, corpos em que se enxerga natureza biológica, são responsáveis pela sua alma; aos corpos políticos tomados coletivamente, respondem pelo universo dos saberes compartilhados, dos valores de referência, das tecnologias de que dispõem.¹⁶ Neste entendimento, com base na mediação corpórea

⁽¹³⁾ EWALD, F., op. cit., pp. 40 e 42.

⁽¹⁴⁾ Ibidem, pp. 44 e 45.

⁽¹⁵⁾ Ibidem, p. 49.

⁽¹⁶⁾ Ibidem, pp. 51 e 52.

patrocinada pelo poder, os saberes comuns, comunicados, afetam a resolução das almas, o bojo de suas convicções, vontades e julgamentos, cuja expressão coletiva corporifica o consenso de perspectiva, e os decorrentes institutos da verdade e da justiça.

As tecnologias políticas que fomentam a difusão destes investimentos tornam-se, por assim dizer, o campo de luta em que os conflitos são travados, no intuito da homogeneização dos consentimentos ou da denúncia de arbitrariedades. Sob a velada tentativa de desvinculação dos processos de aquisição do saber das forças de afetação do poder, as justificações de lado a lado competem para o estabelecimento das diretrizes ‘justas’, ‘certas’, de condução das ações, relativamente à correspondência com os ditames de veracidade. Para o interesse gestor, a *docilidade* dos corpos é conseguida por obra do investimento de suas almas, na perfeita justaposição da verdade dos fatos aquilatados, da justiça de sua avaliação, com os respectivos procedimentos de sua fabricação, conferindo às ações esperadas o necessário caráter de legitimidade. Ao ímpeto estratégico, cumpre conjurar tais procedimentos, apontar sua feição antinatural ou ilógica, a falsidade de suas conclusões e a validade da rebeldia.

5. CONCLUSÃO

Possivelmente, o percurso destes raciocínios contribuiria para amenizar a citada perplexidade que emerge do acompanhamento das atividades relativas às confrontações diuturnas, se tomados com alguma consideração refletida. A vis intelectual que recomenda o desmembramento dos alicerces do Estado; a

modificação de sua medição e importância nos moldes dos poderes institucionais para seus princípios internos de regularização e sua racionalidade compartilhada; a sua sustentação nos micropoderes restritos de entidades menores situadas em sua anatomia; a preocupação, enfim, com as relações de poder que a todos os corpos políticos atravessa e materializa; esta inteligibilidade pode absorver as incoerências acusadas pela visão tradicional. Máquinas judiciais beligerantes, Estados criminosos, indivíduos detidos preventiva e indefinidamente, sem imputação formal nem estatuto jurídico positivado – como os ‘detentos’ de Guantánamo¹⁷ – todas essas articulações são enquadradas dentro de uma nova anatomia política, que, ciente das repercussões e ingerências do saber e do poder, não reclama a exclusividade da certeza, mas proporciona conexões eficazes na constatação dos eventos portadores do presente, e hipóteses a elaborar. Senão vejamos: a legitimidade argüida pelo Secretário de Estado americano não se resume à ratificação da ONU dos cometimentos avançados pela hiperpotência na resposta-precaução ao terrorismo e ao descumprimento do poder iraquiano das Resoluções anteriores à 1441; trata, provavelmente, de conclusão coadunada aos mecanismos de investigação patrocinados por seu Estado e dos compactuados valores de retributividade de sua mentalidade social, frente aos quais as providências se fizeram cabíveis. Nem tampouco a justiça americana bradada pelo Presidente dos Estados Unidos é estranha aos trâmites judiciais e aos fundamentos políticos de seu país, senão fruto de sua enviesada racionalidade.

A evidenciada desmedida dos acontecimentos desse eixo político como um todo, a

(17) WEISSENHEIMER, M. A. *EUA torturam presos no Afeganistão*. Agência Carta Maior. Disponível em: <http://www.agenciacartamaior.uol.com.br/reportagens>. Acesso em 09 mai. 2003.

seu turno, talvez possa ser encarada, na especificidade de seus aspectos desta forma: a) ao aumento da capacidade de dano das ações terroristas, perquiria-se o investimento tecnológico propiciado pelas relações de poder que individualizaram os corpos políticos autores, conjecturando-se igualmente quanto aos corpos políticos que lhes objetivaram, se acaso correspondem ou se relacionam às organizações ofendidas; b) à extensão do sistema judicial estatal, indague-se o teor de sua coercibilidade efetiva em comparação à legislação internacional, questionando a eficácia de ambas as tecnologias e as possibilidades estratégicas de inversão em meio a um e outra; c) à sobreposição de ações de violência (localizadas ou complexamente articuladas) às apreciações, execuções e soluções da Organização das Nações Unidas, em vista das duas observações antecedentes, infira-se a consistência de sua constituição política, enquanto órgão mediador e instância decisória das questões supranacionais, suas capacidades objetivas e as empresas técnicas suficientes e desejáveis para a expansão de suas táticas de gestão e para o desenvolvimento tecnológico preciso, em busca de um mais efetivo investimento de almas e de vontades.

BIBLIOGRAFIA

- EWALD, F. *Foucault, a Norma e o Direito*. Trad. Antônio Fernando Cascais. 2. ed. Lisboa: Vega, 2000.
- FOUCAULT, M. *História da sexualidade, vol. 1: a vontade de saber*. Trad. Maria Thereza da C. Albuquerque e J. A. Gilhon Albuquerque. 14ª ed. Rio de Janeiro, ed. Graal, 2001, cap. 04.
- _____. *Nietzsche, a genealogia e a história*, in *Microfísica do poder: seleção de textos e entrevistas com Michel Foucault*. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.
- _____. *O que são as Luzes?*, in *Michel Foucault: Arqueologia das Ciências e História dos Sistemas de Pensamento*. Org. Manoel de Barros Motta. Trad. Elisa Monteiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- _____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 22ª ed. Petrópolis: Vozes, 2000.
- RABINOW, P.; DREYFUS, H. *Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Trad. Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- JARREAU, P. *Washington veut un vote au Conseil de sécurité avant la fin de semaine*. Le Monde - International. Disponível em: <http://www.lemonde.com.fr/article>. Acesso em 13 mar. 2003.
- MIKKELSEN, R. *Bush suspeita da Al Qaeda em ataques na Arábia Saudita*. UOL-últimas notícias. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/reuters>. Acesso em 13 mai. 2003.
- WEISSENHEIMER, M. A. *EUA torturam presos no Afeganistão*. Agência Carta Maior. Disponível em: <http://www.agenciacartamaior.uol.com.br/reportagens>. Acesso em 09 mai. 2003.

A FUNÇÃO SOCIAL. NOVO PARADIGMA PARA A LIBERDADE DE CONTRATAR?*

Paulo de Tarso Barbosa DUARTE**

1. Em dispositivo sem símile no Código Civil de 1916, o artigo 421 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, preconiza: *“A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”*

O preceito, que não havia freqüentado o Projeto de Código de Obrigações, baseado em trabalho de 1962, da lavra de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA¹, mas do qual foi extraída a redação de muitas das normas hoje incorporadas ao Código Civil de 2002, veio a

figurar, uma década depois, em Anteprojeto de Código Civil (artigo 417), elaborado por Comissão de Juristas², supervisionada pelo Professor MIGUEL REALE, sobrevivendo incólume a qualquer mudança, desde o seu envio à Câmara dos Deputados, no ano de 1975³, até a sua final aprovação, depois de favoravelmente apreciado pelo Senado Federal.

2. Sem embargo, o Deputado Ricardo Fiúza, que fora relator da matéria, quando de seu retorno à Câmara Federal, apresentou, em

(*) Palestra proferida na solenidade de instalação do 12º Núcleo Regional do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional / Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, em 24 de setembro de 2003.

(**) Professor Titular de Direito Civil, da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

(1) O trabalho, revisto por Comissão, nomeada pela Portaria nº 274-B, de 19 de junho de 1964, do Ministro de Estado da Justiça, presidida por OROSIMBO NONATO e integrada por CÁIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (Relator Geral), TEÓFILO AZEREDO SANTOS, SYLVIO MARCONDES, ORLANDO GOMES e NEHEMIAS GUEIROS, redundou em Projeto de Código de Obrigações, que foi encaminhado ao Congresso Nacional em 1965 e dele retirado em 1967.

(2) Integrada por JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, AGOSTINHO ALVIM, SYLVIO MARCONDES, EBERT CHAMOUN, CLÓVIS DO COUTO E SILVA e TORQUATO CASTRO.

(3) Mensagem nº 160/75; Projeto de Lei nº 634-B, de 1975, aprovado pela Câmara dos Deputados e publicado no D.O.U., de 17 de maio de 1984.

12 de junho de 2002, o Projeto de Lei nº 6.960, de 2002⁴, alvitando, entre outras medidas, que se altere a redação dessa regra: “**Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.**”

Consoante a correspondente justificativa, os professores ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO e ANTÔNIO JUNQUEIRA AZEVEDO, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, haviam ponderado que a **liberdade de contratar** é simples emanção da personalidade, enquanto que a **liberdade contratual** designa o poder de “**livremente discutir as cláusulas do contrato**”, certo que a “**liberdade contratual está limitada pela função social do contrato, mas (esta) não é a sua razão de ser**”⁵.

3. Em primeiro lugar, contudo, dá-se que doutrina não menos prestigiada vale-se preferentemente da locução ora empregada em texto legal - **liberdade de contratar** -, para reportar-se a essa aplicação do princípio da **autonomia da vontade** no Direito dos

Contratos⁶, advertindo que tal prerrogativa expõe-se, outrossim, a limites inspirados em razões de **utilidade social**⁷, que, se não se explicitam porventura na *lei*, deduzem-se das noções de **ordem pública** - situação, mais ou menos estável, que corresponde às exigências atuais de organização econômico-político-social do agrupamento humano historicamente situado e politicamente organizado - ou de **bons costumes** - conjunto de comportamentos habitualmente adotados em determinadas circunstâncias, pelos membros desse agrupamento, em correspondência a suas crenças, convicções e preconceitos de índole moral⁸.

Ocorre, em segundo lugar, que da dicção original da lei transparece o intuito de deslocar, da **liberdade individual** para a **função social** do contrato, o **fundamento** da liberdade de contratar; e desse rearranjo, acaso procedente a interpretação, podem advir consequências interessantes.

4. É de toda a conveniência, pois, que se rememorem os três distintos e sucessivos

(4) Acham-se a ele apensados os Projetos de Lei n.º 7.070, n.º 7.160 e n.º 7.312, todos de 2002. A proposição veio a ser arquivada, por despacho da Mesa, em 31 de dezembro de 2002, nos termos do artigo 105 do Regimento Interno; desarquivada, no início da nova legislatura, a teor do mesmo dispositivo regimental, acha-se em poder da Mesa, desde 10 de março de 2003.

(5) Sobre o assunto, ver, também, GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA, **Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado**. Revista do Advogado, ano XXII, n.º 68, dezembro de 2002, p. 79-86.

(6) CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, **Instituições de Direito Civil**, vol. III, p. 9-14; Forense, Rio de Janeiro, 10ª edição, 1995. ORLANDO GOMES, **Contratos**, p. 22-30; Forense, Rio de Janeiro, 18ª edição, 1998. SILVIO RODRIGUES, **Direito Civil**, vol. 3, p. 15-18; Saraiva, São Paulo, 28ª edição, 2002.

(7) HENRI DE PAGE, **Traité Élémentaire de Droit Civil Belge**, tomo 1º, p. 102, *apud* ORLANDO GOMES, *op. cit.*, p. 24.

(8) Esses freios, conquanto não fixados em regra do Código Civil de 1916, eram invariavelmente delineados pela Doutrina e ganharam importância, no mencionado Projeto de Código de Obrigações, entre os princípios gerais aplicáveis aos contratos em geral, *verbis*: “**Art. 288. Podem as partes, independentemente das normas especiais pertinentes às figuras típicas disciplinadas neste Código, determinar o conteúdo do contrato nos limites impostos pela lei, e sem ofensa dos bons costumes e da ordem pública**”. No mesmo sentido, aliás, a proposta de mudança da redação do artigo 421, também preconizada no Projeto de Lei nº 6.960, de 2002, referido no texto.

momentos em que se manifesta, para a pessoa, a *liberdade de contratar*: como liberdade de celebrar, ou não, algum contrato; como liberdade de escolher a parte ou as partes desse contrato; e como liberdade de definir-lhe os exatos termos.

Em todas essas vertentes, a liberdade de contratar, que não ultrapasse embora as raízes da licitude, comporta conhecidos temperamentos.

Há hipóteses em que não se pode abster ou desligar da contratação, como nas da detenção de monopólio, de fato ou de direito, de uma atividade econômica, ou na de prorrogação compulsória da vigência do acordo. Outras, em que não há como eleger a parte da avença, como na da obtenção de certos serviços de utilidade pública. Outras, enfim, em que o conteúdo do ajuste é preordenado por regras cogentes.

Por sua evidente excepcionalidade, essas linhas de contenção à *liberdade de contratar* têm ficado naturalmente circunscritas a determinados setores da atividade econômica, parecendo revelar, contudo, tendência a expandir-se em direção às fronteiras da vida privada.

5. Cumpre, portanto, investigar o significado teórico e as implicações práticas da idéia de *função social do contrato*, que a recente reforma do Código Civil vem de exaltar.

Ao justificar a iniciativa da codificação então em perspectiva, o Professor MIGUEL REALE⁹, asseverou, em passagem como sempre elegante e iluminadora:

“Um Código não é, em verdade, algo de estático ou cristalizado, destinado a embaraçar caminhos, a travar iniciativas, a provocar paradas ou retrocessos: põe-se antes como um balanço global

das soluções normativas e dos modelos informadores da experiência vivida de uma Nação, a fim de que ela, graças à visão atualizada do conjunto, possa com segurança prosseguir em sua caminhada.

“Pois bem, essa compreensão dinâmica e propulsora do que deva ser um Código implica uma atitude de natureza mais operacional, do que conceitual, no sentido de se preferir sempre configurar os modelos jurídicos com amplitude de repertório, de modo a possibilitar a sua adaptação às esperadas mudanças sociais, graças ao trabalho criador da Hermenêutica, que nenhum jurista bem informado há de considerar tarefa passiva e subordinada. Foi meu cuidado, ao realizar a revisão e coordenação das distintas partes do Código, verificar esse sentido plástico e operacional das normas, conforme inicialmente assente como pressuposto metodológico comum, fazendo, para tal fim, as modificações e acréscimos que o confronto dos textos revela.

“O que se tem em vista é, em suma, uma estrutura normativa concreta, isto é, destituída de qualquer apego a meros valores formais abstratos. Esse objetivo de concretude impõe soluções que deixam larga margem de ação ao juiz e à doutrina, com freqüente apelo a valores como os de boa-fé, equidade, probidade, finalidade social do direito, equivalência de prestações, etc., o que talvez não seja do agrado dos partidários de uma concepção mecânica ou

⁽⁹⁾ Anteprojeto de Código Civil, publicação da Comissão de Estudos Legislativos do Ministério da Justiça, 1972, p. 12-13.

naturalística do Direito, o qual, todavia, é incompatível com leis rígidas de tipo físico-matemático. A “exigência de concreção” surge exatamente da contingência insuperável dessa adequação criadora dos modelos jurídicos aos fatos sociais “in fieri”.

“A estrutura do Código, - e já se percebeu que quando emprego o termo estrutura não me refiro ao arcabouço extrínseco de suas normas, mas às normas mesmas na sua íntima e complementar unidade, ou à sua forma substancial e global, - essa estrutura é, por conseguinte, baseada no propósito que anima a Ciência do Direito, tal como se configura em nossos dias, isto é, como ciência da experiência social concreta.

6. No Código Civil de 2002, pois, ao menos no plano das intenções confessadas, almejou-se destinar maior espaço para as denominadas *cláusulas gerais*, forras “*ao rigor positivista dos conceitos rígidos e das formas acabadas*” e desejavelmente dotadas de “*aptidão para recolher os casos que a experiência social contínua e inovadoramente propõe a uma adequada regulação, com vistas a ensinar a formação de modelos jurídicos inovadores, abertos e flexíveis*”, graças à utilização intencional de “uma linguagem de tessitura ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, com o propósito de conferir ao juiz um mandato para que, à vista dos casos concretos, possa criar, complementar ou desenvolver normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema”¹⁰.

A esse propósito, relembra JUDITH MARTINS-COSTA¹¹ que as cláusulas gerais “constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos meta-jurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo.”

A adoção legislativa de cláusulas gerais e o deferimento ao Juiz da incumbência de descobrir o preceito ajustado à espécie que lhe é submetida à decisão ampliam sem dúvida as possibilidades do julgamento equidoso, quiçá apropriado às peculiaridades do caso concreto, mas não é, porém, infenso a riscos sérios:

“O aplicador da lei, contudo, sofre a constante tentação de fazer prevalecer seus valores pessoais sobre os que a ordem jurídica adotou como indispensáveis ao sistema geral de organização social legislada. Nos ordenamentos que adotam tipos rígidos para sua concretização normativa, os valores e princípios fundamentais são levados em conta pelo legislador; de maneira que o

⁽¹⁰⁾ HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Comentários ao Novo Código Civil*, Vol. III, tomo I, p. XII; Forense, Rio de Janeiro, 2ª edição, 2003.

⁽¹¹⁾ *O Direito Privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro*, artigo publicado na Internet: www.ufrgs.br/mestredir/doutrina/martins1.htm

Juiz tem sua atividade exegética bastante reduzida e simplificada. Já num regime de normas principiológicas, cabe-lhe uma tarefa complicada e penosa, qual seja a de reconstruir todo o mecanismo axiológico da ordem constitucional cada vez que tiver de aplicar a cláusula geral da lei às necessidades do caso concreto."¹²

7. Tal reforçado apelo à intervenção do Juiz não goza, demais disso, da unânime simpatia dos operadores do Direito, para alguns dos quais a utilização legislativa de conceitos vazios teria de fazer-se acompanhar da indicação de pistas materiais, capazes de facilitar o preenchimento de seu conteúdo e de desaguar em soluções rápidas para as situações que se apresentem, sem o recurso à tutela jurisdicional em sentido estrito¹³, substituída então pela mais eficiente atuação de mecanismos, como os da arbitragem, ou no ambiente de organizações públicas ou sociais, como, *verbi gratia*, a Comissão de Valores Mobiliários ou o Conselho de Auto-Regulamentação Publicitária.

8. No Direito Brasileiro contemporâneo, tal anseio ter-se-á acolhido no tocante à *função*

social da propriedade, que é de extração legislativa mais antiga e sobre cujo entendimento há apreciável literatura, porque inscrita, nesses termos, na Constituição Federal de 1967 (artigo 157, inciso III).

Anota ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO¹⁴ que a Constituição de 1988 não se limitou a proclamar que a propriedade haveria de atender à sua função social (cf. artigos 5º, inciso XXIII, e 170, inciso III), mas foi além, explicando *“o que era função social, tanto no art. 182, § 2º¹⁵, para os imóveis urbanos, quanto, para a propriedade rural, no art. 186¹⁶. Ou seja, deu diretrizes, não fez um jogo de palavras retórico.”*

Foi o que também fez, aliás, no concernente à propriedade predial urbana, o posterior Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001)¹⁷.

Quanto à propalada *função social do contrato*, no entanto, não há roteiro legislativo que lhe aponte o rumo essencial; cuida-se, destarte, de um puro *conceito jurídico indeterminado*, agora incluído, sobranceiro, na primeira das Disposições Gerais do Código Civil

(12) HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. XVI

(13) ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *O direito pós-moderno e a codificação*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. 94, p. 3-12

(14) *Insuficiências, Deficiências e Desatualização do Projeto de Código Civil na Questão da Boa-Fé Objetiva nos Contratos*, in Revista dos Tribunais, vol. 775, p. 11-17

(15) “§ 2º. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”

(16) “Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”

(17) “Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei.”

de 2002 sobre matéria contratual (cf. Parte Especial, Livro I, Título V).

9. Ao apresentar, no Anteprojeto, a referida regra legal, o Professor MIGUEL REALE proclamou que se visara a “*tornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade*”; antes, lembrara que o assunto fora versado “*em consonância com o imperativo da função social do contrato, ad instar do que se dá com o direito de propriedade*”.¹⁸

Essa mesma aproximação foi reiterada no parágrafo único do artigo 2.035 do novo Código Civil, que irmanou a *função social do contrato* à *função social da propriedade*, conferindo-lhes o igual papel de referência escatológica para a identificação dos “*preceitos de ordem pública*”, contra os quais nenhuma convenção haveria de prevalecer.

10. Tal assemelhação entre a propriedade e o contrato, ambos pilares jurídicos básicos de sustentação da vida econômica privada, sugeriu a alguns reservar à sua função social simples papel de balisa para evitamento de danos a outrem.

Essa orientação, porém, se de um lado parece desprezar as características distintivas desses institutos, não logra explorar, de outro lado, as potencialidades mais generosas da asserção de que lhes cabe cumprir sua função social.

Deveras. A Ciência Jurídica encara o *direito de propriedade* como um poder direto e imediato sobre coisas, que se afirma perante todos e cujo desfrute não supõe a contribuição pessoal de qualquer de seus sujeitos passivos, individualizáveis apenas em caso de infração do correspondente dever. Tal *eficácia absoluta, erga omnes*, instaura, por seu feitio, campo favorável a exercício em detrimento do interesse desses sujeitos passivos.

Contrato, diversamente, é negócio jurídico bilateral ou plurilateral tendente à inserção do figurante em relação jurídico-obrigacional, na busca de satisfação de interesse suscetível de repercussão econômica.

Compõe-se com a manifestação concorde de vontade das partes, as quais, nada concorrendo de adverso, quedam-se todas, senão apenas uma delas, conseqüentemente adstritas à realização de certa conduta, ativa ou omissiva, em benefício de outrem, a quem se atribui a titularidade do correspondente *direito de crédito*.

Dessa compreensão resulta que os efeitos jurídicos do contrato restringem-se aos que intervieram em sua celebração, não alcançando terceiros; o contrato tem, pois, *eficácia relativa - res inter alios acta, nec aliis nocet, nec prodest*.¹⁹

Nessa dimensão, prejuízos porventura experimentados em decorrência do exercício do domínio ou do crédito previnem-se ou reparam-se na conformidade das regras jurídicas sobre a *ilicitude*, absoluta ou relativa, não urgindo, para permiti-lo, a invocação da *função social* da

⁽¹⁸⁾ *op. cit.*, p. 17 e 18.

⁽¹⁹⁾ A *estipulação em favor de terceiro* (Código Civil, artigos 436-438), a *promessa de fato de terceiro* (Código Civil, artigos 439-440) e o *contrato com pessoa a declarar* (Código Civil, artigos 467-471) não são, a rigor, exceções ao *princípio da relatividade dos efeitos do contrato*, por isso que o envolvimento de não figurantes invariavelmente supõe a sua prévia aquiescência.

propriedade ou do contrato; basta-lhe um dos princípios fundantes da Ciência Jurídica, segundo ULPiano: *neminem laedere*.

11. Em verdade, a idéia de *função social*, aludindo, substantivamente, à ação natural e própria de um ser, tem força motriz que denota impulso à frente, em busca da consecução de uma finalidade, finalidade essa que sua adjetivação reclama seja proveitosa ao interesse geral.

É sob a influência dessa visão positiva que se há de configurar a função a um só tempo econômica e social do contrato.

Expediente técnico-jurídico de disponibilização de riquezas, o contrato tem por função econômico-social servir à satisfação das necessidades das pessoas, na conformidade dos valores que o agrupamento humano politicamente organizado e historicamente localizado consagra em ordem à sua preservação e desenvolvimento.

12. O operador do Direito há de trabalhar, porém, com o instrumental técnico e os marcos teóricos de sua Ciência, no interior de um sistema normativo escalonado e complexo, estruturado em função de postulados e metas hierarquizados e de diferentes amplitudes.

Não pode ignorar, pois, que, no Estado de Direito, a ordenação superior e última dos *fins sociais* reside nas normas da Constituição, tradutoras, aqui e agora, do projeto de vida em comum que anima o grupo social historicamente situado e politicamente organizado, enunciando os princípios fundamentais a que deve obediência a sua atuação.

Reportando-se à “*técnica legislativa que se utiliza de cláusulas gerais, exatamente para que o intérprete tenha maior flexibilidade no sentido de, diante do fato jurídico concreto, fazer prevalecer os valores do ordenamento em todas as situações novas que, desconhecidas do legislador, surgem e se reproduzem como realidade mutante na sociedade tecnológica de massa*”, GUSTAVO TEPEDINO²⁰ alerta:

“Tal alteração metodológica implica a superação de outro grande equívoco, já acima acenado, em que incorrem os operadores do Direito e os civilistas em particular: a consideração dos princípios constitucionais como meros princípios gerais de direito, não como normas jurídicas diretamente aplicáveis aos casos concretos. O Código Civil seria o verdadeiro estatuto constitucional do direito privado, de tal modo que os princípios constitucionais, além de funcionarem como limite ao legislador ordinário, se constituiriam em princípios gerais de Direito, utilizados de maneira apenas indireta pelo intérprete.”

“Ora, o constituinte de 1988, não satisfeito em fixar normas gerais em cada capítulo da Constituição, deu-se ao trabalho de estabelecer regras precedentes (até mesmo do ponto de vista da localização topográfica) a todas as outras, que definem a tábua de valores do ordenamento jurídico brasileiro. Tais normas constitucionais, em particular aquelas dispostas nos arts. 1º a 4º, são os preceitos fundamentais da ordem jurídica e, portanto, as mais importantes

(20) **Temas de Direito Civil: As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual**, p. 207-208; Renovar, Rio de Janeiro, 1999.

do ponto de vista interpretativo, a menos que se quisesse atribuir ao constituinte o papel de dispor palavras inúteis, ou ociosas - o que seria tecnicamente absurdo."

"Daqui decorre que a consideração de tais normas como princípios gerais de Direito significaria adotá-las, nas relações privadas, somente na hipótese de inexistir lei infraconstitucional prevista especificamente para o caso concreto, ausente ainda a possibilidade de analogia e sendo impossível recorrer aos costumes, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil".

(,,)

"A Carta constitucional não se constitui em mera Carta política, como querem muitos, revestindo-se ao revés no mais importante diploma jurídico dentro da hierarquia do ordenamento. Disso resulta que os princípios dispostos na Constituição devem sobrepor-se, na atividade de aplicação, subsunção e interpretação das leis, a toda e qualquer norma infraconstitucional, consideradas portanto como normas jurídicas com precedência sobre o Código Civil, a legislação especial, a analogia e os costumes, não se confundindo, em qualquer hipótese, com os princípios gerais de direito de que trata o aludido art. 4º da Lei de Introdução."

Destoam, pois, de sua *função social* o domínio e o crédito, quando constituídos ou exercidos em desacordo com quaisquer dos fundamentos ou objetivos reconhecidos à

República pela Constituição Federal (artigos 1º e 3º).

13. Tal desconformidade a direito, uma vez detectada, intuitivamente expõe-se a ser combatida pelas armas que o próprio sistema jurídico disponibiliza; entre elas, e já agora no terreno especificamente contratual, a da *invalidação*, total ou parcial, em face da *ilicitude* nulificante ocorrida.

Sob este ângulo de análise, pois, só aparentemente a *função social* é parâmetro novo para a liberdade de contratar.

De fato. Nada obstante reputem-se livres as pessoas para determinar, com a só exteriorização de sua vontade, a irradiação de efeitos jurídicos adequados ao atendimento de seus interesses, tal licença não lhes permite afrontar a *lei*, nem contravir à *ordem pública* ou aos *bons costumes*; e "*a ordem pública mais evidente e mais intensa está localizada na Constituição*"²¹.

14. É ainda modesta, no entanto, essa constatação, em face do discurso jurídico progressista e modernizador, que a promulgação do Código Civil de 2002 suscitou.

Defendendo a regra do artigo 421 do novo Código Civil, afirmara o Professor MIGUEL REALE²² que "*o contrato é um elo que, de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que o cria; mas, de outro lado, estabelece a sociedade como o lugar onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e de medida*", devendo, de conseguinte, "*ser analisado em razão de sua função social*".

⁽²¹⁾ HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, in ORLANDO GOMES, *Contratos*, p. 35, nota; Forense, Rio de Janeiro, 18ª edição, 1998.

⁽²²⁾ *O Projeto de Código Civil - Situação atual e seus problemas fundamentais*, p. 10; Saraiva, São Paulo, 1984.

Dessa forma, a expressa remissão legal à *função social do contrato*, feita no limiar da disciplina geral desse negócio jurídico de Direito das Obrigações, tem igualmente uma vocação pedagógica, na medida em que concita a Doutrina e a Jurisprudência a contemplarem, em seu mister, os fundamentos e objetivos da República, tais como arrolados na Constituição Federal.

15. Entre esses fundamentos e objetivos, sobrelevam, por passíveis de pronta repercussão na esfera privada dos sujeitos de direito, os que dizem com “*a cidadania*” (artigo 1º, inciso II), com “*a dignidade da pessoa humana*” (artigo 1º, inciso III), com “*os valores sociais do trabalho*” (artigo 1º, inciso IV) e, em especial, com a construção de “*uma sociedade livre, justa e solidária*” (artigo 3º, inciso I).

Foram valores de semelhante envergadura que recomendaram, ao longo do século passado, a progressiva intervenção do Estado nos lindes do Direito Privado, em clara limitação da liberdade de contratar, quer pela definição do feito impositivo de várias regras legais, quer pela gradual redução da abrangência do Código Civil²³, de cuja autoridade inteiros setores da atividade econômica foram sendo a pouco e pouco subtraídos: de início, mediante *legislação de emergência*, que se pressupunha “*episódica, casuística, fugaz, não sendo capaz de abalar os alicerces da dogmática do direito civil*”; em seguida, por “*uma sucessão de leis que disciplinam, sem qualquer caráter emergencial ou conjuntural, matérias não previstas pelo codificador*”, dando margem a “*um direito especial, paralelo ao direito comum estabelecido*

pelo Código Civil”; finalmente, pela edição de diplomas legislativos, que “*não se circunscrevem a tratar do direito substantivo, mas, no que tange ao setor temático de incidência, introduzem dispositivos processuais, não raro instituem tipos penais, veiculam normas de direito administrativo e estabelecem, inclusive, princípios interpretativos*”.

O mais proeminente desses microssistemas legislativos, por causa de sua inequívoca matriz constitucional (cf. Constituição Federal, artigos 5º, inciso XXXII; 150, § 5º; e 170, inciso V; Disposições Transitórias, artigo 48), é o assim chamado Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), a que Doutrina e Jurisprudência têm sabido dedicar correta e eficiente atenção, provocando, de um lado, um inescandível revigoramento dos estudos jurídicos na área do Direito Privado e, de outro lado, um animador empenho na realização da Justiça, em horizontes mais largos do que os entrevistados na legislação civil geral.

16. Em panorama como esse, os esforços de atualização do Código Civil de 1916, que vieram à tona já nos primórdios da segunda metade do século passado²⁴, acenavam com a sua sonhada realocação no epicentro do Direito Privado, como um estatuto de diretrizes gerais e consistentes, comuns a todo o correspondente sistema de regras e princípios jurídicos.

Os anos desde então decorridos e a consolidação de experiências mais avançadas de normatização legal conspiram, porém, contrariamente a esse desiderato, já agora só plenamente atingível por meio de inteligente intercâmbio,

(23) Para uma segura e concisa exposição do assunto, ver GUSTAVO TEPEDINO, *Temas de Direito Civil: Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, p. 1-22; Renovar, Rio de Janeiro, 1999.

(24) Em 1965, com o Projeto de Código Civil, baseado em Anteprojeto de 1963, confeccionado por ORLANDO GOMES, e com o já citado Projeto de Código das Obrigações, de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA.

em caminho de mão dupla, entre os ditames da legislação extravagante e os do Código Civil, uniformizados à sombra das opções constitucionais.

“*Trata-se, em uma palavra,*” pontificou GUSTAVO TEPEDINO no já longínquo ano de 1992²⁵, “*de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento devem se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais.*”

17. Nesse enfoque, as normas do vigente Código Civil, precipuamente as que remetem à *função social do contrato* (artigos 421 e 2.035, parágrafo único), mas não só elas, também as que demandam guardem os contratantes, “*assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé*” (artigo 422); e as que condenam a onerosidade excessiva (artigos 156-157 e 478-480), porque radicadas no mesmo objetivo fundamental da edificação de uma sociedade livre, justa e solidária (Constituição Federal, artigo 3º, inciso I), lançam uma ponte de ouro em direção a análogas diretrizes de outros diplomas legais concomitantemente em vigor, entre eles, e com

preponderância, o Código de Defesa do Consumidor e seu operacional núcleo de princípios, de onde se podem colher, por força do argumento *a pari ratione*, várias soluções propícias à concretização prática da vontade constitucional.

Em fim de contas, agente político de específica formação técnica, incrustado na estrutura de um dos Poderes de Estado, o Juiz não pode despedir-se, nem desviar-se, da missão de “*construir uma sociedade livre, justa e solidária*”, nem mesmo sob a desculpa da observância do princípio da legalidade estrita (Constituição Federal, artigo 5º, inciso II).

A delegação, tira-a o Juiz diretamente da Lei Maior, onde a triade - liberdade, justiça, solidariedade - insculpida em seu pórtico, não condescende com a outorga a uma de qualquer superioridade sobre as demais; antes, inelutavelmente pede que se coordenem e componham, de jeito que a liberdade não sacrifique a justiça, nem prescindida da solidariedade; a justiça não minimize a liberdade, nem comprometa a solidariedade; a solidariedade não atropele a liberdade ou arroste a justiça.

A fidelidade do operador do Direito a esse programa ganha agora renovado estímulo diante da parêmia, consoante a qual a liberdade de contratar deve exercer-se em razão e nos limites da *função social do contrato*; e essa parece ser, em resumo, a sua maior virtude.

⁽²⁵⁾ *op. cit.*, p. 22.

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: A QUESTÃO DA JUSTIÇA

Luiz Tarcísio de Paiva COSTA*

“É o conhecimento dos princípios, e a habilitação para manejá-los, que distingue o jurista do mero conhecedor de textos legais.”.

1. ACEPÇÕES DO VOCÁBULO

Etimologicamente, o termo “princípio” (tem origem no grego, equivalente ao latim *principium*, *principii*, presente, no inglês *principle*, no francês *principe*, no alemão *prinzip* e *grundsatz*, no italiano *principio*) encerra a idéia de começo, origem, base. Em linguagem leiga é, de fato, o ponto de partida e o fundamento (causa) de um processo qualquer.

“Princípio. Sm. (lat. Principiu) 1. Ato de principiar. 2. Momento em que uma coisa tem origem; começo, início. 3. Ponto de partida. 4. Causa primária. 5. Fonte primária ou básica de matéria ou energia. 6. *Filos.* Aquilo do qual alguma coisa procede na ordem do conhecimento ou da existência. 7. Característica

determinante de alguma coisa. 8. *Quim.* Componente de uma substância especialmente o que lhe dá alguma qualidade ou efeito que a distingue de outras congêneres. 9. *Farm.* Componente de um remédio do qual dependem certas propriedades deste. 10. Agente ou força originadora ou atuante: *Princípio do movimento*. 11. Lei. Doutrina ou aceção fundamental em que outras são baseadas ou de que outras são derivadas: *Os princípios de uma ciência*. 12. Regra ou lei exemplificada em fenômenos naturais, na construção ou no funcionamento de uma máquina ou mecanismo, na efetivação de um sistema, etc: *Princípio da atração capilar, princípio da causalidade*. 13. Norma de conduta. 14.

(*) Metrando em direito pela PUC-Campinas.

(1) SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 148.

Modo de ver, opinião, parecer. *Sempre fiel aos princípios*. 15. Estréia.²⁹

“Princípio. [do latim *principiu*]. S. m. 1. Momento, local ou trecho em que algo tem origem; começo; *o princípio de um incêndio; o princípio da estrada já está pavimentado*. 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na constituição de um corpo orgânico. 4. Preceito, regra, lei. 5. *P. ext.* Base, germe: *O garoto tem em si o princípio da rebeldia*. 6. *Filos.* Fonte ou causa de uma ação; 7. *Filos.* Proposição que se põe no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, com inquestionável [São princípios os axiomas, os postulados, os teoremas, etc. Cf. *princípio*, do verbo *principiar*].³⁰

Busquemos agora interpretá-la sob a ótica da filosofia.

“Princípio. (L. princeps, primeiro). – Ger. Aquilo de que uma coisa procede ou depende, seja de que modo for. – Div. 1. Cronológico: começo. 2. Lógico: Aquele do qual depende uma dedução. 3. Psicológico e crítico. Proposição que resulta imediatamente da intuição do ser e que governa universalmente o exercício do pensamento. 4. Metafísico: Aquilo de que uma coisa depende, já quanto a

“existência”. 5. Proposição muito geral que sintetiza várias “leis”. 6. Moral: preceito ou lei de ordem “moral”. 7. Prático: regra de ação.⁴¹

“Introduzida na Filosofia, por Anaximandro, a palavra foi utilizada por Platão, no sentido de fundamento do raciocínio (*Teeteto*, 155 d) e, por Aristóteles, como a premissa maior de uma demonstração (*Metafísica*, V, 1, 1.012 b 32 – 1.013 a 19). Nesta mesma linha, Kant deixou consignado que “princípio é toda proposição geral que pode servir como premissa maior num silogismo” (*Crítica da Razão Pura*, *Dialética*, II, A).⁵”

Aristóteles enumerou os significados de princípio para filosofia, que conforme citado por José Cretella Neto⁶ seriam:

- “ponto de partida de um movimento, por exemplo, de uma linha ou de um caminho;
- melhor ponto de partida, como , por exemplo, o que facilita apreender uma coisa;
- ponto de partida efetivo de uma produção, como, por exemplo, a quilha de um navio ou os alicerces de uma casa;
- causa externa de um processo ou de um movimento, como, por exemplo, um insulto que provoca uma briga;

(2) MICHAELIS: **moderno dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos. 1998, p. 1697.

(3) HOLANDA, Aurélio Buarque. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2ª Ed. São Paulo: Nova Fronteira, 1986.

(4) JOLIVERT, Régis. Tradução: Gerardo Dantas Barretto. **Vocabulário de filosofia**. Rio de Janeiro: Agir, 1975.

(5) CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 3ª Ed. São Paulo : RT, 1991, p. 23.

(6) CRETILLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 2.

- aquilo que, com sua decisão, determina movimentos ou mudanças, como, por exemplo, o governo ou as magistraturas de uma cidade;
- aquilo de que parte um processo de conhecimento, como, por exemplo, as premissas de uma demonstração.”

Para a filosofia clássica, em Aristóteles, princípio tem o mesmo significado que causa, pois é sempre o ponto de partida do ser, do dever, ou do conhecer.

Para linguagem comum, princípio significa início em contraposição a término, fim.

Na linguagem técnico-científica princípio é entendido como conceito indeterminado, pois não encerra em si mesmo a indicação precisa do papel lógico que pretende desempenhar.

O termo princípio é equívoco e às vezes análogo, isto é, capaz de representar diversas realidades conexas, para determinarmos seu significado devemos fixar a realidade pesquisada.

Genaro Carrió, citado por Cretella Neto⁷ expõe acepções em que é empregado o conceito de princípio: - Para referir-se à finalidade à que se destinam as normas jurídicas. - Para ressaltar aspectos característicos de determinada ordem jurídica. - Para identificar requisitos formais externos que a ordem jurídica deve satisfazer. - Para expressar generalizações de regras do sistema. - Para identificar matérias consideradas como intrinsecamente justas. - Para estabelecer comandos ao legislador. - Para fixar juízos de valor que condensam exigências básicas de

justiça. - Para indicar máximas derivadas da tradição jurídica

Os princípios funcionam como idéias centrais de um determinado sistema, conferindo-lhe sentido lógico e unidade, permitindo sua compreensão e diferenciação dos demais sistemas.

Em síntese, pois, os princípios são de maior nível de abstração que as meras regras e, netas condições, não podem ser diretamente aplicados. Mas no que eles perdem em termos de concreção ganham no sentido de abrangência, na medida em que, em razão daquela sua força irradiante, permeiam todo o texto constitucional, emprestando-lhe significação única, traçando os rumos, os vetores, em função dos quais as demais normas devem ser entendidas.⁸

2. CONCEITO DE PRINCÍPIOS

“Princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.”⁹

Os princípios são idéias centrais de um sistema, possuem caráter programático e podem ser tomados como conjunto de normas dotadas de indeterminação tal que somente podem ser aplicados pelas vias interpretativas. São normas

⁽⁷⁾ CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 13.

⁽⁸⁾ BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 159.

⁽⁹⁾ CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 3ª Ed. São Paulo : RT, 1991, pp. 25/26.

hierarquicamente elevadas que vinculam a interpretação daquelas que lhe sejam subordinadas, desempenham por este motivo uma função fundamental no sistema jurídico, como normas dirigidas aos órgãos de aplicação, para auxiliar na escolha dos dispositivos aplicáveis aos casos concretos, exercendo uma função informadora (influenciam na elaboração da norma), normativa (possuem poder de comando), construtora (indicam as tendências que devem ser trilhadas pela lei), integrativa (servem como elemento de integração das normas) e interpretativa (são ferramentas para interpretação da norma jurídica).

A enunciação dos princípios de um sistema tem, portanto, uma primeira utilidade e evidente: ajudar no ato de conhecimento.

O cientista, para conhecer o sistema jurídico, precisa identificar quais os princípios que o ordenam. Sem isso, jamais poderá trabalhar com o direito.¹⁰

A interpretação e aplicação do direito exigem a observância dos princípios que funcionam como parâmetros ético-jurídicos em torno dos quais é organizado todo o sistema.

O princípio articula em torno de si um sistema de idéias, pensamentos ou normas, funcionando como seu núcleo, alicerce ou disposição fundamental capaz de produzir efeitos em diversas normas na medida em que é capaz de fixar-lhes a exata compreensão, razão pela qual Celso Antônio Bandeira de Mello alerta que violar um princípio é muito mais grave que violar uma norma, pois todo o sistema fica atingido.

No conceito de princípio deve estar presente a idéia de que através dele os diversos sistemas existentes podem ser diferenciados; assim a ciência jurídica necessita de sua enunciação como requisito científico para que seja construída.

Além da utilização como instrumento da ciência do direito, como meio de conhecimento, os princípios apresentam função prática de normas. Ocorre que o ordenamento jurídico possui dois tipos de normas, ou seja, as regras e os princípios. Princípios e regras são partes integrantes do ordenamento.

Nega-se assim o positivismo jurídico.

Independentemente da posição doutrinária adotada pelo pesquisador (jusnaturalista, positivista ou pós-positivista), necessário reconhecer que os princípios sustentam o sistema.

“Princípio é uma proposição que se coloca na base das ciências, informando-as (Cretella Jr). Princípio é um ponto de partida. Um fundamento.”¹¹

Pontes de Miranda após analisar os princípios jurídicos como categorias científicas nos lembra que:

“Cada ciência ou grupo de ciências tem o seu século, o seu momento histórico. Pensai nas ciências matemáticas. Depois na mecânica. Na física, desde a Renascença. Na química, a partir dos fins do século XVIII. Na biologia, e, há pouco, na psicologia e na sociologia. O direito começou a ter o seu momento, talvez o

⁽¹⁰⁾ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 143.

⁽¹¹⁾ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, p. 42.

maior tributo do segundo quartel do século XX.^{12 29}

O movimento científico do direito denominado pós-positivista, a partir da década de cinquenta, procurou em bases teóricas, dogmáticas e metodológicas demonstrar a normatividade dos princípios, em substituição às idéias positivistas que defendiam-lhe posição meramente subsidiária, auxiliar e integrativa (nesse sentido o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, o artigo 16 do Código Civil argentino, o artigo 19 do Código Civil mexicano, e o artigo 12 do Código Civil italiano).

A idéia de princípios é reconhecida hoje simultaneamente como inclusa no conceito de lei e de princípios gerais, admitindo-se a existência de conceitos implícitos e expressos na ordem jurídica.

Os princípios são, desta forma, normas jurídicas vinculantes, dotadas de eficácia e efetividade como qualquer outra norma jurídica.

No direito constitucional os princípios assumiram estrutura e funções normativas próprias e diferenciadas em relação aos demais ramos do direito.

Nas constituições nem todas as normas possuem a mesma importância. A doutrina tradicional reconhece a existência de categorias principais no texto constitucional uma denominada de princípios e outra de regras. As regras possuem elementos para gerar direito subjetivo aos seus destinatários. Os princípios são dotados de alto grau de abstração e por essa razão não se vinculam diretamente a direitos subjetivos. Os princípios dão estrutura e unidade

ao sistema constitucional, determinando-lhe diretrizes fundamentais, irradiando seus efeitos a todas as normas constitucionais, influenciando sua interpretação e tornando inconstitucionais normas que estejam em desacordo.

Luís Roberto Barroso¹³, porém invocando Canotilho e Jorge Miranda entende como superado o entendimento de que existem normas e princípios, enquadrando todos na categoria de normas-princípios ou normas-disposição.

3. CLASSIFICAÇÃO

Os princípios são estudados por uma ciência própria denominada principiologia. A principiologia tem por finalidade definir, criticar e classificar os princípios, ou seja, efetuar sua sistematização racional.

Os princípios são classificados conforme sua abrangência em onivalentes, plurivalentes, monovalentes e setoriais. Tal classificação revela a existência de uma hierarquia entre os princípios a partir de sua maior ou menor abrangência. São onivalentes os princípios que são válidos a todas as ciências (princípios da identidade, da não-contradição, do terceiro excluído e da razão suficiente). Princípio da identidade: Uma idéia somente pode ser pensada como ela própria e não como outra qualquer. Princípio da não-contradição, segundo o qual duas proposições contraditórias não podem ser ao mesmo tempo verdadeiras ou falsas entre si. Princípio do terceiro excluído, segundo o qual se entre duas proposições uma é verdadeira a outra é necessariamente falsa, excluindo-se uma

(12) PONTES DE MIRANDA. Atualizador: Vilson Rodrigues Alves. **Sistema de ciência positiva do direito**. Campinas: Bookseller, 2000, v. 2, p. 260.

(13) BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

terceira posição. Princípio da razão suficiente: Nada existe sem uma causa. Plurivalentes são os princípios válidos a diversas ciências (princípio segundo o qual ninguém deve prejudicar a outrem). Monovalentes são os princípios válidos a apenas uma ciência (princípio da legalidade). Setoriais são os princípios que atingem diversos setores em que se ramificam as ciências (princípio da especialidade).

Não cabe ao direito definir e delimitar os princípios sobre os quais se funda, matéria que é afeta à filosofia jurídica, razão pela qual diversas outras classificações podem ser encontradas na doutrina.

Canotilho classifica os princípios como estruturantes (princípio democrático e princípio do Estado de Direito e dignidade da pessoa humana – segundo Rizzatto Nunes), gerais (princípio da legalidade), princípios constitucionais especiais (princípio do sufrágio universal Luís Roberto Barroso¹⁴ apresenta classificação diversa, para ele existem princípios:

- a) Princípios fundamentais (que contêm as decisões ideológicas e políticas estruturais do Estado). São princípios fundamentais do Estado brasileiro, entre outros fixados entre os artigos 1º a 4º da CF: Princípio Republicano (art. 1º *caput* CF). Princípio Federativo (art. 1º *caput* CF). Princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º *caput* CF). Princípio da Separação dos Poderes (art. 2º CF). Princípio Presidencialista (art. 76 CF). Princípio da Livre Iniciativa (art. 1º - IV). Princípio da Soberania (art. 1º-I CF). Princípio da Cidadania (art. 1º-II CF).

Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º-III CF). Princípio do Pluralismo Político (art. 1º-V).

- b) Princípios constitucionais gerais (especificam os princípios fundamentais), ou, na lição de Canotilho princípios-garantia. Exemplo, entre outros: Princípio da Legalidade (art. 5º-II CF). Princípio da Liberdade (art. 5º, II, IV, VI, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII). Princípio da Isonomia (art. 5º *caput* e inciso I). Princípio Autonomia estadual e municipal (art. 18). Princípio do acesso ao Judiciário (5º-XXXV). Princípio da Segurança Jurídica (art. 5º-XXXVI). Princípio do Juiz Natural (art. 5º-XXXVI e LIII). Princípio do Devido Processo Legal (5º-LIV).
- c) Princípios setoriais (referem-se a um conjunto específico de normas afetas a determinado tema – são detalhamentos de princípios gerais). Entre outros: Princípio da Legalidade Administrativa (art. 37 *caput*). Princípio da Impessoalidade (art. 37, *caput*). Princípio da Moralidade (art. 37, *caput*). Princípio da Publicidade (art. 37, *caput*). Princípio do Concurso Público (art. 37-II). Princípio da Prestação de contas (art. 70, parágrafo único). Princípio da Capacidade Contributiva (art. 145§1º). Princípio da Legalidade Orçamentária (art. 150-I). Princípio da Função Social da Propriedade (art. 170-III).

⁽¹⁴⁾ BARROSO. Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

Os princípios constitucionais também recebem por José Afonso da Silva a classificação de princípios jurídico-constitucionais e princípios político-constitucionais.

Os princípios político-constitucionais são indicadores de opções políticas e ideológicas adotadas pelo legislador constituinte, manifestam-se como normas fundamentais, para existência política da nação, positivadas em normas-princípios, sistematizadas em nosso direito constitucional nos artigos 1º a 4º da Constituição Federal.

Os princípios jurídicos-constitucionais organizam o sistema jurídico como um todo, são informadores da ordem jurídica nacional, e, muitas vezes, como lembra José Afonso da Silva¹⁵, constituem princípios derivados.

4. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO

A existência de lacunas na lei é reconhecida através de normas como as contidas no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, 126 do Código de Processo Civil e 3º do Código de Processo Penal. Nos casos de lacunas um dos instrumentos de integração é a aplicação de princípios gerais do direito. Os princípios gerais do direito são válidos, em sua maioria, a todas disciplinas jurídicas, não são normativos, mas descritivos e estão dentro do sistema jurídico. Os princípios gerais do direito são proposições de base que dominam os grandes sistemas jurídicos contemporâneos, por sua grande generalidade e capacidade de fornecer elementos para aplicação concreta nos casos de lacuna da lei.

Nos sistemas da família de direito romano-germânica, os juristas utilizam-se de princípios gerais, descobertos no próprio sistema, com a finalidade de subordinar o direito aos imperativos de justiça, quando localizadas lacunas na lei.

“A teoria das fontes de direito surge-nos definitivamente, nos países da família romano-germânica, como sendo, ao mesmo tempo, destinada e apta a realizar a concepção tradicional que nestes países deseja ver estabelecido o império do direito: o direito não poderia ser estabelecido *a priori* e residir exclusivamente nas regras de direito: a sua investigação é uma tarefa que deve ser realizada em comum por todos os juristas, movendo-se cada um numa esfera determinada e utilizando técnicas próprias, mas estando todos inspirados por um ideal comum, o de conseguir, para cada caso, a solução mais conforme ao comum sentimento de justiça, fundado numa conciliação de interesses de todas as ordens, dos particulares e da coletividade.¹⁶”

Eros Grau (segundo Ruy Samuel Espínola – ob. Citada), propõe a divisão de princípios positivos do direito e princípios gerais do direito. Princípios gerais seriam descritivos e não normativos, fazendo referência às grandes tendências do direito, embora Norberto Bobbio tenha reconhecido sua positivação e caráter normativo em grande parte dos casos. Os princípios positivos são aqueles resgatados no direito natural e positivados pelo legislador, ou

⁽¹⁵⁾ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

⁽¹⁶⁾ DAVID, René. Tradução: Hermínio A Carvalho **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

simplesmente descobertos dentro do sistema do direito positivo.

Para finalizar esse item de exposição do trabalho, é preciso arrematar com a seguinte colocação, que corrobora a normatividade dos princípios jurídicos aqui considerados: ambos, *princípios positivos do Direito e princípios gerais do direito*, encontram-se contemplados na enunciação do art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Os primeiros, no vocábulo “lei”, e os segundos, na locução que lhes designa o próprio enunciado.¹⁷

Os princípios constitucionais seriam princípios positivados. Os princípios gerais seriam os dotados de maior grau de abstração, irradiando seus efeitos a todo o sistema, conferindo-lhe legitimidade.

5. PRINCÍPIO E NORMA JURÍDICA

A teoria do direito foi alvo de grande avanço teórico que veio a superar as teorias positivistas de antítese até então admitida em relação ao jusnaturalismo.

O chamado pós-positivismo distinguiu a existência de normas jurídicas que são regras (onde há identificação de uma hipótese fática e a consequência jurídica de sua ocorrência) e de princípios (que não fazem descrição de hipóteses ou consequências, mas fixam um valor).

Os princípios se diferenciam das regras especialmente em face de seu maior grau de abstração. As regras jurídicas partindo da mais individual que atinge as partes no caso concreto (sentença), vão se tornando mais abstratas a tal

ponto que a norma desaparece em face dos princípios.

Mesmo os princípios possuem uma certa hierarquia ou ao menos uma escala de abstratividade, partindo dos princípios constitucionais especiais (menos abstratos), princípios constitucionais gerais e princípios estruturantes (de maior abstração).

Quando ocorre conflito entre normas, caracterizando um excesso normativo, deverá ser escolhida a norma que deverá ser afastada, com base em critérios existentes no próprio sistema. Quando o conflito ocorre entre princípios há uma compatibilização entre eles através da aplicação de um princípio dos princípios, isto é, o princípio da proporcionalidade.

As normas jurídicas possuem estrutura lógica composta de tipificação de um fato e qualificação prescritiva, amparada pela consequência atribuída pela norma.

Os princípios ao contrário, são dotados de dimensão ética e política, não se vinculam a um fato específico, mas devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo legislador constituinte de determinado valor que deve ser levado em consideração na solução de casos concretos.

De qualquer forma não existem dúvidas quanto ao caráter normativo dos princípios.

A normatividade dos princípios passou por três fases distintas: - jusnaturalista, positivadas, e pós-positivista. Para os jusnaturalistas os princípios estariam em uma esfera abstratas e metafísica, como inspiradores de um ideal de justiça, ou seja uma dimensão ético-valorativa do direito, que limitaria sua eficácia excluindo ou diminuindo a um mínimo sua normatividade.

⁽¹⁷⁾ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: RT, 1999, p. 54.

Os positivistas aceitam os princípios como derivados da lei, como deduzidos dos textos legais, com a função subsidiária de integrar o direito, retirada assim qualquer normatividade. Por fim, os princípios para os pós-positivistas reconhecem nos princípios normas destinadas a compatibilização da ordem jurídica.

6. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O sistema jurídico mantém-se em harmonia através da existência de hierarquia segundo a qual a validade das normas está amparada em outras, que buscam sua própria validade em princípios e estes em princípios hierarquicamente superiores.

Dessa hierarquia percebemos que os princípios constitucionais mais importantes fixam as diretrizes de todas as demais normas, inclusive as constitucionais.

Os princípios constitucionais são o ponto mais importante do sistema normativo, atuam como vigas-mestras, bases sobre os quais se o sistema jurídico se ergue. Todo o sistema, ou seja, até mesmo o sistema constitucional cuja interpretação é influenciada pelos próprios princípios constitucionais.

Geraldo Ataliba invocando as lições de Agustín Gordillo esclarece:

“o princípio é ao mesmo tempo norma e diretriz do sistema informando-o visceralmente.”¹⁸

Os princípios constitucionais vinculam os atos de todos os Poderes da República, funcionando como ápice do sistema. Por essa razão, segundo Celso Ribeiro Bastos, não são

simples regras de conduta, mas comportam valores que deverão servir de parâmetro para futuras normas. São vigas mestras do texto constitucional e apresentam-se de forma concreta nas normas fixadas na própria Constituição e em leis infra-constitucionais que devem guardar compatibilidade com os princípios.

7. A FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Princípios são normas de caráter generalíssimo dentro do sistema, ou na lição de Canotilho multifuncionais, dotados de diversas funções, segundo a doutrina: a) Função fundamentadora. b) Função orientadora da interpretação. c) Função informadora. d) Função normativa. e) Função Construtora. f) Função Integrativa. g) Função De qualificar juridicamente a realidade de forma a atribuir-lhe valor. h) De revogar as normas anteriores e invalidar as posteriores que lhes sejam incompatíveis. i) Fonte de legitimação das decisões.

As principais funções dos princípios constitucionais são:

Função Fundamentadora

O princípio exerce a função de fundamentar a ordem jurídica, vinculando todas as normas e relações decorrentes, pois constitui sua origem de validade, a partir de onde o legislador, inclusive o constituinte, normatizou a realidade social. Em outras palavras os princípios são as idéias básicas que servem de fundamento ao direito positivo, como que a base

⁽¹⁸⁾ ATALIBA, Geraldo. Atualização: Rosolea Miranda Folgosi. **República e constituição**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 33.

de um edifício que uma vez desmanchada implica em ruína de todo conjunto do “prédio normativo”.

Na qualidade de fundamento do sistema os princípios atuam como a norma das normas, a fonte das fontes, a viga mestra do sistema que garante a legitimidade e constitucionalidade das regras de uma constituição. As normas que se contraponham aos princípios constitucionais perdem sua eficácia.

Na Constituição de 1988, os artigos 1º a 4º tratam dos “princípios fundamentais”, funcionando como base de toda a ordem jurídica. Esses princípios fundamentais constituem o que Canotilho denomina de núcleo fundamental da constituição dirigente.

Função orientadora da interpretação

O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.¹⁹

Do ponto de vista prático a principal função dos princípios é a de servir como

orientadora da interpretação das normas. Se as leis são fundamentadas nos princípios, de onde tiram sua validade, como acima exposto, necessário reconhecer que somente será possível uma interpretação legítima se de acordo com eles.

8. BIBLIOGRAFIA

ATALIBA, Geraldo. Atualização: Rosalea Miranda Folgosi. **República e constituição**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3ª Ed. São Paulo: IBDC e Celso Bastos Editor, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4ª Ed. Coimbra: Almedina.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 3ª Ed. São Paulo : RT, 1991

COOLEY, Thomas M. **Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América**. 1ª Ed. Campinas: Russell, 2002.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Direito processual constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

⁽¹⁹⁾ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 147.

DAVID, René. Tradução: Hermínio A Carvalho. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: RT, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. 2ª Ed. São Paulo: IBDC e Celso Bastos Editor, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 3ª Ed. São Paulo: IBDC e Celso Bastos Editor, 2003.

PONTES DE MIRANDA. Atualizador: Vilson Rodrigues Alves. **Sistema de ciência positiva do direito**. Campinas: Bookseller, 2000, v. 2.

ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional – princípios constitucionais no processo civil**. 3ª Ed. São Paulo: RT, 1999.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva,.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição**. 5ª Ed. São Paulo: RT, 1999.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

RAÓ, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5ª Ed. São Paulo: RT, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DO DIREITO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Limites e aplicações no processo civil, penal e administrativo

Fernanda Campos FRANCO*

I. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem a finalidade de abordar o princípio do contraditório e ampla defesa, insculpido no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, inserido dentro do Título “Dos direitos e garantias fundamentais” – o que demonstra a sua importância dentro do ordenamento jurídico pátrio –, e tecer breves considerações quanto os seus limites e aplicações no processo civil, penal e administrativo.

Vejamus *in verbis* o texto constitucional onde consta, expressamente, o objeto deste estudo:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LV - 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.

II. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A garantia dos direitos individuais, dentre eles o direito ao contraditório e ampla defesa, é um dos elementos formadores de um Estado de Direito – que, necessariamente, nasce da combinação e respeito à supremacia da

^(*) Advogada atuante na área em que se formou especialista, Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito da PUC-Campinas, mestranda em Direito Processual Civil pela mesma instituição de ensino.

Constituição, separação dos Poderes, superioridade da lei e garantia dos direitos individuais – previstos no artigo 5º da nossa Constituição Federal, os quais, somados aos outros gêneros de direitos e garantias¹ (direitos coletivos, sociais, nacionalidade, políticos e os relativos aos partidos políticos), são denominados de direitos fundamentais, aqueles que sustentam o Estado Social e Democrático de Direito em que vivemos.

Ressaltamos a propósito que, o Brasil optou em ser um Estado Social e Democrático de Direito em razão de ter defendido a democracia, como seu regime de governo, a república, como sua forma de governo, e a ensinar o desenvolvimento e realização de justiça social.

“Assim o respeito aos direitos dos indivíduos passa a ser um dos fins do Estado, torna-se de interesse público²”, segundo Carlos Ari Sundfeld, ao concluir um dos tópicos de sua excelente obra, dando início às noções sobre direito subjetivo público – que nada mais é que a antiga noção de direito subjetivo, só que considerado também fora das relações entre particulares em face do próprio Estado, como por exemplo: o direito ao contraditório do litigante, em processo judicial ou administrativo, que o Estado está obrigado a acatar e a garantir.

III. CONSIDERAÇÕES ESSENCIAIS SOBRE PRINCÍPIOS

Ensina-nos o brilhante jurista Miguel Reale, preliminarmente, que, “toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica na existência de princípios, isto é, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber³”.

Os princípios, segundo nos esclarece Carlos Ari Sundfeld, “são idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmônico, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se⁴”.

Pois bem, buscamos o significado de princípios, no sentido jurídico – notadamente no plural – como sendo “o conjunto de regras ou preceitos que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em uma operação jurídica” (...) “mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas”. “Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio direito⁵”.

Assim, resta revelada a imensa importância dos princípios no sistema jurídico, pois, constituem-se em fontes basilares de todos os

(1) Nesse sentido, explica MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas. 2002, p. 43. “A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II os *direitos e garantias fundamentais*, subdividindo-os em cinco capítulos: *direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos*.” Ressaltando que direitos individuais e coletivos “correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como, por exemplo: vida, dignidade, honra, liberdade. Basicamente, a Constituição de 1988 os prevê no art. 5º...”

(2) SUNDFELD, Carlos Ari. *Os fundamentos do Direito Público*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.48.

(3) REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 305.

(4) SUNDFELD, Carlos Ari. *Os fundamentos...* op. cit., p.133.

(5) DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 447, v. II.

ramos do direito, influenciando tanto em sua formação como em sua aplicação, de maneira a concluir que, ao se ferir uma norma, estar-se-á ferindo diretamente um princípio daquele sistema.

E sendo os princípios, assim como as regras, parte integrante de um ordenamento jurídico, cabe ao cientista do direito, identificar quais os princípios que ordenam um sistema jurídico, pois sem isso não poderá trabalhar, e, mais do que isso, deve conhecer e estudar detalhadamente os princípios para aplicá-los corretamente. Isto porque os princípios também têm muita valia no suprimento das lacunas da lei, no caso de o operador do direito não localizar uma regra expressa no ordenamento jurídico para aplicá-la a um caso concreto.

Todavia, vale lembrar que regras e princípios não se encontram lado a lado, hierarquicamente, dentro do nosso ordenamento jurídico, o “princípio jurídico é norma de hierarquia superior à das regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico⁶”.

IV. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

IV.1 - Considerações gerais

Da mesma forma que uma ação dá ensejo a uma reação, a cada direito de ação há o seu

respectivo direito de defesa. Quando o autor de uma pretensão utiliza-se do direito de ação, sempre haverá, em contrapartida, o direito de defesa da parte contrária, do réu, de modo que, a não participação deste no pólo da relação processual, não permite o prosseguimento do processo, pois não há formação da tripolarização da relação jurídica: autor-juiz-réu.

Assim, como o acesso à justiça ou, mais propriamente, acesso à ordem jurídica justa, significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado, significa também proporcionar da mesma forma, o *devido processo constitucional*, o qual deverá ser instituído pelo legislador constitucional, que deverá elaborar um *modelo processual* onde estejam pré-determinados os princípios e garantias essenciais ao método utilizado pela jurisdição para solução de conflitos.⁷ Os princípios constitucionais do processo brasileiro que formam o conjunto de garantias necessárias ao que o notável professor Barbosa Moreira denominou de “processo civilizado” são: imparcialidade do juiz, publicidade da audiência, necessidade de motivação das decisões, contraditório e direito à prova⁸.

Trata-se, pois, do direito ao contraditório e ampla defesa, garantias constitucionais que visam assegurar “as mesmas oportunidades (contraditório) para as partes e os mesmos instrumentos processuais (ampla defesa) para que possam fazer valer em juízo os seus direitos⁹”. O professor Nelson Nery acrescenta

⁽⁶⁾ SUNDFELD, Carlos Ari. *Os fundamentos...* op. cit., p. 136.

⁽⁷⁾ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Garantia da amplitude de produção probatória”, in *Garantias constitucionais do Processo Civil* sob coordenação de José Rogério Cruz e Tucci. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p.158.

⁽⁸⁾ Idem.

⁽⁹⁾ NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.93.

sobre o tema que o princípio do contraditório não só abrange as garantias processuais, mais também o respeito, dentro do processo, aos direitos fundamentais de cidadania, religião, liberdade sexual, etc¹⁰.

Assim, o princípio do contraditório ao garantir a igualdade de condições e oportunidades às partes no processo, implica no que os processualistas denominaram de *par conditio* (igualdade entre as partes)¹¹.

Destaca, a professora Ada Pellegrini Grinover, relativamente às diferenças entre as garantias ora comentadas, que “a ampla defesa constitui fundamento lógico do contraditório”¹², motivo pelo qual se deduz que o princípio do contraditório é resultado da combinação entre o princípio da ampla defesa e o da igualdade das partes.

Ora, como pretendem as partes, tanto na esfera judicial como na administrativa, demonstrar a verdade dos fatos controvertidos, através do contraditório, ampla defesa e participação no processo de formação do convencimento do juiz ou autoridade coatora, necessário destacar o direito à produção de provas das partes.

Destacou José Roberto dos Santos Bedaque, de maneira sucinta e inteligente, que: “contraditório efetivo e defesa ampla compreendem o poder conferido à parte, de se valer de todos os meios de prova possíveis e adequados

à reconstrução dos fatos constitutivos, impeditivos ou extintivos do direito afirmado¹³”.

Ressalva, contudo, Alexandre de Moraes em sua bela obra sobre Direitos Humanos Fundamentais que “os meios colocados à disposição do direito para obtenção de provas devem sempre respeitar a dignidade humana, sob pena de ilicitude da prova obtida¹⁴”.

Isto porque também consta do artigo 5º da nossa Constituição Federal (das garantias fundamentais), em seu inciso LVI, a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meio ilícitos.

Todavia, em face da relatividade dos direitos e garantias fundamentais – pois nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras e princípios também constitucionais –, “a doutrina se manifesta de forma bastante controvertida a respeito, havendo opiniões, por exemplo no sentido de admitir-se a prova obtida ilicitamente como prova válida e eficaz no processo civil, sem nenhuma ressalva¹⁵”.

Explica-nos a professora Susy Gomes Hoffmann, através de seus profundos estudos sobre *provas*, desenvolvidos durante o doutorado realizado e do qual resultou na citada obra (fruto de sua tese aprovada com louvor), que: “a proposição da doutrina quanto a tese intermediária é a que mais se coaduna com o que se denomina modernamente de *princípio da proporcionalidade*

(10) Cf. GOTTAWALD, Rosenberg-Schwab *Apud* NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de...* op. cit., p. 93.

(11) Cf. FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves *Apud* CASTRO, Cláudio Henrique. *Breves anotações sobre o Direito ao Contraditório*: Revista de Processo n. 85, p. 312.

(12) GRINOVER, Ada Pellegrini *Apud* NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de...* op. cit., p. 93.

(13) BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Garantia da amplitude de produção probatória”, in *Garantias constitucionais...* op. cit., p.168.

(14) MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos...* op. cit., p. 63.

(15) HOFFMANN, Susy Gomes. *Teoria da Prova no Direito Tributário*. Editora Copola: São Paulo. 1999. p. 146.

(*Verhältnismässigkeitsmaxime*), devendo prevalecer, destarte, sobre as radicais¹⁶”.

O fato é que o princípio da proporcionalidade encontra-se em voga atualmente em razão da crescente valoração da efetividade do processo, afinal é ele o instrumento estatal de pacificação das controvérsias. Essa temática, pois, tem sido objeto de muitos estudos pelos doutrinadores de modo geral – afinal a todos interessa a eficácia e celeridade processual – assim como fez Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, ao tecer suas considerações, certamente após muita reflexão sobre o assunto: “conquanto se possa afirmar ‘a priori’ tenha o legislador estabelecido uma relação específica de prevalência do direito fundamental à efetividade do processo sobre o da segurança jurídica, mesmo assim hipóteses haverá em que o juiz haverá de ponderar, em face das circunstâncias específicas do caso em concreto, a melhor maneira de harmonizar eventualmente o conflito axiológico entre a garantia de acesso à jurisdição (art. 5º, XXXVI, da Constituição) e a garantia do contraditório e ampla defesa (art.5º., LV, da Constituição)¹⁷”.

Aliás, essa integração do juiz no processo, principalmente em relação à produção da prova, dá-se em razão de ser também sujeito interessado no contraditório efetivo e na justiça

das decisões, podendo determinar as provas necessárias para o seu convencimento, contribuindo muitas vezes para afastar eventuais desigualdades entre os litigantes¹⁸.

É por isso que, muitas vezes, o conflito deve ser equacionado pela aplicação do princípio da proporcionalidade – que consiste em assegurar a eficácia de direitos e dar proteção aos interesses deles decorrentes –, mediante ponderação dos valores e equilíbrio dos interesses em jogo no caso concreto.

Como reflexo do presente estudo, observamos a breve análise de dois outros princípios, decorrentes do contraditório e ampla defesa: o da colaboração ou cooperação e o da adaptação.

O princípio da colaboração deriva do fato das partes terem, hoje, consciência que devem colaborar com a realização da tutela jurisdicional, na medida em que se manifestam nos autos, de todos os atos processuais nele produzidos, principalmente reforçando ou refutando as provas produzidas, conduzindo o magistrado na solução do conflito, mostrando o direito a ser tutelado – a contrário e afastando o antigo brocardo “da mihi factum, dabo tibi ius” (dai-me o fato que lhe darei o direito)¹⁹.

⁽¹⁶⁾ Ibid p. 147. Tendo destacado que nesse sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Processo civil e direito à preservação da intimidade*, in “Temas de Direito Processual”. 2ª. Série, São Paulo, 1980, p. 3 - 20.

⁽¹⁷⁾ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. “Garantia do Contraditório”, in *Garantias constitucionais do Processo Civil* sob coordenação de José Rogério Cruz e Tucci. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p.147.

⁽¹⁸⁾ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Garantia da amplitude de produção probatória”, in *Garantias constitucionais...* op. cit., p.172. E destaca, na seqüência, sobre o tema que “O processo deve ser dotado de meios para promover a igualdade entre as partes (...) A real igualdade das partes no processo é valor a ser observado sempre, ainda que possa conflitar com outro princípio processual (...) Não se pode aceitar que, em razão da hipossuficiência de um dos litigantes, seja proferida uma decisão injusta que não corresponda à realidade fática submetida a julgamento”.

⁽¹⁹⁾ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. “Garantia do Contraditório”, in *Garantias...* op. cit., p.142.

Este princípio também conhecido como da cooperação evita, inclusive, surpresas e consequências negativas aos litigantes (pois se torna mais difícil do juiz decidir apoiando-se sobre ponto do qual as partes não se manifestaram), homenageando o princípio do contraditório e, conseqüentemente, a efetividade do processo (que passa ser mais eficaz e rápido).

Quanto ao princípio da adaptação, o mesmo tem sido utilizado, principalmente pelos aplicadores do direito, para permitir que se adie o contraditório para um momento posterior (jamais negar tal garantia), na justa medida em que o provimento judicial faz-se necessário antes da formação do contraditório (quando emitido *inaudita altera pars*), seja meio idôneo para atingir a finalidade a que se propõe, sempre em consonância com a lei e com os pressupostos nela estabelecidos. É o exemplo do deferimento, liminarmente, de tutela antecipada requerida pelo autor, quando presente uma das hipóteses do artigo 273 do CPC, antes da citação do réu; e, uma vez sendo legal a liminar concedida, não há que se falar em ofensa a contraditório e ampla defesa.

IV.2. Origem do princípio do contraditório e ampla defesa

Segundo nos ensina Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, através do artigo publicado

sob o título “Garantia do Contraditório”, o princípio do contraditório nasce com a concepção da ação como voluntária submissão da controvérsia à decisão de uma autoridade superior, que por sua vez, nada podia fazer contra o adversário resistente em comparecer em juízo – o juiz romano era incapaz de promover o julgamento contra quem voluntariamente não comparecesse em juízo. No direito germânico, contra o demandado rebelde, o Estado embargava os seus bens como garantia do seu comparecimento²⁰.

Confirma, através da passagem sobre a evolução histórica dos direitos humanos fundamentais, Alexandre de Moraes que: “foi o Direito romano quem estabeleceu um complexo mecanismo de interditos visando tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais. A *Lei das doze tábuas* pode ser considerada a origem dos textos escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão²¹”.

Quanto o Pretor²² introduziu medidas de coerção para aqueles que não compareciam em juízo, poderia desta sorte o Tribunal promover atos processuais e julgar uma causa na ausência do demandado, desde que este tivesse sido previamente cientificado e cumpridas as formalidades estabelecidas em lei – mudanças estas ocorridas após longo período de debates a fim de superar a antiga concepção, ocorrida durante direito romano pós-clássico.

⁽²⁰⁾ Ibid p.133.

⁽²¹⁾ MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos...* op. cit., p. 25.

⁽²²⁾ PRETOR. Do latim *praetor* (chefe), originariamente, era a denominação dada, em Roma, ao magistrado, eleito pelas centúrias, para administrar a justiça: DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário...* op. cit., p. 443.

Na Europa, o processo sofreu influência das idéias de Aristóteles²³ e passou a exigir de maneira intrínseca uma paritária e recíproca regulamentação do diálogo judiciário, de modo que, passaram-a compor o processo, os procedimentos argumentativos de colaboração das partes numa situação controvertida, na investigação da verdade (em contraposição a situação em que só faziam parte do processo os procedimentos demonstrativos). Tratava-se de uma mudança introduzida pela lógica de Pierre de la Ramée (séc XVI), que incorporou ao direito métodos próprios da ciência da natureza em busca da verdade menos provável com aspirações de certeza²⁴.

A partir do século XVII, com a estatização do processo, o soberano, o príncipe passou a ter o monopólio de legislar em matéria processual, embora, com o tempo, tenha sido influenciado pelas idéias do iluminismo²⁵ e sofrido as interferências produzidas pela Revolução Francesa²⁶.

A concepção do contraditório perdeu, pois, sua originária finalidade como mecanismo de investigação da “verdade” (*natürliche rechtsgrundsätze*), tornando-se um princípio externo e puramente formal, pois, uma vez

satisfeita a ocorrência da chamada audiência bilateral – ocasião na qual era assegurada à outra parte a devida oportunidade de ser ouvida – satisfeito o contraditório.

“O forte desenvolvimento das declarações de direitos humanos fundamentais (como o direito a ampla defesa, por exemplo) deu-se, porém, a partir do terceiro quarto do século XVIII até meados do século XX (com destaque a *Carta Charta Libertatum*, outorgada em 15 de junho de 1215 na Inglaterra, pioneira na declaração dos direitos humanos fundamentais, e da *Constituição dos Estados Unidos da América* e suas primeiras emendas aprovadas em 25 de setembro de 1789, que finalmente pretenderam limitar o poder estatal, estabelecendo a separação dos poderes estatais e diversos direitos humanos fundamentais: *liberdade religiosa; inviolabilidade de domicílio; devido processo legal; ampla defesa*, etc)²⁷”.

Durante o processo liberal dominante no século XIX, por sua vez, o órgão judicial passou a ocupar um papel puramente passivo, eis que as suas funções passaram a verificar e assegurar o atendimento às formalidades processuais, embora tenha, no transcurso do

(23) Buscamos relembrar de que “Aristóteles (384-322a.c.), discípulo de Platão, logo se torna crítico do mestre, elaborando uma filosofia original (...) a sua política era de certa forma *descritiva*; mas dentro das características clássicas do pensamento político grego, é também *normativa*, pois ao proceder à críticas dos sistemas, define o Estado ideal (...) para Aristóteles o princípio que rege a ação dos cidadãos, é a expressão política da ordem natural (...) para ele, o Estado deve zelar pelo ideal de uma vida humana perfeita”: ARANHA, Maria Lúcia de Arruda, MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando Introdução à filosofia*. 1ª ed. São Paulo: Moderna. 1986. p. 224.

(24) OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. “Garantia do Contraditório”, in *Garantias constitucionais do Processo Civil* sob coordenação de José Rogério Cruz e Tucci. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p.134.

(25) Iluminismo foi o “movimento racionalista do século XVII (Kant e os enciclopedistas franceses) e que consiste na crença no poder da razão de reorganizar o mundo humano”: ARANHA, Maria Lúcia de Arruda, MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando...* op. cit., p.428.

(26) OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. “Garantia do Contraditório”, in *Garantias...* op. cit., p.134.

(27) MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos...* op. cit., p. 25.

século seguinte, havido a revitalização do ativismo judicial e da problemática do direito, como anseio social em busca de efetividade²⁸.

A busca de uma justiça mais acessível e efetiva tem marcado, pois, as mudanças ocorridas em muitos sistemas legais neste século, com o fim de integrar os direitos e garantias individuais com os de caráter social, recuperando-se, assim, o valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, fruto da colaboração e cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes. De modo que o escopo principal do princípio do contraditório, com o passar dos tempos, deixou de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à atuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo de direito, de incidir ativamente no desenvolvimento e no êxito do processo.

IV.3. Previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro

O princípio do contraditório, historicamente, encontra-se previsto nos textos constitucionais, embora não expressamente relativamente aos processos civil e administrativo, apenas em relação ao processo penal, estando presente nas Constituições de 1824 (art. 179, XI e XVII), de 1891 (art. 72, §§ 15, 16 e 23), 1934 (art. 113, XXIV, XXVI), de 1946 (art. 141, §§ 25 a 27), de 1967 (art. 150, §§ 15 e 16), Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (art. 153, §§ 15 e 16).

Segundo José Roberto dos Santos Bedaque, “a constituição procura estabelecer, pois, o processo justo, ou seja, o instrumento que a sociedade politicamente organizada entende necessário para assegurar adequada via de acesso à solução jurisdicional dos litígios”. E continua, “exatamente por isso que o sistema processual deve ser construído a partir de regras constitucionais em que estão consubstanciados seus princípios fundamentais²⁹”.

Pois bem, foi através do poder constituinte, eleito pelo povo, que foi elaborada e promulgada a Constituição Federal de 1988, onde constou expressamente o reconhecimento a todos os litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o direito ao contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV).

IV.4. Exemplo de influência no processo civil

O Código de Processo Civil traz o direito de defesa em sua forma mais abrangente, não significando a contestação propriamente dita (CPC, arts. 297 e ss), mas uma permissão ao réu de manifestar-se, de responder ao chamado do processo. Então, o réu utiliza um dos três tipos de defesa ou todos eles, quando possível, ou seja, a contestação, a reconvenção e a exceção, ou ainda realizar nomeação à autoria (art. 64), denúncia da lide (art. 71), chamamento ao processo (art. 78), ou impugnação do valor da causa (art. 261).

⁽²⁸⁾ A efetividade do processo tem sido objeto de estudos pela doutrina de muitos países estrangeiros. Tanto é que a atual doutrina alemã do direito processual civil tem se posicionado contrária a rigidez do princípio da busca da verdade real, “de modo que devem ser impostas algumas restrições à obtenção da prova, a fim de que sejam respeitados os direitos personalíssimos e os direitos fundamentais” HOFFMANN, Susy Gomes. *Teoria da Prova...* op. cit., p. 148.

⁽²⁹⁾ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantia da Amplitude de Produção Probatória*, artigo in *Garantias...* op. cit., p. 154.

Há inúmeras situações previstas no CPC que garantem direito ao contraditório e ampla defesa nos processos de conhecimento, execução e cautelar e nos especiais de jurisdição voluntária, como por exemplo, antes mesmo da formação propriamente dita do contraditório, no caso de deferimento de tutela antecipada, liminarmente, “inaudita altera pars”, quando a parte contrária pode defender-se de imediato interpondo agravo de instrumento (art. 522), ou, no caso da parte ou terceiro sofrer constrição de um bem, em razão de execução judicial, defende-se através da interposição de embargos à execução, à penhora ou de terceiro, conforme o caso (art. 736).

Sobre o princípio do contraditório e ampla defesa, objeto do presente estudo, seguem exemplos dentre os milhares casos existentes na jurisprudência de nossos Tribunais, evidenciando a sua influência no processo civil:

“Julgamento antecipado da lide (CPC 330). Estando a causa madura para decisão sobre o mérito, pode o juiz julgar antecipadamente a lide, pois as partes já haverão tido oportunidade de defender-se. O julgamento antecipado da lide também não contraria o princípio quando se tratar de matéria de direito que independa de outras provas a serem produzidas em audiência (JTACivSP 118/171). Do contrário haverá cerceamento de defesa por ofensa ao princípio do contraditório.

Curador especial na execução. Muitos embora não se possa falar tecnicamente em revelia no processo de execução, ao devedor citado fictamente que não comparece ao processo deve ser nomeado curador especial para defen-

dê-lo, podendo, inclusive, opor embargos o devedor, que são um misto de ação e defesa (RTJ 120/1276; JSTF 155/154; RT 598/137; RJTJSP 98/101; JTACivSP 88/347, 62/30, 59/23, 51/87; RJTAMG 23/107)³⁰”.

IV.5. Exemplo de influência no processo administrativo

Como o direito ao contraditório e a ampla defesa é garantia do litigante em processo administrativo, não há que se aceitar qualquer imposição que seja feita em detrimento desses fundamentos. Assim, mostra-se arbitrário e ilegal condicionar-se, por exemplo, a admissibilidade do recurso administrativo ao depósito mínimo de 30% do valor do crédito tributário questionado – tornando-se, a exigência trazida pela Medida Provisória 1621-30, nitidamente inconstitucional, uma vez que trás um ônus a uma das partes do processo, desequilibrando as possibilidades de defesa atribuídas a ambos os pólos; afinal, imagine-se que o réu não tenha condições financeiras de efetuar tal depósito, ficará impossibilitado de recorrer, o conseqüentemente obstado o exercício do direito ao duplo grau de jurisdição, o que é contra os direitos individuais e garantias constitucionalmente previstas em nosso ordenamento jurídico.

Seguem exemplos dentre os milhares casos existentes na jurisprudência de nossos Tribunais, evidenciando a sua influência também no processo administrativo:

“Processo administrativo. No processo administrativo, instaurado para que o acusado seja punido com demissão a bem do serviço público, deve ser-lhe garantida a ampla defesa, com vista dos autos e

⁽³⁰⁾ *Apud* NERY JÚNIOR, Nelson. *Código...* op. cit., p. 95.

intimação para os atos processuais, para que possa produzir sua defesa, constitucionalmente garantida” (STF, MS 22921-1-SP, rel. Ministro Marco Aurélio, j. 26.8.1997, DJU 2.9.197, p.41078)³¹.

“Procedimentos administrativos e devido processo legal. O processo administrativo não se submete aos rigores do processo judicial, sendo suficientes que seja obedecido o devido processo legal, assegurada a ampla defesa e o contraditório (STF, 5ª T. – RMS no. 1.911-1/PR, rel. Ministro Jesus Costa e Lima – *Ementário STJ*, 08/055)³².

IV.6. Exemplo de influência no processo penal

A defesa é um direito do acusado, decorrente da presunção de inocência, e está expresso no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Na esfera do processo penal, consideram-se meios inerentes à ampla defesa: a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contra-prova; d) ter defesa técnica por advogado, cuja função, aliás, agora, é essencial à Administração da Justiça; e e) poder recorrer da decisão desfavorável.

Exemplo concreto dessa garantia constitucional está na possibilidade da falta de defesa técnica ao anular um processo, conforme se observa dos seguintes exemplos dentre os inúmeros casos existentes na jurisprudência de

nossos Tribunais, evidenciando a influência do princípio do contraditório e ampla defesa no processo penal:

“Defesa técnica insuficiente. A presença formal de um defensor dativo, sem que a ela corresponda a existência efetiva de defesa substancial, nada significa no plano do processo penal e no domínio tutelar das liberdades públicas³³ (STF, 1ª T. – HC no. 68.926/MG, rel. Ministro Celso de Melo – *Diário da Justiça*. Seção I, 28.08.1992, p.13.453).

“Prova emprestada. Desde que reconhecida sua existência por sentença transitada em julgado (CC 136 III), a prova emprestada é válida e eficaz se produzida entre as mesmas partes do processo originário e do destinatário, em obediência ao princípio do contraditório (RT 673/146, 614/69). Prova penal por meio de escuta telefônica determinada pelo juiz criminal (CF 5º XII) pode ser utilizada como prova emprestada no processo civil³⁴.

V. CONCLUSÕES

Dos princípios que consagram o Estado de direito deduz-se, portanto, a exigência de um procedimento justo – mesmas condições e instrumentos para as partes fazerem valer em juízo os seus direitos, em atenção ao princípio da ampla defesa – e adequado de acesso ao direito e de realização do direito – mesmas oportu-

⁽³¹⁾ *Apud* NERY JÚNIOR, Nelson. *Código...* op. cit., p. 95.

⁽³²⁾ *Apud* MORAES, Alexandre. *Direitos...* op. cit., p. 259.

⁽³³⁾ *Apud* MORAES, Alexandre. *Direitos...* op. cit., p. 258.

⁽³⁴⁾ *Apud* NERY JÚNIOR, Nelson. *Código...* op. cit., p. 95.

nidades para as partes se manifestarem dos atos processuais em cumprimento do princípio do contraditório. Isto porque, como a realização do direito é determinada pela conformação jurídica do procedimento e do processo, a Constituição contém princípios e normas designados por garantias gerais de procedimento e de processo³⁵.

Ocorre que, como vimos no presente estudo, em razão da atual busca da efetividade do processo, de meios mais eficazes e rápidos para assegurar a tutela jurisdicional, em contrapartida à morosidade a que os processos estão hoje submetidos, faz-se necessário buscar também um ponto de equilíbrio entre a questão da efetividade e o respeito aos princípios e garantias constitucionais, visto que ambos são verdadeira e igualmente importantes para que o Estado, através do Poder Judiciário, cumpra o seu dever de solucionar os conflitos sociais, qualitativamente.

Afinal de nada adianta assegurar o acesso à justiça, através do direito de ação (*direito ao processo*), se não for garantida a absoluta regularidade deste (*direito no processo*), atenção ao *princípio do devido processo legal*, “de sorte que ninguém seja privado de seus direitos (como o direito ao contraditório e ampla defesa), a não ser que no procedimento em que este se materializa se constatarem todas as formalidades e exigências em lei previstas³⁶”.

VI. BIBLIOGRAFIA

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda, MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando Introdução à filosofia*. 1ª ed. São Paulo: Moderna. 1986.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Almedina. 1997.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantias constitucionais do Processo Civil*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

CASTRO, Cláudio Henrique. *Breves anotações sobre o Direito ao Contraditório*: Revista de Processo n. 85.

HOFFMANN, Susy Gomes. *Teoria da Prova no Direito Tributário*. Editora Copola: São Paulo. 1999.

MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas. 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Os fundamentos do Direito Público*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

(35) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Almedina. 1997.p. 272. Interessante ressaltar que o autor, ao tratar das garantias de processo, o faz em tópicos separados, as garantias de processo judicial, de processo penal e administrativo, do que se extrai que só no processo penal, no ordenamento jurídico português, o princípio do contraditório é um dos “importantes princípios materialmente informadores do processo penal”, posto que, ao tratar do processo judicial e do administrativo elenca outros que não o princípio do contraditório.

(36) CRUZ E TUCCI, José Rogério. “Garantia do Processo sem dilações indevidas”, in *Garantias...* op. cit., p.259-260.

Editoração: Beccari Propaganda e Marketing

Rua Pedro Álvares Cabral, 183 - Campinas - S.P. - Fone Fax (19) 3255-6311

beccaripropag@uol.com.br

Impresso por: Gráfica e Editora Tecla Tipo Ltda. - Fone: (19) 3216-5566

gtt@teclatipo.com.br

