

ISSN 0103-5622

Revista Jurídica



Volume 20 - Número 1 - 2004

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS

GRÃO-CHANCELER

Dom Gilberto Pereira Lopes

MAGNÍFICO REITOR

Prof. Pe. José Benedito de Almeida David

VICE-REITOR

Prof. Pe. Wilson Denadai

Pró-Reitoria de Graduação

Prof. Marco Antonio Carnio

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

E-mail: pos.direito@puc-campinas.edu.br

ISSN 0103-5622

Revista Jurídica

Revista Jurídica	Campinas	v. 20	Nº 1	p. 1-76	2004
------------------	----------	-------	------	---------	------

Sumário

ARTIGOS

"Revisitação dos Institutos da Jurisdição e da Ação"

João Francisco Regis de Moraes, João Batista Lopes e Luis Fernando Lobão Moraes 5

Plenitude de Defesa no Processo Cautelar

Adriana Jesus Guilhen 19

Responsabilidade Civil Do Ministério Público

Wiliam Sebastião Bedone 27

Poder Geral de Cautela

Peter Panutto 35

Brasil: ALCA e OMC

Agostinho Toffoli Tavoraro 39

Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e a Obrigatoriedade do Trabalho Prisional

João José Leal 43

Seqüestro Constitucional

Ricardo Bojikian Giglio 53

Globalização e Justiça

José Palmácio Saraiva 63

Resenha 69

“REVISITAÇÃO DOS INSTITUTOS DA JURISDIÇÃO E DA AÇÃO”

João Francisco Regis de MORAIS

João Batista LOPES

Luis Fernando Lobão MORAIS

INTRODUÇÃO

Como cremos ser claro para todos, o Código de Processo Civil (CPC) não deve e não pode ser tomado como algo isolado e existente por si mesmo. Nascido de exigências socioculturais e voltado para o atendimento destas, é, o referido código, algo que só pode ser estudado, avaliado e compreendido mediante devida contextualização.

O cientista Albert Einstein afirmava, ao longo de sua obra, que a menor coisa que queiramos estudar, por assim dizer o menor fragmento de realidade, deve partir da noção segundo a qual o universo constitui um campo de forças constituído por uma imensidão de sistemas de forças integrados; e que no imenso campo de forças unívoco, o âmbito social de nosso planeta, em seu formidável entrecruzamento de interesses e tendências, deve ser visto também como um complexo sistema de forças.

Embora tais concepções possam parecer distantes demais dos objetivos de se estudar aspectos do Código de Processo Civil, elas oferecem, na realidade, possibilidade de não estarmos todo o tempo presos às malhas de um imediatismo tecnicista, o qual, à força de prender nossos olhares ao estritamente fragmentário faz desaparecer das mentes humanas qualquer concepção unitária do universo: sua *unidade através da diversidade* (“uno versus alia”). Ora, em 1926 o filósofo sul-africano Ian Christian Smuts, sem sequer se aproximar de temas místicos, publicava na Inglaterra sua obra *Holism and evolution*, a qual foi a primeira grande demonstração filosófico-científica de que tudo no universo é interdependente, podendo portanto cair em equívoco as abordagens estritamente técnicas e, em consequência, sem aberturas para as contextualizações.

Certamente que, ante o tema que defrontávamos, os juristas precisaram especializar os seus olhares. A grandeza destes, porém, ficou patenteada ao convocarem um sociólogo e filósofo para fazer as aberturas necessárias na teorização de fundo social. Nisto, uma real intenção interdisciplinar logra alcançar complementaridades que realçam sua importância no tratamento dos temas investigados; tanto quanto enseja um intercâmbio de idéias e de conhecimentos que realmente sustenta um clima plural de pesquisa nas pós-graduações.

Se o filósofo Hegel disse, muitas vezes, que a filosofia é filha da cidade (por ser, esta, uma concentração de contradições”), com maior razão o direito deve ser tido também como filho das concentrações urbanas da segunda metade do período neolítico, que é quando se tem notícia – com o surgimento de rudimentar escrita – das primeiras preocupações codificadoras que mostrariam ao mundo as mais primeiras normatizações positivas da vida social.

Não podemos negligenciar o fato hoje conhecido que nos aponta a Revolução Cultural do Neolítico como a iniciadora de uma seqüência revolucionária histórica que significou autênticos saltos qualitativos nas formas fundamentais da vida humana. Na revolução cultural aqui focalizada surgiram: formas de plantio, adubação do solo e armazenamento de alimentos; escritas pictográficas e cuneiformes; a roda para os transportes; primeiras técnicas de navegação e de metalurgia e, dentre mais coisas notáveis, as primeiras normatizações, em códigos, da vida social. Pois a revolução filosófica e matemática grega, a teológica medieval, a revolução comercial (desde o século XII), a científica moderna (séculos XVI e XVII), a técnica e industrial e outras mais contemporâneas, são todas mais ou menos

devedoras da grande Revolução Cultural do Neolítico (Gordon Childe, 1971: 77-110).

Muitas foram as preocupações que geraram os primeiros conjuntos de normas jurídicas positivas. Todas oriundas, porém, de apreensões e valores socioculturais. Ora, o ser humano, conquanto tenha mudado muito em seus movimentos históricos, parece permanecer essencialmente o mesmo e buscando até hoje ideais como os de justiça e segurança, acrescidos de desejos ainda mais refinados quanto à convivência, mormente nas grandes concentrações urbanas.

O interesse da presente investigação voltou-se, com preocupações específicas da virada de século (XX para o XXI), para a revisitação dos institutos mais fundamentais do Código de Processo Civil. Como dissemos, no entanto, como o cuidado de se buscar a visão sociocultural como estrutura de plausibilidade e parâmetros do Direito Processual Civil.

Esta a razão pela qual as conceituações sociológicas vem à frente, como devida preparação do caminho para os percursos mais específicos no âmbito processual.

1. CULTURA, VALORES SOCIOCULTURAIS E PROCESSO CIVIL

Em condições corriqueiras, todo ser humano vem ao mundo já no interior de uma cultura. Como o vocábulo cultura se tornou polissêmico, esclareçamos de pronto que aqui o tomamos no sentido que lhe atribui a Antropologia Cultural: a parte do ambiente feita pelo homem. Isto é, tudo aquilo que, no mundo, resultou da inteligência e das habilidades do ser humano.

O antropólogo Clyde Kluckhohn, em sua obra intitulada *Antropologia: um espelho para o homem* (1963), aborda um aspecto essencial da conceituação de cultura, ao escrever:

“(Cultura) É a nossa herança social, em contraste com a nossa herança orgânica. É um dos fatores importantes que nos permitem viver juntos numa sociedade organizada, fornecendo-nos soluções prontas aos nossos problemas, ajudando-nos a prever o comportamento dos outros e permitindo que os outros saibam o que esperar de nós” (1963: pp. 36-37).

Embora não possamos deixar de esclarecer melhor aspectos da idéia de *herança social*, vamos já percebendo, nesta conceituação de Kluckhohn, aspectos

que necessariamente influem (ainda que, neste texto, de forma indireta) em questões atinentes ao Direito em geral e, em particular, ao processo civil. O antropólogo faz-nos ver que precisamos viver em uma “sociedade organizada”, que fornece soluções prontas para muitos dos nossos problemas; sociedade que nos permite “prever o comportamento dos outros”, “permitindo que os outros saibam o que esperar de nós”. Ora, tudo isso envolve valores, crenças, idéias e normatização moral e jurídica; há que ser previsível, para os cidadãos, a forma com que seus problemas serão tratados no nível da justiça.

Comentando a conceituação supra de Kluckhohn, anotamos em obra publicada em 1992:

“Alguém, no entanto, que receba uma herança não está necessariamente obrigado a manter o herdado tal como o recebeu e, menos, está condenado a submeter-se ao que a história dos antepassados lhe destinou. De posse da propriedade que lhe coube, o herdeiro tem muitas vezes energia e criatividade suficientes para transforma-la e até melhora-la.” (...) “Estas ponderações são necessárias a fim de que a expressão – chave utilizada por Kluckhohn (‘herança social’) não tome a feição de algo que determine drasticamente o viver humano, fazendo dos homens objetos passivos de uma coisa formidavelmente manipuladora, que seria a cultura” (Moraes, 1992: pp. 19-20).

A cultura é, na realidade, uma dialética que se cumpre entre condicionamento e liberdade, porque se nós, seres humanos, fossemos inteiramente *determinados* não haveria como se pensar em culpabilidade (responsabilidade moral) e nem haveria qualquer explicação para os tribunais.

Em 1871, Edward B. Tylor elaborou ao que parece pela primeira vez, um conceito mais detalhado de cultura, nos seguintes termos:

“Cultura ou civilização, tomada em seu sentido etnográfico lato, é aquele todo complexo que inclui conhecimentos, crenças, arte, moral, lei, costumes, assim como todas as capacidades e hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade” (apud Willems, 1966: p. 6).

Aí destacamos *moral, lei e costumes*, observando que antes destas vêm os *valores* que dispõem acerca do que as culturas consideram aceitável ou inaceitável, legal ou ilegal, legítimo ou ilegítimo. As culturas se objetivam em sociedades, as quais – sendo o mundo humano um

universo simbólico – se apresentam como uma trama de signos carregados com seus significados.

Ora, os valores socioculturais não são coisas em si mesmas. No encontro essencial entre sujeito e objeto (pessoa e mundo), o objeto produz na pessoa impressões, sendo que o sujeito, sob tais impressões, vê-se na contingência psicológica de fazer valoração; como é claro, os valores socioculturais são ideais eleitos mediante o processo de valoração.

Talvez possamos hierarquizar os valores, tomados geralmente, do seguinte modo:

- a) *valores bio-psíquicos rudimentares*, decorrentes das necessidades físico-psíquicas primárias, vividas tanto pelos indivíduos como pelas coletividades;
- b) *valores vitais-existenciais*, oriundos das relações entre indivíduo, cultura e sociedade e que se referem tanto à sobrevivência (saúde, harmonia, etc.) quanto à coexistência e, em sentido mais comungante, à convivência;
- c) *valores espirituais* (como os denominou Max Scheler), resultantes do contraponto entre tradição e disposição crítica. São valores sutis como o justo e o injusto, o belo e o feio, respeito próprio e ao semelhante, busca da verdade, etc. Como se vê, valores sutis que permitem o enriquecimento espiritual da vida.

Em seu sentido sociocultural, todo processo de valoração é fruto de uma síntese das inúmeras tendências individuais e coletivas; no entanto, em sua gênese, não resulta de operações intelectuais, pois estas poderão vir depois como que estimuladas por instâncias emocionais. Vejamos o que anota Rubem Alves em importantes páginas sobre a questão dos valores:

"Os valores não são deduzidos ou posteriores a um ato racional (que seria, neste caso, universal e uniforme para todos os homens!). A atitude valorativa é a mais fundamental no relacionamento do homem com o mundo. E são os valores que criam a necessidade e a possibilidade da razão. A razão é uma função dos valores" (1984: p. 28).

Isto quer dizer que temos a sociocultura como as lentes com as quais enxergamos o nosso meio. De um lado está nossa capacidade concreta de enxergar e, de outro, há a concreta existência do meio que nos estimula e impressiona; mas entre uma coisa e outra há a "lente" (realidade sociocultural) que possibilita o

contato entre as referidas concretudes. Todavia, a valoração é experiência anterior às nossas operações racionais – inclusive considerada, quanto à sua gênese, de um ponto de vista coletivo. Eis por que os valores são realidades humanas de grande complexidade que, se quisermos simplificar para um uso mais imediato, conceituaremos como sendo criações humanas que têm por objetivo satisfazer reais necessidades individuais e coletivas. Os valores não são *coisas* (e há quem os confunda com *bens*), não são essências ideais e nem puros estados psicológicos, podendo ser – isto sim! – uma síntese de todas essas dimensões que não pode ser reduzida a nenhuma em particular, por ser um outro nível pouco explicável da vida humana.

Poderíamos, dada a riqueza da temática axiológica, perder-nos aqui pelos muitos labirintos filosóficos da teoria dos valores, coisa que não teria a utilidade objetiva exigida por este ensaio. Focalizemos, portanto, de forma mais específica peculiaridades das relações entre valores socioculturais e processo civil. Afinal, os melhores processualistas dizem, atualmente, que o Código de Processo Civil, antes visto como um instrumento técnico, é hoje claramente tido como um recurso sociocultural – o que, aliás, fundamenta o intento de *revisitação* dos institutos fundamentais do dito Código. Assim, auxiliados por sociólogos e juristas, passaremos a campos mais especializados de focalização.

O professor F.A. de Miranda Rosa oferece-nos, em sua obra *Direito, justiça e ideologia* (1980), uma rica reflexão a respeito do ideal de justiça como um dos valores socioculturais mais expressivos, que estabelece expectativas bem definidas em relação ao direito processual em sua globalidade, e especialmente em relação ao direito processual civil. Beneficiemo-nos de algumas de suas abordagens, lembrando-nos, de pronto, que muitos são os juristas que, conquanto reconheçam que a idéia de justiça está factualmente associada ao conceito de direito, consideram ambos os conceitos como autônomos e, logo, dotado cada qual de vida própria e separada. Até aí trata-se de ponto de vista aceitável. Mas certamente os que negam qualquer aproximação significativa entre justiça e direito, para além de não enxergarem os fatos sociais que os circundam, lançam mão de uma postura esquizóide para escarnecer do próprio direito.

Segundo Miranda Rosa, - cujo equilíbrio muito preferimos a algumas figuras que se esforçam desmedidamente para assumir, ao menos aos olhos dos incautos, o "papado" da sociologia jurídica – mesmo

entre povos classificados pelos antropólogos sociais como *primitivos*, a idéia de justiça corre muito junta a um direito incipiente. Diz o sociólogo em consideração:

“A idéia de justiça está presente lá onde não há que falar em direito positivo, nas sociedades pré-letradas, consideradas por esse motivo como pré-jurídicas, pelos que identificam o direito como direito positivo” (1980: p. 27).

Evidentemente, Miranda Rosa lembra o clássico ensinamento Aristotélico segundo o qual sempre aparece uma injustiça ao tratarmos desigualmente os iguais e igualmente os desiguais, lição esta que tem atravessado bem mais de vinte séculos porque continua sendo sério parâmetro de pensamento. O sociólogo e jurista em tela anota:

“Esse verdadeiro postulado manifesta-se, assim, como um valor social, elaborado e mantido pela acumulação histórica da cultura e que está presente, sob enunciados ou entendimentos diversos, nas sociedades historicamente estudadas” (ibid., 1980: p. 28).

Ora, não há como negar-se a polaridade dos valores (Frondizi, 1968: pp. 17-19), no sentido de que o justo só pode ser conhecido em contraposição ao injusto, a fealdade em contraposição à beleza, o leal em contraposição ao desleal; o que aponta para uma significativa direção, segundo a qual os valores só têm existência na vida de relação, isto é, na vida social. O universo complexo das relações sociais é o pressuposto e a condição dos valores. Adverte Miranda Rosa que:

“A mediação do social é, pois, indispensável condição ao sentimento do justo e à idéia de justiça” (1980: p. 29).

Os valores justiça e *segurança* interpenetram-se e mutuamente se justificam. Cada cidadão busca segurança; a sociedade o busca da mesma forma. Tanto o indivíduo quanto a sociedade temem os perigos que os ameaçam, acontecendo de modo semelhante mesmo no reino irracional. Claramente, o princípio do direito ao devido processo legal que ofereça garantias de equidade e procedimentos que respeitem às necessidades humanas das partes, são as coisas que fazem um ser humano, em hora tumultuada de sua existência, sentir-se cidadão. Se bem o entendemos, o professor Miguel Reale disse, em conferência à qual assistimos, que o Código Civil é a constituição do cidadão e que o Código de Processo Civil precisa ser o “modus operandi” de tal constituição, nas circunstâncias litigiosas pelas quais todos podemos passar. Pondera Miranda Rosa:

De que maneira o Direito Processual se prende a, ou se dirige para a realização da segurança individual ou social? (...) Desde logo há que considerar todo o sistema de normas processuais, previamente conhecidas de todos aqueles que tenham de aplica-las. Nesse particular, cuida-se, na verdade, da segurança de indivíduos e da coletividade quanto a quais sejam as normas segundo as quais devam proceder em juízo, ou seja, perante o Estado-juiz. (...) O Direito Processual visa, entre outras coisas, a realizar o valor da segurança nas relações processuais, vale dizer, num dos aspectos das relações jurídicas” (1984, 8ª ed.: pp. 158-159).

Toda cidadania exige certa previsibilidade no trato dado ao cidadão. Mas a cidadania exige mais: que os membros do judiciário se importem com isto, importando-se também com o auscultamento das dinâmicas do direito vivo, o qual necessariamente cultiva valores socioculturais como os de segurança e justiça.

Tal como se pode perceber, é passado o tempo em que o judiciário podia – de forma um tanto olímpica, pôr-se a cavaleiro de toda opinião pública; essa estranha atitude só permanece, hoje em dia, em alguns setores da vida acadêmica. Figuras verdadeiramente integradas no social e dotadas de equilíbrio humano que estejam participando hoje do judiciário, importam-se, do modo mais são, com o que se pensa do judiciário, em suas tramitações e decisões.

Está certo que a opinião pública não deve estar assim no singular; inexistente uma opinião monolítica no meio social. Circunstâncias várias multiplicam as opiniões; no entanto, podemos comparar o conjunto da opinião social com um sistema de vetores que partem de um mesmo ponto (mesma inquietação) e tomam direções muito diferentes, sendo que, pelos devidos processos geométricos utilizados pela Física, será sempre possível obter-se o *vetor resultante* (VR) – o qual é uma força que sintetiza as diferentes forças do sistema vetorial.

Tal vetor resultante (VR) das opiniões sociais, mostra-se descontente com as dificuldades de acesso à justiça, com a morosidade dos procedimentos processuais – os quais sabemos ser vítimas de uma mais que ultrapassada “máquina judiciária” (no sentido de suas precárias técnicas burocráticas). Mas, por simples observação, qualquer pessoa hoje pode ver que as insatisfações da sociedade são muitas, relativamente aos andamentos e às decisões judiciárias. Não será que as

coisas estão assim em razão da demora ou da negligência de muitos levarem em conta o que advertem os processualistas italianos, de que o Código de Processo Civil não é apenas um instrumento técnico, devendo ser visto mais correta e abrangentemente como um conjunto de recursos socioculturais?

Eis o que dá motivação e fortalece o conceito, desenvolvido principalmente por juristas italianos, de *revisitação* aos institutos fundamentais do CPC – senão a todos, ao menos a alguns que pedem maior urgência de repensamento. Será sempre fecundo que, diferentes correntes doutrinárias, estabeleçam discussões a partir do reavaliar desses institutos, como troca intersubjetiva de angulações reflexivas. Na exata medida em que tal interfecundação resulte de reais preocupações com o equacionamento das necessidades socioculturais os fundamentais valores jurídicos, quaisquer sociedades só se enriquecerão em suas dinâmicas.

Adiante veremos tecnicamente estudada a tendência brasileira à *constitucionalização do processo*; então, nesta seção falta visualizarmos adequadamente a Constituição Federal (1988). Para tanto, busquemos entender a Constituição de 1988 em seu exato contexto. Há pouco saíra, o nosso país, de vinte e um anos de arbítrio em que as excepcionalidades foram também jurídicas. Mais retrospectivamente, os conceitos processuais, em especial – ao menos aqui para este estudo – os processuais civis, vinham de um projeto cultural autoritário e, por isso, pouco afeito às considerações de estabilidade constitucional que caracterizasse um esboço que fosse de “Estado de direito”. Em suma, a Constituição de 1988, na medida possível e vencendo os arroubos reacionários da direita política, significou um “não” às idiossincrasias que historicamente levaram daqui para ali as seguranças processuais.

Por isto, é uma Constituição que introduz orientações quanto ao processo, junto com outras importantes inovações. Ora, os próprios constituintes se deram conta da força das ênfase e entusiasmos que lhes traduziram os intentos daquele momento, estabelecendo, assim, o prazo de cinco anos para que ocorressem, se necessárias, revisões constitucionais. É compreensível, portanto, que tal como se verá adiante, verifique-se atualmente uma tendência (ou mesmo movimento) de constitucionalização do processo, como acima aludimos. Vale questionar-se: não será, tal tendência, um esforço mais ou menos percebido e consciente de se afirmar o direito processual (aqui focalizado o civil) com reais valores socioculturais?

Pelo intrínseco de suas características e pelos peculiares caminhos de suas análises e conceituações, esta seção inicial do ensaio que ora apresentamos tem o fito de abertura social e culturalmente contextualizante para exames mais especializados de institutos do Código de Processo Civil. Os que se seguirão, serão exames técnicos e jusfilosóficos que querem significar esforços de revisitação a importantes aspectos do CPC.

Não será simples formalidade o advertirmos, desde já, que nossa pesquisa – dados os seus limites – não alimentou qualquer pretensão (que seria sempre indevida) de percorrer inúmeros institutos ou de esgotar as possibilidades de revisitação que se abrem aos investigadores. A atividade de pesquisa circunscrita a um determinado tempo obriga que se busque entender que, no máximo, será possível o oferecer-se alguns contributos que possam ser acrescentados a quantíssimos outros esforços de reavaliação reflexiva dos institutos constitutivos de um Código de Processo Civil amplo e complexo como acontece ser o nosso. Estabelecidos nossos objetivos e definidos os limites da pesquisa, fizemos o percurso que está traduzido no presente ensaio. Especializemos, portanto, daqui para diante os exames jurídicos que o tema focalizado por esta investigação exige.

O que, portanto, não podemos perder de vista é a fundamentação axiológica que se estabelece como substrato de todas as construções do Direito e que permite ampla e profunda compreensão, de modo especial, do processo civil. O ser humano, ao expandir-se sobre o meio natural, cria cultura; e, o que se mostra algo de grande sutileza, é que tal ser acaba por ser pai e filho de sua própria criação, de vez que desenham-se claros movimentos dialéticos entre a capacidade humana de expansão criadora e a inevitabilidade das introjeções resultantes de que nascemos já, no seio de uma cultura constituída (Berger, 1985: pp. 16-18).

Ora, o vocábulo grego *áksios* principia significando *eixo* e se desdobra semanticamente ao ponto de vir a significar valioso, conveniente, digno. Então, podemos ver que tudo o que convém ao bem sociocultural ou que é para este valioso, é o que não rompe com os eixos valorativos da cultura e da sociedade. Eis porque, as revisitações aqui propostas e realizadas investigam principalmente em que medida os institutos processuais (aqui, os civis) não cometem – ainda que com muito boas intenções – violências à estrutura axiológica erigida e acariciada pela sociocultura brasileira.

A sofisticação dos processos caracteriza as sociedades complexas. Compete, obviamente, a cada formação cultural não poupar empenhos e esforços, mediante os especialistas de cada área, para avaliar constantemente as consonâncias e eventuais dissonâncias que possam evidenciar-se entre os ideais de vida social e os códigos que os normatizam. Toda formação social é um constante movimento dialético entre processos de organização e desorganização sociais; se tal movimento cessasse estaria concretizada a cessação da própria vida sociocultural.

2. NOVAS POSIÇÕES DA DOUTRINA SOBRE A JURISDIÇÃO E A AÇÃO

Sob influência dos processualistas italianos que, com certa frequência, utilizam o termo *revisitazione* para designar a revisão, reformulação ou nova configuração de um instituto jurídico, a doutrina brasileira se vale do vocábulo *revisitação* com igual finalidade.

Sem desprezar os estudos de autores clássicos como Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei, o que se pretende é demonstrar que a realidade sócio-econômica atual, variada e complexa, exige nova postura dos processualistas no trato dos temas dessa disciplina.

Fala-se, com frequência, na *constitucionalização do processo*, no *processo civil de resultados*, na *ordem jurídica justa*, na *efetividade do processo*, na *instrumentalidade substancial*, na *socialização do processo* para deixar claro que as concepções clássicas não são suficientes para atender ao quadro atual dos conflitos individuais e coletivos.

Em verdade, porém, a novidade dessa orientação é apenas aparente, porquanto autores como Cappelletti, há cinco décadas, já se preocupavam com o chamado *processo de massas* e com a necessidade de fortalecimento dos poderes do juiz.

Entretanto, a preocupação com a função social do processo é fenômeno relativamente recente no Brasil e a revisitação dos institutos fundamentais do Direito Processual Civil só ganhou maior expressão, entre nós, a partir da Constituição de 1988.

Com efeito, tendo a Constituição de 1988 incorporado em seu texto alguns princípios processuais como o *devido processo legal*, o *contraditório*, a *ampla defesa*, o *juiz natural*, a *publicidade das decisões judiciais*, estava aberto o campo para a chamada *constitucionalização do processo* a exigir dos

processualistas a revisão de antigos conceitos para adaptá-los à nova realidade constitucional. Daí para a revisitação dos institutos processuais foi um pequeno passo.

Não é necessário ressaltar que essa tendência decorreu não só da nova ordem constitucional, mas também das exigências da comunidade jurídica que, insatisfeita com o modelo processual comum, passou a reclamar novas formas de tutela jurisdicional que a doutrina agrupou na chamada *tutela jurisdicional diferenciada*, denominação que se deve a Andrea Proto Pisani.

É inquestionável, portanto, que essa postura dos processualistas deita raízes na nova realidade sócio-econômica e, portanto, só poderá ser compreendida em função dela e de seus desdobramentos.

A. Revisitação da jurisdição

A concepção clássica de jurisdição estava atrelada à sua origem etimológica (*ius*: direito; *dicere*: dizer).

A insuficiência desse conceito era evidente, razão por que os autores completavam o conceito esclarecendo que não se tratava apenas de dizer o direito, mas também de fazê-lo atuar concretamente.

A doutrina refere-se, com frequência, à jurisdição como o *poder* de dizer o direito e de fazê-lo atuar, mas, em rigor técnico, não se trata de poder, mas de manifestação do poder.

Com efeito, a jurisdição em si mesma não é um poder. O poder é conferido ao Judiciário e, portanto, a jurisdição é decorrência ou manifestação daquele. Em rigor técnico, porém, o poder é uno, razão por que seria impróprio até falar de separação de poderes.

Como manifestação do poder ou como atividade estatal destinada a resolver conflitos de interesses ou integrar relações o certo é que a jurisdição vem sendo revisitada, isto é, seu conceito e função vêm sendo revistos ou reformulados. Em primeiro lugar, como assinalam os processualistas atuais, a atividade jurisdicional não se exaure na solução de conflitos de interesses ou no reconhecimento de direitos subjetivos. Cândido Dinamarco, por exemplo, refere-se aos escopos da jurisdição para mostrar que ela não consiste somente em resolução de conflitos: além disso, há preocupação com a paz social, com a segurança e certeza jurídicas, com a educação dos cidadãos etc.

Com efeito, o elastério da jurisdição é muito mais amplo do que supunham os autores antigos.

Tomemos um exemplo. Numa ação de indenização por dano moral, o acolhimento do pedido implica evidentemente reconhecimento do direito subjetivo da vítima em obter não propriamente a reparação do dano, mas uma compensação ou satisfação em razão da lesão sofrida. Mas não é só. Ao condenar o réu, o juiz deve fazê-lo de modo a desestimular a repetição da ofensa. Presente, aí, claramente, o caráter educativo da condenação.

Põe-se a questão de saber se a jurisdição é monopólio do Estado. A doutrina clássica não tinha dúvidas em afirmá-lo, mas autores recentes procuram visitar a questão para sustentar o caráter jurisdicional da *arbitragem* por entenderem que a jurisdição não é monopólio do Estado. E, em verdade, o art. 18 da Lei de Arbitragem reza que "o árbitro é juiz de fato e de direito". Poder-se-ia objetar ressaltando que "a arbitragem não é jurisdição, mas um equivalente da jurisdição" e que a atividade do particular não pode ser emanção do poder do Estado. A questão é, como se vê, complexa e demandaria maior exposição incompatível com os objetivos desta pesquisa.

Outro aspecto que revela a preocupação da doutrina em visitar a jurisdição é o que concerne à chamada jurisdição voluntária.

No passado, era dominante o entendimento no sentido de que a jurisdição voluntária, apesar do nome, não era nem jurisdição, nem voluntária. Hoje, a revisão da jurisdição voluntária mostra tratar-se de verdadeira atividade jurisdicional, já que esta não se exaure na resolução de conflitos de interesses.

Por outras palavras, existe jurisdição sem conflito de interesses. E o próprio Código de Processo Civil confere à jurisdição voluntária o caráter jurisdicional tanto que a considera espécie de jurisdição civil (art.1º).

Outro aspecto que vem sendo suscitado pelos processualistas, à guisa de revisão, é o que respeita à coisa julgada. Durante muito tempo, sustentou-se que o fim da jurisdição era a constituição da coisa julgada. Dizia-se que a coisa julgada era a nota distintiva entre a atividade jurisdicional e a administrativa, uma vez que apenas a primeira ostentava o atributo da definitividade. Essa tese vem sendo, porém, contestada já que na jurisdição voluntária e na tutela cautelar não há coisa julgada material.

Por último, enquanto a concepção clássica considerava a jurisdição a atividade estatal destinada a resolver conflitos individuais, a concepção contemporânea revela preocupação com os chamados processos de massas, com as ações coletivas que envolvem extensos segmentos da sociedade. E, em razão disso, institutos como a legitimação processual e a coisa julgada sofrem importantes alterações para se adaptarem aos novos tempos.

De tudo se conclui que o conceito de jurisdição é muito mais amplo e complexo do que supunham os antigos como resulta da revisão desse instituto fundamental do processo civil.

B. Revisitação da ação

Do mesmo modo que a *jurisdição*, a *ação* também sofreu o impacto do fenômeno conhecido como constitucionalização do Direito Processual Civil.

Os processualistas contemporâneos, ao revés do que ocorria com os tradicionais, deixaram de lado a preocupação com as inúmeras teorias sobre o direito de ação para buscar, na própria Constituição, a essência desse instituto.

De simples direito subjetivo a ação passa a ser estudada como garantia constitucional o que implica completa revisão de seu conceito e finalidade.

Considerar a ação garantia constitucional significa dizer que o legislador infraconstitucional não pode impedir ou embaraçar seu exercício.

Enquanto os processualistas tradicionais se envolviam em intermináveis discussões a respeito do conceito de ação (direito?, poder? faculdade? mera expectativa jurídica?); enquanto as preocupações dos clássicos se centravam em saber se a ação era proposta contra o Estado, contra o réu ou em face deste, os olhos dos processualistas contemporâneos voltam-se para a Constituição e dela extraem a própria razão de ser da ação.

Como garantia constitucional, a ação que, antes, era vista sob a perspectiva exclusiva do autor, passa a ter caráter bilateral, isto é, refere-se tanto ao autor como ao réu. E a tutela jurisdicional, no sentido de proteção aos jurisdicionados, deve ser deferida a quem tem razão, o autor ou o réu. Desse modo, a procedência do pedido significará concessão da tutela jurisdicional ao autor; a improcedência, concessão ao réu.

Outra consequência prática da revisitação da ação é conferir caráter constitucional à tutela jurisdicional de urgência de modo a impedir que o legislador infraconstitucional proíba medidas liminares.

Como será exposto em outra pesquisa, o legislador infraconstitucional só tem competência para disciplinar o exercício do direito de ação e, em consequência, das medidas liminares, não assim para proibi-las indiscriminadamente ou para embarçar sua atuação. Assim, na tutela de urgência, as liminares passam a ser co-naturais à garantia da ação, uma vez que as situações urgentes exigem tutela jurisdicional urgente.

Temos privilegiado os institutos da ação e da jurisdição, para a presente análise. Cumpre-nos, porém, oferecer exemplificações que ao menos mostrem outras revisitações dentre tantas que têm sido feitas ao Código de Processo Civil. Por força da constitucionalização do Processo Civil, outros institutos dessa disciplina vêm sendo submetidos à chamada revisitação doutrinária.

Exemplo recente é o da coisa julgada, cuja relativização vem sendo proposta pela doutrina. É cediço que a coisa julgada, como garantia constitucional, constitui fator de segurança e certeza nas relações jurídicas. Por mais complexos que sejam os litígios, por mais intrincadas que se apresentem as questões jurídicas, por mais tortuosos que se mostrem os trâmites processuais, é necessário que, em algum momento do *iter processualis*, se alcance a solução definitiva da contenda. Diante disso, a coisa julgada constitui, inquestionavelmente, um valor a ser preservado até mesmo para o prestígio da atividade jurisdicional.

Entretanto, o próprio sistema admite a desconstituição da coisa julgada, em hipóteses especiais em que vícios graves contaminem a tutela jurisdicional: é a ação rescisória, que não constitui novo recurso, mas verdadeira ação desconstitutiva a ser proposta no prazo de dois anos.

Assim, em princípio, decorrido tal prazo sem a propositura da ação rescisória, não mais se poderá recusar o cumprimento da decisão judicial coberta pela coisa julgada. Entretanto, mais recentemente, vem a doutrina questionando o caráter absoluto da eficácia da coisa julgada em certas hipóteses particulares, como nas ações de investigação de paternidade e nas ações de desapropriação.

Nas ações de investigação de paternidade tem-se pretendido, com base no resultado do DNA, desconsiderar o resultado de processos que tramitaram

quando não existia essa prova técnica. Nas ações de desapropriação, procura-se impugnar valores exorbitantes apurados por peritos parciais.

Não é este o lugar para exame mais aprofundado deste específico tema, mas fica o registro da tendência que bem ilustra a chamada revisitação da coisa julgada.

Outro exemplo de revisitação encontramos na nova configuração que se deu ao princípio dispositivo. Como se sabe, o princípio dispositivo, em sua concepção clássica, significava que a iniciativa das alegações e das provas competia, exclusivamente, às partes, devendo o juiz limitar-se a julgar *secundum allegata et probata*.

Por influência de autores como Cappelletti, cuja doutrina é impregnada de preocupação com o social, o princípio dispositivo foi abrandado de modo a permitir que o juiz também tomasse iniciativas probatórias. Neste sentido, o artigo 130 do CPC contempla expressamente essa possibilidade e parte ponderável da doutrina não vê, nessa regra, quebra do princípio da imparcialidade porque, ao determinar a produção de provas de ofício, o juiz ainda não sabe se elas beneficiarão o autor ou o réu. O tema, porém, tem várias nuances que exigiriam exposição mais ampla que extrapolaria os lindes desta pesquisa.

Ainda poder-se-ia mencionar, como exemplo de revisitação, a concepção mais recente do princípio do contraditório. Doutrina clássica assentou que o princípio do contraditório se caracterizava pelo binômio informação-reação. Autores mais recentes, como Tarzia, vêm defendendo maior elastério ao contraditório de modo a compreender, também, o diálogo entre as partes e o juiz. Teríamos, então, o trinômio: informação (necessária), reação (eventual) e diálogo (pertinente). Por outras palavras, além da informação necessária (citação, intimações, etc.) e da reação eventual (exceções, contestação) o contraditório deve compreender o diálogo entre o juiz e as partes. Fala-se com frequência, no princípio da colaboração entre as partes e o juiz, especialmente no que respeita à produção de provas.

Em todos esses exemplos, como se vê, a doutrina tradicional passou por importante revisão ou revisitação (*revisitazione*).

3. A JURISDIÇÃO E A AÇÃO NO PLANO DA PRÁXIS

No início deste artigo, afirmamos que as primeiras compilações de normas reguladoras da vida social surgiram durante a Revolução Neolítica. Grande parte das descobertas difundidas por essa revolução,

assim como as formas de plantio e de adubação neolíticas e as técnicas de transporte baseadas na roda, foram de cunho produtivo, diferentemente das regras de comportamento social surgidas no mesmo período, as quais traduziam preocupações mais gerais com a interação entre os homens.

Aristóteles utilizava a palavra *poiésis* para designar a atividade pela qual o homem transforma a natureza, engendrando produtos aptos à satisfação das suas necessidades. Nos escritos aristotélicos, *poiésis* se diferencia de práxis, que era a atividade ética e política. Pode-se afirmar, com base nessa diferenciação, que o aparecimento das primeiras codificações neolíticas constituiu uma espécie de aprimoramento da vida social no nível da práxis, destinado a complementar invenções ocorridas no campo da produção.

A consideração das condições em que se deu o surgimento das primeiras codificações, nas comunidades neolíticas, permite compreender que, mesmo guardando estreita relação com a *poiésis*, o direito não teve, nos seus primórdios, por único ou principal escopo a regulação da produção e da circulação da riqueza. O mesmo pode ser dito do direito das épocas subsequentes. Sempre foi objetivo da legislação e das outras formas de manifestação do direito dos povos tornar o comportamento humano previsível, à luz das concepções materiais de justiça em vigor no meio social. Como essas concepções nunca se restringiram ao âmbito da produção e da circulação da riqueza, a dimensão em que o direito cumpriu e ainda cumpre a sua vocação nunca foi simplesmente *poiética*, mas prática.

Karel Kosik dizia que a práxis compreende um momento laborativo ou produtivo e um momento existencial¹. Por aí se percebe que a práxis não exclui a *poiésis*. Pelo contrário: esta última é parte integrante da primeira, que inclui, entretanto, um elemento não produtivo, identificado com a formação da subjetividade humana (momento existencial da práxis).

Segundo Kosik, a formação da subjetividade é um processo de constante direcionamento de experiências existenciais, assim como a angústia, o tédio, o medo, a alegria, a esperança etc., à realização da liberdade humana. Por mais aprimorada que seja, a atividade produtiva não é suficiente para realizar essa liberdade. Parte fundamental do trabalho de libertação dos seres humanos das necessidades de subsistência

deve ser executada no plano da subjetividade. Se não inclui ou garante a realização da alegria, da felicidade, da esperança ou da paz, a práxis certamente abrange a realização da liberdade, entendida como conjunto de condições necessárias para que cada ser humano se torne capaz de agir criativamente e de realizar os demais valores da sua existência. Como se vê, do ponto de vista da práxis, a liberdade deve vir primeiro, para que a paz, a felicidade, a esperança se realizem num segundo momento.

Outro elemento importante da práxis é a *theoria*. Também esta última palavra aparece em Aristóteles, no sentido de atividade orientada à busca da verdade. Para Aristóteles, a *theoria* complementava a *poiésis* e a *práxis*. Enquanto as duas últimas constituem disposições ativas, a atitude teórica é eminentemente contemplativa. Os seus objetivos são a formação e a transformação da consciência humana.

Não há práxis sem teoria. Os atos de um animal são isentos de teoria. Não, porém, os atos humanos. A teoria é profundamente constitutiva da práxis. É claro que há atos humanos meramente mecânicos. Porém, esses atos não se situam no nível da práxis. Como Adolfo Sánchez Vásquez ensinou, “toda práxis é atividade, mas nem toda atividade é práxis”².

Em síntese, no sentido assumido pelo termo na tradição iniciada por Marx, práxis significa “a atividade concreta pela qual os sujeitos humanos se afirmam no mundo, modificando a realidade objetiva e, para poderem alterá-la, transformando-se a si mesmos. É a ação que, para se aprofundar de maneira mais conseqüente, precisa da reflexão, do autoquestionamento, da teoria; e é a teoria que remete à ação, que enfrenta o desafio de verificar seus acertos e desacertos, cotejando-os com a prática”³.

O direito sempre se situou no plano da práxis. Não se pode negar, entretanto, que, nos últimos dois séculos, o direito vem sendo tratado cada vez mais freqüentemente como *poiésis*. Tércio Sampaio Ferraz Júnior descreve o processo a que nos referimos nos seguintes termos:

“O direito, com a Revolução Francesa, torna-se uma criação ab ovo. Com isso, ele instrumentaliza-se, marcando-se mais uma vez a passagem de uma prudência prática para uma técnica poética. Ou seja, para usar uma

⁽¹⁾ Karel KOSIK, *Dialética do concreto*, p. 224.

⁽²⁾ Adolfo Sánchez VÁSQUEZ, *Filosofia da práxis*, p. 185.

⁽³⁾ Leandro KONDER, *O futuro da filosofia da práxis*, p. 115.

distinção aristotélica (Ética a Nicômaco, 1094 a 21), o direito passa a ser concebido como poiesis, uma atividade que se exterioriza nas coisas externas ao agente (por exemplo, com madeira fabricar uma mesa) e que por isso exige técnica, isto é, uma espécie de know how, um saber-fazer, para que um resultado seja obtido. Deixa, pois, de ser concebido, como o fora desde a Antigüidade, como uma praxis, uma atividade que não tinha um adimplemento exterior a ela mesma e ao agente”⁴.

O mesmo autor continua:

“Destarte, quando dizemos que, desde o século passado, houve uma progressiva assimilação da ciência do direito pelo pensamento dogmático, estamos afirmando a ocorrência de uma assimilação de enfoque científico do direito pelo enfoque tecnológico. A ciência jurídica, desde a Antigüidade, sempre foi considerada, como vimos, uma ciência prática. A ciência dogmática, na atualidade, não deixa de ser um saber prático. Mas com uma diferença importante. Enquanto para os antigos o saber prático, por exemplo a jurisprudência romana, não estava apartado do verdadeiro, visto que era um saber que produzia o verdadeiro no campo do útil, do justo, do belo, a tecnologia moderna deixa de nascer de uma verdade contemplada pela ciência, surgindo antes, como diz Heidegger, de uma exigência posta pelo homem à natureza para esta entregar-lhe sua energia acumulada.”⁵

Ocorre que a energia, que o saber jurídico atual pretende extrair sem se preocupar com as exigências de qualquer verdade independente do processo tecnológico, não é apenas da natureza, mas de seres humanos. É verdade que o caráter humano da energia, cuja extração o saber tecnológico maximiza, é freqüentemente encoberto pelas engrenagens do poder social, a fim de que o processo não seja percebido como aviltante e injusta exploração. A ocultação costuma ocorrer pela propagação de concepções, segundo as quais as relações sociais, que produzem a energia a que nos referimos, são transmutadas em forças da natureza ou em propriedades misteriosas da interação social. Assim é possível, às falsas concepções em questão, explicar, sem escândalos, a imensa exploração de energia humana levada a efeito no seio das sociedades contemporâneas.

Quando se deixa assimilar pela *poiésis*, portanto, o direito torna-se cúmplice da exploração referida no parágrafo acima. Não se pode negar que a tendência a se conceber o direito em termos tecnológicos constitua um fato dos nossos tempos. Porém, isso não justifica a conformação pura e simples do pensamento jurídico à tendência ditada pelos interesses econômicos prevalentes. Até porque a transformação do direito em saber tecnológico não tem ocorrido por igual em todos os campos jurídicos. Os movimentos internacionais pela afirmação e proteção dos direitos humanos, o inteiro capítulo dos direitos fundamentais no Direito Constitucional, muito do que se tem construído no âmbito da teoria da justiça constituem exemplos de domínios, nos quais o saber jurídico continua alinhado à práxis, no sentido amplo do termo, sem se deixar controlar pelas exigências produtivas do meio social.

Posto o caráter exploratório de parte considerável da atividade produtiva em andamento nas sociedades capitalistas hodiernas, quer-nos parecer que o saber jurídico deve ser elaborado mais a partir do núcleo constituído pelos pontos de resistência ao pensamento tecnológico do que por conformação aos interesses produtivos. Esse tipo de construção é possível, desde que os juristas mantenham a perspectiva crítica e o senso de responsabilidade pelos resultados do conhecimento por eles produzido e difundido.

Não se pode negar, porém, que a tendência a se conceber o direito como *poiésis* constitua um fato de grande importância nos nossos tempos. Tampouco se pode negar que essa tendência tenha produzido uma outra, qual seja a de se traduzir as relações eminentemente fluidas e diversificadas da vida real em termos de relações cada vez mais rígidas e inflexíveis, consagradas nos institutos jurídicos. Esta tem sido uma outra importante consequência da escalada do pensamento tecnológico no campo jurídico. A necessidade de traduzir as transformações vertiginosas, ocorridas no plano da produção, em forma de institutos jurídicos, tem conduzido à desnaturação das relações sociais forçadas a se amoldarem aos institutos destinados a regê-las da forma exigida pela produção.

Ora, a desnaturação das relações sociais pelos institutos jurídicos, além de deformar a interação em sociedade, produz resultado nefasto também sobre a consciência das pessoas, cujo comportamento é condicionado por eles. É natural que as pessoas expostas

⁽⁴⁾ Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão, dominação*, p. 75.

⁽⁵⁾ *Ibidem*, pp. 85-86.

ao tipo de pensamento jurídico predominante nos nossos tempos passem a considerar como padrão mais adequado de comportamento o indicado pelos institutos jurídicos, não o produzido pela criatividade ínsita às relações sociais. Algumas vezes, por força da pressão conformadora exercida pelos institutos do direito material e processual, os comportamentos estabilizados pelo direito chegam a ser considerados a única alternativa de conduta viável para as pessoas nas suas condições reais de vida.

É claro que a compactação forçada de comportamentos infinitamente variáveis, em moldes jurídicos tão fixos e preconcebidos, deforma a práxis social. No campo das relações processuais, a deformação é ainda mais perceptível. Quando as relações sociais não se conformam aos modelos do direito material, o direito processual é convocado para contê-las e reconduzi-las à conformidade com o modelo jurídico-material violado. Por si só, isso já significa que o direito processual desnatura mais as relações humanas do que o direito material o faz. Porém, o forcejo das relações sociais ainda é aumentado pelo modo específico como o direito processual costuma reconduzir a relação social ao modelo jurídico-material. Sabe-se que, para atuar, o direito processual lança mão de institutos amplamente incompreensíveis para o homem comum, assim como a preclusão de faculdades processuais por motivos irrelevantes, a deserção de recursos por causas que beiram a futilidade, a presunção de veracidade de fatos não ocorridos, a adoção de ficções sem um mínimo de conformidade com o real, a multiplicação de requisitos formais para que discussões de fundo possam ter lugar no processo, assim como o prequestionamento das matérias recursais etc. Tudo isso faz com que o direito processual não apenas se afaste da realidade das relações sociais, mas até do próprio direito material que ele deveria proteger.

As reformas do direito processual brasileiro, levadas a efeito nos últimos dez anos, têm exacerbado as mazelas apontadas acima, uma vez que a sua orientação evidente tem sido a de conferir maior efetividade ao modelo processual em crescente conflito com o direito material e em crescente distanciamento da realidade social, que vimos de descrever. Pode ser que a falta de recursos orçamentários e o relativo abandono do Poder Judiciário pelos outros ramos do Estado não permitam solução diferente dessa. Porém, não é isso que os fatos parecem indicar. Pelo contrário: os fatos

indicam que as reformas têm aumentado o distanciamento entre o processo e a práxis social por falta, não de recursos, mas principalmente de consciência sobre a natureza dos problemas sociológicos, que envolvem o direito atual. Talvez ainda mais do que isso, as reformas têm contribuído para aumentar o abismo entre o direito processual e a sociedade civil, porque as contradições do direito como *poiésis* permitiram o desenvolvimento de um amplo sistema de manipulação de vidas humanas, que atende perfeitamente as finalidades dos grupos favorecidos pelo ordenamento sócio-econômico. Não se pode negar que esses grupos exercem cerrada resistência a reformas tendentes a tornar o processo um estuário adequado para as concepções de justiça produzidas pela sociedade civil.

Karel Kosik escreveu que a doutrina política de Maquiavel não pressupõe que o homem seja bom ou mau, mas que ele seja moldável, manipulável com base num conhecimento suficientemente preciso a respeito das tendências do seu comportamento⁶. Essa espécie de manipulação baseada em conhecimento específico tem acompanhado o desenvolvimento doutrinário e a aplicação prática do direito processual, ao longo de toda a sua história. Não é diferente no nosso meio. Kosik afirmou que, quando a práxis se alija do seu elemento subjetivo, ou seja, quando ela se deixa moldar excessivamente pelas finalidades da produção social, o resultado é a manipulação a que nos referimos⁷. Quer-nos parecer que a redução do direito à *poiésis* tem conduzido exatamente a esse resultado.

Por motivos como os que acabamos de salientar, a revisão dos institutos processuais civis é extremamente necessária. Revisitar os institutos processuais, de maneira a estabelecer alternativas hermenêuticas novas, é mais importante do que conferir crescente efetividade ao modelo de processo civil em vigor, como tanto se pretende e propala. Um princípio cardinal para todo esse repensar deve ser a categoria da práxis, entendida de maneira a incluir um momento produtivo e um momento existencial. Por trás da rejeição dos estreitamentos do acesso à justiça por parte da opinião pública, é possível lobrigar a insatisfação popular com o direito reduzido à *poiésis*, com o direito desumanizado. É possível lobrigar a insatisfação com um direito processual que se tornou, ele próprio, a principal causa de obstrução do acesso à justiça.

Ao propormos o desenvolvimento de uma reflexão sobre o direito processual baseada na categoria

⁽⁶⁾ Karel KOSIK, Ob. cit. p. 221.

⁽⁷⁾ Ibidem. p. 225.

da práxis, não estamos, evidentemente, a sugerir a retomada da tradição marxista como um todo. Estamos denunciando a insuficiência, até mesmo a desumanidade, das abordagens predominantemente tecnológicas do direito como *poiésis*. É claro que os tempos em que vivemos têm os seus imperativos. Nas sociedades fortemente voltadas à produção e ao consumo, características do capitalismo avançado, não é possível ao direito deixar de reproduzir e de se preocupar, em medida considerável, com as exigências da produção. Daí, entretanto, a se incentivar atitudes jurídicas submissas às exigências do sistema econômico vai uma distância, para nós, rigorosamente intransponível. Vislumbramos na práxis um potencial inexplorado para substituir, com vantagem, a *poiésis* como categoria orientadora da construção de um pensamento jurídico que pretenda algo mais do que descrever e reproduzir os mecanismos de dominação e aniquilação humana característicos dos nossos tempos.

A. A jurisdição no plano da práxis

Feitas as observações acima, a respeito da aplicabilidade da categoria da práxis ao pensamento jurídico, passemos à consideração das consequências da adoção dessa categoria para a revisitação dos institutos da jurisdição e da ação.

Vimos que a jurisdição tem sido entendida, não apenas como atividade voltada à declaração do direito aplicável a casos concretos, mas também à pacificação social, à ampliação da segurança jurídica e à educação dos cidadãos. Tem-se afirmado, outrossim e de modo crescente, que a jurisdição já não é mais exercida com exclusividade pelo Poder Judiciário, mas também por árbitros e outras pessoas, cuja atuação no processo judicial representa colaboração significativa para a consecução dos escopos jurisdicionais.

Essa ampliação de vistas permite que a jurisdição seja cada vez mais entendida como atividade que transcende o domínio processual tão reduzido à técnica nos nossos dias. Mais do que isso, a ampliação da abrangência da jurisdição atua reflexamente sobre o próprio processo judicial, levando os profissionais que nele exercem seus respectivos papéis a reconhecerem antecedência à questão da justiça, em relação à técnica e à dogmática. Sobre a adoção desse tipo de postura pelos juízes, Kazuo Watanabe tece as seguintes considerações:

*"Na verdade, o que ocorre na maioria das vezes é o juiz sentir primeiro a justiça do caso, pelo exame das alegações e valoração das provas, e depois procurar os expedientes dialéticos, que o caso comporta e de que ele é capaz, para justificar a conclusão."*⁸

Estas afirmações demonstram como o problema da justiça antecede as considerações técnicas e dogmáticas. Como o que foi dito em relação aos juízes pode ser generalizado para todos os aplicadores do direito, a antecedência das questões de justiça em relação aos aspectos técnicos dos conflitos intersubjetivos permite que coloquemos em xeque a inteira concepção, segundo a qual o pensamento jurídico tem sido assimilado pelo pensamento tecnológico. Aliás, a assimilação nunca foi tão geral. Talvez ela tenha avançado mais no campo das técnicas de determinação das normas materiais que regulam as relações conflituosas. Embora convicções sobre a justiça social influenciem a interpretação dessas normas, não é costumeiro advogados e magistrados abandonarem as regras de utilização das fontes do direito material por razões de justiça. Em outras palavras, não é costumeiro se antepor considerações de justiça aos resultados do processo hermenêutico levado a efeito com base naquelas regras. Já no que tange à avaliação da prova dos fatos discutidos no processo, considerações de justiça concreta (da justiça do caso, para nos utilizarmos das palavras de Watanabe) costumam anteceder todas as considerações técnicas. Kazuo Watanabe discorre:

*"[No processo de tomada e justificação das decisões dos juízes], entram inúmeros fatores, como o psicológico, volitivo, sensitivo, vivencial, intuitivo, cultural, e outros mais, como ficou bem claro na observação de Liebman, acima mencionada, e é ressaltado também por Couture. Assim é que, não raro, são diferentes, por exemplo, no julgamento de uma ação de indenização por acidente automobilístico, a conclusão de um magistrado que sabe dirigir e o pratica diariamente, e a solução de um outro magistrado que jamais dirigiu um veículo, pois a avaliação dos fatos depende de inúmeros conhecimentos prévios a respeito das circunstâncias que ordinariamente cercam um acidente."*⁹

Como raciocinam em termos normativos, o juiz e os aplicadores do direito em geral costumam colocar cada qual o conhecimento prévio que tem sobre as diferentes situações da vida em forma de regras de

⁽⁸⁾ Kazuo WATANABE, *Da cognição no processo civil*, p. 60.

⁽⁹⁾ *Ibidem*, p. 61.

experiência, que são por eles aplicadas aos casos com que trabalham. Importa ressaltar que essas regras de experiência, mencionadas no artigo 335 do Código de Processo Civil Brasileiro, não são impermeáveis às concepções gerais de justiça dos profissionais que as utilizam, nem deixam de traduzir tantas outras concepções particulares, também de justiça, das quais esses profissionais lançam mão, com maior ou menor rigor, ao avaliarem as provas.

As considerações de justiça que acabamos de mencionar indicam, a nosso ver fortemente, que nem tudo, no direito processual, se reduz à técnica. Muito da atividade jurisdicional refoge à *poiésis*, mesmo nos nossos dias. A tendência de parte considerável da doutrina processual hodierna, aliás, é de acentuação cada vez maior da importância dos elementos não *poiéticos* do processo, inclusive no que diz respeito à jurisdição.

B. A ação no plano da práxis

A revisitação do instituto da ação tem levado a doutrina a distinguir a ação como direito constitucional da ação como direito processual. No sentido constitucional, a ação não pode ser suprimida ou coarctada pelo legislador. Muito menos pelos aplicadores do direito. Em poucas palavras, nenhuma razão de ordem técnica pode ser invocada para se negar ao cidadão o provimento jurisdicional. Aliás, a menos que razões processuais muito fortes e típicas (expressamente previstas em lei) o impeçam, o próprio exame do mérito da ação não pode ser denegado pelo Judiciário, sob pena de violação da garantia constitucional da ação.

Infelizmente, porém, a enorme deficiência do Poder Judiciário, estruturado do modo como se encontra, para julgar o número extraordinário de feitos produzido por uma atividade econômica tão vertiginosa quanto a do capitalismo avançado, tem conduzido a uma perversa redefinição dos papéis tanto do legislador como dos profissionais que atuam no âmbito do processo judicial. Para criar mecanismos que permitam reduzir o número de processos em situações não previstas pela lei processual (recursos aguardando distribuição durante anos, petições pendentes de apreciação ao longo de meses), cada vez mais o legislador tem adotado soluções

cujas generalizações são evidentemente perniciosas, assim como a eliminação da necessidade de advogado nas causas cujo valor não excede quarenta salários mínimos (Justiça Estadual) ou sessenta salários mínimos (Justiça Federal). Premida pela mesma crise, também a jurisprudência tem criado requisitos cada vez mais draconianos para apreciar as questões de fundo trazidas à sua presença (prequestionamento, aplicação de deserções por motivos que absolutamente não impedem que os recursos atinjam seus fins etc.). Sem contar atitudes abertamente ilegais, como as adotadas por juízes locais que suprimem a necessidade de intimações, obrigando os advogados a procurarem informações processuais no Fórum¹⁰. Os próprios advogados utilizam a lentidão da Justiça para desfigurar as relações materiais objeto de discussão nos processos, propondo a celebração de acordos por valores muito inferiores àqueles a que as partes têm direito, em troca do encerramento mais célere da causa. Tudo isso tem sido feito crescentemente, em razão da insuficiência do Judiciário para resolver em prazo razoável os processos que por ele tramitam.

Não se pode ignorar que diversos dos expedientes mencionados acima violam o direito constitucional de ação. Na realidade, tudo o que reduz a ação a uma técnica especificada por regras (veneráveis ou execráveis, não importa) é inconstitucional. Constitucional é a ação que transcende a técnica, a ação enquanto direito fundamental. Pelos motivos expostos neste texto, entendemos que o instituto constitucional da ação se amolda mais facilmente às concepções da realidade social como práxis do que como *poiésis*.

É verdade que a categoria filosófica da práxis tem outros aspectos, não abordados no presente texto. Também é verdade que essa categoria tende a facilitar a construção de abordagens bastante amplas (macroabordagens) da realidade social. Tudo isso pode parecer distante das preocupações imediatistas, associadas às concepções técnicas do direito. Vimos, porém, no início deste artigo, que a construção de abordagens amplas é uma necessidade absoluta de todo conhecimento que almeje a uma validade maior do que aquela de que se revestem os passos, cuja adoção é considerada indispensável para a realização de tarefas determinadas ou para o atingimento de fins específicos. A universalidade é uma das mais sublimes características

⁽¹⁰⁾ A supressão da necessidade de intimação das partes pelos seus advogados foi instituída por norma administrativa nas Varas do Trabalho de uma Comarca do interior do Estado de São Paulo em 2002. Até hoje o problema não foi resolvido, em grande medida porque o Tribunal responsável pelo controle desse tipo de ocorrência não adotou as providências que se faziam necessárias para a normalização das intimações.

do conhecimento. Toda ciência, assim como toda atividade estética, deve ser universal para merecer esse nome. Não há razão para a Ciência do Direito ser diferente.

BIBLIOGRAFIA

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Efetividade do processo e técnica processual.” In Revista Forense, vol. 329.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. S.Paulo: Malheiros Editores, 1995.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedad*. Buenos Aires: EJE, 1974.
- COMOGLIO, Luigi Paolo e oo. *Lezione sul processo civile*. Bolonha: Il Mulino, 1995.
- DESTEFENNI, Marcos. *Natureza constitucional da tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão, dominação*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2001.
- JABUR, Gilberto. *O conflito entre a liberdade de pensamento e o direito à vida privada*. S.Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- JUNOY, Joan Pico I. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 2002.
- KONDER, Leandro. *O futuro da filosofia da práxis*. 2ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 1992.
- KOSIK, Karel. *Dialética do concreto*. 7ª ed., São Paulo, Paz e Terra, 2002.
- LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*, 2ª.ed.. S. Paulo: va, 2003.
- PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*, 2ª ed., Nápoles: Jovene, 1996.
- SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. S.Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. *Filosofia da práxis*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª ed., Campinas: Bookseller, 2000.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. S. Paulo: Editora Atlas, 1999.

PLENITUDE DE DEFESA NO PROCESSO CAUTELAR

Adriana Jesus GUILHEN*

I. HISTÓRICO

O processo cautelar teve suas primeiras manifestações no arresto pessoal do devedor fugitivo ou suspeito de fuga, do direito medieval europeu, assim como nas providências conservativo-executivas do direito romano, sendo introduzido inicialmente no direito alemão e posteriormente na Itália. Todavia, estas medidas não possuíam a concepção do processo cautelar atual, ou seja, como uma forma específica de jurisdição.

Apenas no século XVI as concepções romanas sobre a figura do arresto passaram a ter tratamento sistemático, como espécie de tutela cautelar. Assim, a origem do processo cautelar atual advém de uma lenta evolução, sem ser possível determinar um período histórico ou uma determinada origem como marco de seu surgimento.

O processo cautelar, em sua atual concepção processual, teve seus primeiros passos na doutrina

alemã, sendo que foi na doutrina italiana do século passado que surgiu esta terceira espécie, entre o processo de cognição e o de execução.

No direito português, o arresto como medida de segurança passou a ser disciplinado no Código Afonsino, de 1446, porém, conservando a concepção primitiva de medida de coerção pessoal, como meio de assegurar a presença do réu aos atos do processo, no caso deste ser pessoa suspeita, quando o réu não quisesse dar garantia ou não houvesse apreensão de bens capazes de assegurar futura execução e, ainda, para concessão do arresto deveria o magistrado ter conhecimento sumário do caso¹.

As Ordenações Manuelinas do século XVI copiaram a regra anterior que foi transportada às Ordenações Filipinas, que teve sua vigência transportada para o Brasil até o advento do Regulamento 737, editado em 25 de novembro de 1850, quando o embargo ou arresto passou a ser tratado no art. 321² do Regula-

(*) Mestranda em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de São José do Rio Preto (UNIRP). Advogada. Professora de Direito Processual Civil no Centro Universitário de São José do Rio Preto (UNIRP).

(1) **Livro 3º, Título 25:** "2. E se algum homem demandar outro por alguma contia de dinheiro, ou qualquer outra cantidade, e o demandado fosse pessoa sospeita, que não possuise bées de raiz, nem tivesse fazenda de bées movees, que valesse tanto quanto a dia contia, ou quantidade demandada, porque razoadamente se tolhesse a sospeita de sua ausencia, ou fugida, em tal caso deve o dito julgador mandar ao dito Reo, que satisdê com pinhoes abastantes, ou fiadores, de estar a Juizo na dita contenda, até que finalmente seja determinada; e em outra guisa deve fazer socresto em qualquer cousa sua, onde quer que achada for, que valha outro tanto como a cousa demandada; e nom lhe sendo achada tal cousa sua, nem querendo elle satisdar em Juizo, se lhe parecer que el he tal pessoa, que ligeiramente se poderá auzentar pera outra parte por seu delle não fazer direito, deve-o mandar prêder, ou entregar a fiadores idonios, que o apresentem a todo tempo em Juizo que requeridos forem, tomando primeiramente este Julgador sobre ello algum somario conhecimento, per que ao menos se mostre comjenturadamente o dito Reo ser obrigado ao que lhe he demandado."

(2) **Art. 321.** O Embargo ou arresto tem lugar:

§ 1º Nos casos expressos no Código, arts. 239, 379, 527, 619 e outros;

§ 2º Quando o devedor sem domicílio certo intenta ausentar-se ou vender os bens que possui ou não paga a obrigação no tempo estipulado;

§ 3º Quando o devedor domiciliário: 1º, intenta ausentar-se furtivamente, ou muda de domicílio sem ciência dos credores; 2º, quando muda de estado, faltando aos seus pagamentos e tentando alienar os bens que possui, ou contraindo dívidas extraordinárias, ou pondo os bens em nome de terceiro, ou cometendo algum outro artifício fraudulento;

§ 4º Quando o devedor possuidor de bens de raiz intenta aliená-los ou hipotecá-los sem ficar com algum ou alguns equivalentes às dívidas, livres e desembaraçados;

§ 5º Quando o devedor comerciante cessa os seus pagamentos e se não apresenta; intenta ausentar-se furtivamente ou desviar todo ou parte de seu ativo; fecha ou abandona o seu estabelecimento; oculta seus efeitos e móveis de casa; procede a liquidações precipitadas; põe os bens em nome de terceiros, contraí dívidas extraordinárias ou simuladas."

mento imperial, com maior preocupação com a pretensão de segurança e, conseqüentemente, maior relevância ao elemento cautelar.

Revogadas as Ordenações do Reino, o Regulamento 737 foi substituído pela Constituição de Ribas, promulgada pelo Governo Imperial em 28 de dezembro de 1875, que trazia pouca novidade a respeito da regulação do arresto, mas várias situações de cunho cautelar. Por exemplo, o seu art. 901 possibilitava o processamento da justificação prévia sem a ciência do demandado; o art. 906, 2ª parte, permitia ao juiz incompetente o conhecimento da medida em caso de urgência, ou seja, em situação de perigo de demora; por sua vez, o art. 907 previa até mesmo a possibilidade de liquidação prévia dos créditos ilíquidos constantes de documentos, possibilitando posterior arresto, que vinha disposto nos arts. 896 e 898³.

Em 18 de setembro de 1939 foi promulgado pelo Decreto-lei nº 1.608, o nosso primeiro Código de Processo Civil Brasileiro, que passou a vigorar a partir de 1º de fevereiro do ano seguinte. Neste diploma legal, a respeito do arresto, havia apenas o dispositivo do inciso I, do art. 676 que afirmava: “a medida preventiva poderia consistir no arresto de bens do devedor” e o art. 681, “que conservava a necessidade de prova literal de dívida líquida e certa, para concessão do arresto”.⁴

Assim, passamos do apego à letra da lei da legislação imperial à indeterminação dos pressupostos do arresto, onde, de acordo com o art. 675, satisfeita a exigência do art. 681, poderia o juiz conceder o arresto “quando, antes da decisão, fosse provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, ao direito de uma das partes”; sendo que esta concepção legal passou a ser denominada de poder geral de cautela, remontando à doutrina de *Chiovenda*.

No século XIX, o posicionamento dos juristas luso-brasileiros refletiam o compromisso entre o direito positivo e as propostas sobre as quais estavam inclinados os juristas quanto a relatividade do conceito de ação, particularmente *Calamandrei*. Aliás, foi este

processualista italiano, juntamente com *Chiovenda* e *Carnelutti*, que constituíram a dogmática do processo cautelar no âmbito de prevenção da função jurisdicional, como hoje se apresenta.

Chiovenda considera as medidas cautelares como ação asseguradora, fundada nas necessidades da tutela do direito, sendo “a medida provisória correspondente à necessidade efetiva e atual de afastar o temor de um dano jurídico”.⁵ Porém, esta visão de *Chiovenda* não é exauriente, pois para conceituar a medida cautelar ele não ligou à condição de receio de dano o perigo da demora, sendo que há várias outras medidas que não se enquadram como cautelar a serem utilizadas no processo a fim de evitar o dano jurídico.

Calamandrei avançou na visão do processo cautelar ao consagrar a sua instrumentalidade, afirmando que as cautelares não constituem um fim em si mesmas, pois elas visam assegurar preventivamente o resultado prático de posterior providência definitiva, havendo uma relação de subsidiariedade entre o processo cautelar e o processo principal. Por outro lado, este doutrinador não coloca o processo cautelar no mesmo plano dos processos de conhecimento e de execução, definindo as medidas cautelares não na sua qualidade, ou seja, quanto à natureza declarativa ou executiva, mas na sua finalidade, que é a antecipação dos efeitos da providência principal.

Carnelutti tem a visão mais avançada quanto à medida cautelar, entendendo “que sua finalidade é assegurar o equilíbrio inicial das partes, isto é, a tutela cautelar destina-se a evitar, no limite do possível, qualquer alteração no equilíbrio inicial das partes que possa derivar da duração do processo”⁶.

Este processualista ainda posicionou o processo cautelar ao lado dos processos de conhecimento e de execução, dando-lhe a função de realizar um dos fins da jurisdição, que é a prevenção, colocando o processo cautelar como meio de realização de uma tutela jurisdicional útil e eficaz.

(3) “Art. 896. Pendente a demanda sobre coisa móvel, seja a ação real ou pessoal, se o réu não possuir bens de raiz seus, que valham tanto como a coisa demandada, poderá o Juiz, a requerimento do autor, constrangê-lo a satisfazer com penhores ou fiadores idôneos, de sorte que, quando a coisa seja julgada ao autor, possa a sentença ser executada sem detença ou dificuldade”.

“Art. 898. Se a demanda versar sobre quantia em dinheiro ou outra qualquer quantidade, poderá o autor requerer, do mesmo modo, a satisfação ou seqüestro de valores equivalentes, se o réu não possuir bens seus móveis ou imóveis, livres e desembaraçados suficientes para a segurança da dívida de sorte que razoavelmente se tenha a suspeita de sua fuga”.

(4) SILVA, Ovídio A. Baptista da. Doutrina e Prática do Arresto ou Embargo, p. 36.

(5) THEODORO JÚNIOR. Humberto. Processo Cautelar, p. 50.

(6) *Ibid.*, p. 52.

II. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO CAUTELAR

O direito de ação, resguardado constitucionalmente, é o direito ao devido processo legal, que tem por fim eliminar os litígios e pacificar, através da atividade jurisdicional, fazendo atuar a vontade da lei. Juntamente com o direito de ação, a Constituição Federal assegura o contraditório, que visa a participação de todos os sujeitos da relação processual durante o curso do processo, possibilitando a influência equânime de todas as pessoas envolvidas diretamente na lide no seu resultado final, buscando a igualdade entre as partes, que constitui o fundamento de todos os princípios constitucionais do processo, ou seja, a paridade de armas, dando chances equivalentes das partes fazerem suas alegações e provas necessárias ao reconhecimento do direito deduzido.

Assim, o direito de ação compreende o direito ao contraditório, enquanto que este tem como um de seus componentes o direito à ampla defesa. O contraditório é pressuposto do direito de defesa, enquanto que o direito de defesa, do ponto de vista da garantia das partes, é condição para realização do contraditório.

A doutrina clássica preocupada com o valor segurança e com a devida observação dos preceitos constitucionais, optou pela utilização de um procedimento ordinário, de cognição plena e exauriente.

A demora da entrega da tutela jurisdicional e da inadequação do procedimento ordinário quanto a solução de conflitos emergenciais, fez com que fossem adotadas as tutelas de urgência, mais adequadas às novas necessidades do plano do direito material e à realidade social e jurídica, que necessitam de soluções urgentes, capazes de solucionar os conflitos de plano.

A garantia do acesso à justiça não se limita a assegurar formalmente o direito de invocar a tutela jurisdicional. A entrega desta tutela jurisdicional deve ser em tempo razoável, para que o resultado do processo seja eficaz à realização do direito material em favor de seu titular, para que seja possível o requerente usufruir de seus efeitos práticos. Este é o efetivo acesso à justiça. Se a entrega da tutela jurisdicional for morosa haverá comprometimento dos escopos jurídico e social do processo.

Por outro lado, é lógico que a adoção destas tutelas urgentes não podem trazer sacrifícios ao réu, devendo ser mantida a observância quanto aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. “A tutela sumária em favor do autor, sem cognição adequada e contraditório pleno, pode gerar soluções injustas e lesivas à esfera jurídica do réu.”⁷

Deve-se buscar a situação de equilíbrio entre os interessados, harmonizando os dois valores do processo: por um lado a agilidade esperada à efetividade da tutela em favor do autor e, por outro lado, a cognição necessária para um mínimo de certeza quanto a justiça da decisão do conflito. Esta ponderação dos valores dos bens em questão nada mais é do que a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Assim, no processo cautelar, a ciência do demandado quanto à existência de uma ação em face dele ajuizada e, conseqüentemente, o início da fluência do prazo para apresentação da defesa, é imposição que surge como conseqüência do princípio do contraditório; sendo que a exigência da ciência efetiva da existência da demanda e o direito de resposta decorrem do princípio do devido processo legal, que é a garantia do processo justo determinada pelo Constituição Federal.

Com a concessão da liminar *inaudita altera parte* não há a supressão do princípio do contraditório, ele apenas é diferido para outro momento do procedimento. A adoção desta técnica excepcional se justifica em função das circunstâncias inerentes ao direito material, vez que em determinadas situações a ciência da parte adversa, quanto a determinados atos processuais ou a demora na efetivação da medida solicitada pelo autor, pode ocasionar a ineficácia da atividade jurisdicional, ofendendo o princípio da paridade das partes no processo, quando o *periculum in mora* autoriza a concessão da medida liminar.

A liminar concedida é sumária e provisória, não havendo de se falar em lesão ao princípio do contraditório. “A provisoriedade da liminar permite que o réu apresente defesa e recurso contra o seu deferimento. A postergação do contraditório é legítima, pois atende ao um princípio merecedor de atenção, isto é, à efetividade do direito de ação”.⁸

Quando pela natureza e finalidade do provimento jurisdicional há necessidade da concessão

⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência, p. 379.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Novas Linhas do Processo Civil, p. 237.

de liminar *inaudita altera parte*, não há transgressão ao direito do contraditório, vez que, de acordo com Nelson Nery Junior:

Isto não quer significar, entretanto, violação do princípio constitucional, porquanto a parte terá oportunidade de ser ouvida, intervindo posteriormente no processo, inclusive com direito a recurso contra liminar concedida sem sua participação. Aliás, a própria provisoriedade dessas medidas indica a possibilidade de sua modificação posterior, por interferência da manifestação da parte contrária, por exemplo.⁹

Ademais, o princípio da efetividade do acesso à justiça não se restringe a assegurar um resultado efetivo apenas ao autor, vez que a efetividade não pode ser fundada em um valor absoluto. As condições de todos os envolvidos na relação jurídica, em princípio, devem ser protegidas, devendo haver um equilíbrio entre os interesses opostos e contraditórios, a fim de que a solução do conflito seja benéfica ao titular do direito material merecedor da tutela jurisdicional.

O processo deve ser o instrumento efetivo de garantia das pessoas. Como não é possível um sistema processual que resguarde as garantias de apenas uma das partes da relação processual, há de sempre ser aplicado o princípio do contraditório efetivo e equilibrado.

III. A DEFESA NO PROCESSO CAUTELAR

Diante do princípio constitucional da ampla defesa, assim como em todos os processos contenciosos, também no processo cautelar devemos aplicar o princípio do contraditório, não podendo o julgador decidir sem ouvir ambas as partes.

Este preceito vem consagrado no Código de Processo Civil, na *caput* do art. 802 que determina: “O requerido será citado, qualquer que seja o procedimento cautelar, para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido, indicando as provas que pretende produzir.”.

O legislador não foi feliz na regulamentação do procedimento cautelar comum, o tema foi tratado sem a clareza necessária, cabendo ao intérprete encontrar delimitação do sistema a ser observado, sendo que diante

das lacunas encontradas é necessária a aplicação subsidiária das regras do processo de conhecimento.

Assim, ao determinar o artigo supra mencionado que o requerido deve ser citado para contestar “qualquer que seja o procedimento cautelar”, independentemente de controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, é certo que esta regra é geral, devendo ser aplicada tanto no procedimento cautelar comum estabelecido nos arts. 800 a 812, como nos procedimentos cautelares especiais e atípicos.

Há exceção quanto à apresentação da contestação nos casos das cautelares nomimadas de protestos, notificações e interpelações (art. 871), no protesto e apreensão de título (art. 882) e na justificação (art. 865), pois estas hipóteses não representam verdadeiramente ações cautelares, mas constituem procedimentos conservativos.

Por seu turno, apesar de o art. 802 falar, textualmente, em “contestação”, é entendimento pacífico da doutrina, a possibilidade de outra modalidade de resposta: a exceção (de impedimento, de suspeição ou de incompetência), porém não é admitido o oferecimento de reconvenção.

IV. PRAZO PARA DEFESA

De acordo com a regra constante no *caput* do art. 802, do CPC, o prazo para contestação na ação cautelar é de 5 (cinco) dias, tanto para procedimento cautelar comum quanto para os procedimentos específicos e atípicos.

Por seu turno, o parágrafo único de sobredito artigo estabelece duas hipóteses de contagem deste prazo: “Conta-se o prazo, da juntada aos autos do mandado: I – de citação devidamente cumprido; II – da execução da medida cautelar, quando concedida liminarmente ou após justificação prévia”.

Na primeira hipótese devemos seguir a regra do processo de conhecimento, que não oferece dificuldades ou incompreensões, devendo a citação do réu ser ordenada de imediato e a contagem do prazo de cinco dias para contestação ter seu início com a juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido, consoante determina o art. 241 do CPC.

No caso da segunda hipótese, ou seja, quando é concedida a liminar *inaudita altera parte*, não basta apenas a juntada do mandado devidamente cumprido, referente à execução da medida cautelar, quando

⁽⁹⁾ In Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, p. 149.

concedida liminarmente ou após justificação prévia, vez que consoante o art. 802 a citação é sempre obrigatória.

Diante da indispensável citação do réu, exigência que surge como corolário do princípio do contraditório, neste caso, após a execução da medida cautelar deve ser realizada a sua intimação, para que o prazo de resposta comece a fluir, pois são frequentes “os casos em que a medida cautelar é concedida e executada sem que o réu tenha conhecimento da própria existência da ação”.¹⁰

Executada a providência concedida *in limine litis*, conforme preceitua o art. 811, II, do CPC, cabe ao autor “promover a citação o requerido dentro em 5 (cinco) dias”, caso contrário poderá o requerente responder ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida cautelar. Ainda, “como se verifica com a leitura deste dispositivo, efetivada a medida concedida *inaudita altera parte*, e não sendo o demandado citado em cinco dias, a medida perderá sua eficácia”.¹¹

Na prática, podemos perceber que a intimação da efetivação da medida faça as vezes da citação, pois, ao ser deferida a liminar é determinada a execução da providência e a citação do réu, sendo que estes atos processuais são realizados em sucessão imediata: inicialmente é cumprida a medida preventiva e, em seguida, a citação do réu, até mesmo, normalmente, num mesmo mandado. Porém, para que isto ocorra, é necessário que constem do mandado de intimação todos os requisitos exigidos à formalização da citação, como a cópia ou transcrição do inteiro teor da petição inicial.

No caso de justificação prévia, com a citação do réu para acompanhá-la, se houver decisão em audiência quanto à concessão da liminar ou não, o requerido é intimado na própria audiência, passando a fluir o prazo para contestar. Por outro lado, se a decisão for tomada posteriormente, a partir da intimação do requerido, que normalmente é realizada na pessoa de seu advogado, quanto a decisão pela concessão ou não da liminar é que passa a contar o prazo para defesa.

Quanto às exceções processuais: exceção de incompetência, suspeição ou impedimento, não há previsão de prazo para suas arguições, devendo o réu suscitar-las no prazo de contestação, assim como no processo de conhecimento.

Por fim, devemos analisar uma outra situação fática possível. Pode ocorrer do demandado ser citado

logo após a concessão da liminar *inaudita altera parte*, mas antes de sua efetivação. Nesta situação o prazo para oferecimento de resposta não fluirá a partir da juntada do mandado de citação devidamente cumprido, mas da juntada do mandado de efetivação da medida cautelar, vez que a regra do inciso II deve prevalecer sobre o inciso I, do parágrafo único, do art. 802 do CPC e, conseqüentemente, haverá um favorecimento ao demandado, pois o prazo para oferecimento de resposta acabará sendo ampliado.

V. LIMITES DA DEFESA

No processo cautelar não são admitidas a reconvenção e a ação declaratória incidental, devendo a resposta do requerido limitar-se a simples contestação, incluindo nesta as defesas processuais e a de mérito, além da indicação das provas que pretende produzir (art. 802, *caput*), e das exceções substanciais constantes do art. 326 do Código de Processo Civil, referentes a fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do pedido, além das exceções de incompetência, impedimento e suspeição (arts. 304 a 314 CPC), que serão processadas em apenso aos autos do processo cautelar, que ficará suspenso até que a exceção seja definitivamente julgada.

Ademais, a defesa de mérito no processo cautelar deve observar as formalidades e requisitos dos arts. 300 a 303 e versar apenas sobre o mérito da própria cautelar, ou seja, a demonstração da inexistência do *fumus boni iuris* ou da iminência de dano irreparável, porém, esta limitação não impede ao réu alegar eventuais defesas que já suscitou ou que poderá suscitar na contestação da ação principal, dependendo se a cautelar for incidental ou preparatória.

Pode o réu, também em sua contestação apresentar as preliminares previstas no art. 301, com as necessárias adaptações, com exceção quanto ao compromisso arbitral (art. 301, IX), pois o contrato arbitral não pode impedir a parte de socorrer-se à providência cautelar, vez que “nem mesmo a lei pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.¹² Porém, o julgamento favorável ao requerido quanto a estas alegações em nada influenciará no processo principal, seja este de conhecimento ou de execução, com exceção dos casos

⁽¹⁰⁾ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil. Vol. 3, p. 136.

⁽¹¹⁾ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Vol. III, p. 65.

⁽¹²⁾ LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. VIII – Tomo I, p. 232.

de reconhecimento de prescrição ou decadência, conforme o art. 810.

Concedida a medida cautelar *inaudita altera parte*, quando o réu é citado, normalmente já houve a efetivação da medida, no entanto, pode o mesmo requerer na contestação a cassação da medida, devido o caráter de provisoriedade da medida cautelar.

Apesar de o requerido poder valer-se de alegações em sua defesa na ação cautelar que também serão suscitadas na ação principal, por parte do julgador, esta extensão não pode ser utilizada para um julgamento análogo da ação cautelar e da ação principal, devendo as defesas correspondentes à ação principal servirem apenas como alegações e provas tendentes a demonstrar a inexistência do *fumus boni iuris* ou da iminência de dano irreparável, com o fim precípua de se obter uma sentença de improcedência da ação cautelar, pelo fato de o autor não ter comprovado suficientemente seu bom direito, ficando o mérito da ação cautelar circunscrito à prova de verossimilhança do direito invocado pelo autor.

Quanto à reconvenção, esta não é admitida no processo cautelar, vez que este não se destina a discutir o mérito da controvérsia, assim, não há direito material por parte do réu a opor por via reconvenção. Porém, na própria contestação pode o requerido pleitear medida de contracautela, sob forma de caução, ou a substituição da providência concedida por outra.

VI. EFEITOS DA REVELIA

A regra referente à revelia no processo cautelar está prevista no art. 803: “Não sendo contestado o pedido, presumir-se-ão aceitos pelo requerido, como verdadeiros, os fatos alegados pelo requerente (arts. 285 e 319); caso em que o juiz decidirá dentro em 5 (cinco) dias”. Analisando este preceito verificamos que o legislador adotou para o processo cautelar a mesma disciplina sobre os efeitos da revelia estabelecida no processo de conhecimento.

Quanto à previsão estabelecida no art. 803, de que os fatos alegados pelo autor, na ocorrência da revelia, devem ser presumidos como verdadeiros ultrapassa os limites da jurisdição cautelar, onde os valores verdadeiros ou falsos não devem ser

considerados, cabendo ao julgamento da ação cautelar limitar-se à declaração de verossimilhança dos fatos.

Ademais, a sumariedade do processo cautelar impede uma cognição exauriente, possibilitando apenas a cognição superficial devido à situação de urgência que se apresenta, eximindo o julgador de examinar o mérito com a mesma profundidade que o processo de conhecimento exige, de modo que a regra contida no art. 803 traz para o processo cautelar uma consequência do processo de conhecimento que para este é completamente supérflua, conforme esclarece-nos Ovídio A. Batista da Silva:

A única maneira de harmonizar a norma do art. 803 com os princípios que dominam o procedimento cautelar será considerá-la aplicável apenas ao respectivo procedimento cautelar em que se tenha dado a revelia, de modo que a presunção de veracidade dos fatos emergentes da revelia não se transfira para a ação principal. Esta foi a solução preconizada por J. J. CALMON DE PASSOS (ob. cit., p. 166) e que o Simpósio de Curitiba tentou contornar, ao dizer, em sua conclusão LXVII, que a “regra do art. 803 diz respeito apenas aos fatos relativos ao próprio procedimento cautelar” (Ajuris 6/155), sem contudo resolver a questão da eventual identidade de *fatos controvertidos* na causa principal e tornados *verdadeiros* na demanda cautelar incidente.¹³

VII. AGRAVO DE INSTRUMENTO

No sistema processual brasileiro vigente não há tratamento recursal diferenciado para decisões de matérias meramente processuais e para decisões sumárias que decidem sobre a matéria de mérito. O que determina o recurso cabível contra uma decisão de órgão monocrático é o fato dela encerrar o processo em primeiro grau de jurisdição ou não, sem a necessidade de averiguarmos qual o seu conteúdo. Contra a decisão que encerra a relação processual perante o juiz de primeiro grau, o recurso cabível é a apelação¹⁴, enquanto que, contra a decisão que não encerra a relação processual, denominada decisão interlocutória, é cabível o agravo de instrumento¹⁵. Assim, contra a decisão que

⁽¹³⁾ In Curso de Processo Civil. Vol. 3, p. 140.

⁽¹⁴⁾ Art. 513: “Da sentença caberá apelação (arts. 267 e 269)”.

⁽¹⁵⁾ Art. 522: “Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, retido nos autos ou por instrumento”.

concede ou nega a liminar na medida cautelar, em primeiro grau, caberá agravo de instrumento, a ser interposto no prazo de dez dias após a intimação do ato decisório.

No caso de decretação da liminar pode o réu como parte prejudicada interpor agravo de instrumento com fulcro no art. 522 do CPC, e até mesmo requerer que lhe seja atribuído o efeito suspensivo, nos casos de risco de lesão grave e de difícil reparação, conforme autoriza o art. 527, III¹⁶ combinado com o art. 558¹⁷, ambos do CPC.

Quanto ao agravo retido entendemos que este não é pertinente para o caso em tela, porque na situação o agravante não teria interesse recursal, pois ele depende de uma concessão imediata da liminar, enquanto que este recurso não lhe traria utilidade, vez que só seria analisado após a sentença de mérito, quando reiterado em eventual apelação.

Podemos considerar como exceção a esta regra a possibilidade da interposição do agravo retido pelo réu no caso da concessão da liminar não lhe trazer risco de dano irreparável ou de difícil reparação, ou seja, se não houver para o demandado o *periculum in mora*, pois se interposto o agravo de instrumento, este poderá ser convertido em agravo retido, com fulcro no art. 527, II, CPC.

Outra questão relevante é a necessidade de aplicação do princípio do contraditório no agravo. Há decisões jurisprudenciais¹⁸ considerando dispensável o contraditório no agravo de instrumento quando este recurso é interposto contra decisão que denega a concessão da liminar *inaudita altera parte*. Este entendimento justifica-se pelo fato de que a ciência ao agravado quanto à interposição do recurso é realizada através de intimação na pessoa de seu advogado, sendo certo que neste caso como o réu ainda não foi citado, não terá constituído um advogado e, ainda, de que como se trata de medida de urgência a sua análise não poderia depender do decurso do prazo para resposta da parte contrária.

Porém estas justificativas não são plausíveis, a falta de intimação do agravado ofende não só o princípio do contraditório, mas também o da ampla defesa e o da isonomia, pois com o eventual provimento do agravo de instrumento interposto pelo autor, este conseguirá reverter à situação que lhe era desfavorável. Por seu turno, o réu ficará desprovido de recurso que possibilite a devolução ampla da decisão, pois só caber-lhe-á os embargos de declaração e os recursos especial e extraordinário, os quais ainda exigem o preenchimento do requisito do prequestionamento, ou seja, a necessidade do acórdão ter enfrentado questão federal ou constitucional, o que não é possível vez que o agravado não teve possibilidade de suscitar tais prequestionamentos por até então não ter participado da relação processual.

VIII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO JÚNIOR, Gediel Claudino. *Prática no Processo Civil*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2002.

ASSIS, Araken de. *Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. III, 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

GRECCO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 16 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VIII – Tomo I, 7ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998.

⁽¹⁶⁾ **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 desta 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;”

⁽¹⁷⁾ **Art. 558:** “O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.”

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela Antecipada*. 3ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1ª ed. Campinas: Millenium Ed., 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 33ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 2, 8ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. Vol. 3, 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Doutrina e Prática do Arresto ou Embargo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1976.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do Processo Cautelar*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II, 33ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 19ª ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol. 3. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

WAMBIER, Teresa Arrua Alvim. *Os Agravos no CPC Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Wiliam Sebastião BEDONE*

1) ORIGEM DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Nesse tópico serão sumariamente apresentadas as origens histórica e ética da responsabilidade civil.

a) Origem histórica

Historicamente, o diploma primordial para o entendimento da responsabilidade civil foi a *Lex Aquilia*¹, de origem romana. Esse diploma, de uso restrito a princípio, atinge dimensão ampla na época de Justiniano, como remédio jurídico de caráter geral; como considera o ato ilícito uma figura autônoma, surge, desse modo, a moderna concepção de responsabilidade extracontratual.

O sistema romano da responsabilidade extrai da interpretação da *Lex Aquilia* o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente causados, independentemente de relação obrigacional pré existente. Funda-se aí a origem da responsabilidade extracontratual. Por essa razão, denomina-se também *responsabilidade aquiliana* essa modalidade.

A *Lex Aquilia* foi um plebiscito aprovado provavelmente nos fins do século III ou no início do século II a. C., que possibilitou atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens. Como os escravos eram considerados coisas, a lei também se aplicava nas hipóteses de dano ou morte deles. Punia-se, destarte, por uma conduta que viesse a ocasionar danos.

A partir do século XVII, a Escola do Direito Natural ampliou o conceito da *Lex Aquilia*. A teoria da reparação de danos somente passou a ser perfeitamente

compreendida quando os juristas equacionaram que o fundamento da responsabilidade civil situa-se na quebra do equilíbrio patrimonial provocado pelo dano. Nesse sentido, transferiu-se o enfoque da culpa, como fenômeno centralizador da indenização, para a noção de dano. O direito francês, por fim, aperfeiçoou as idéias romanas, fixando princípios gerais de responsabilidade civil.

b) fundamento ético

O ser humano, porque dotado de liberdade de escolha e de discernimento, deve responder por seus atos. A liberdade e a racionalidade, que compõem sua essência, trazem-lhe, em contraponto, responsabilidade por suas ações e omissões no âmbito do direito, ou seja, a responsabilidade é corolário da liberdade e da racionalidade.

Assim, é mister que o homem, no plano jurídico, responda (do latim “spondeo”, que significa “responder a”) pelos impulsos (ou ausência deles) dados no mundo exterior, sempre que eles atinjam a esfera jurídica de outrem.

Dessa forma, quando estabelece relações intersubjetivas no seio social, de modo a alcançar direito de terceiro, ou de modo a ferir valores básicos da sociedade (responsabilidade penal), o agente deve arcar com as consequências, sem o que seria impossível a própria vida dentro dela.

Dai emerge a teoria da responsabilidade, a qual se bifurca em dois campos distintos: a responsabilidade civil e a responsabilidade penal. Nesta, que ora não constitui objeto de investigação, certas ações são

(*) Mestrando em Direito Processual Civil – PUC-Cmapinas.

(1) Até então, a responsabilidade era pessoal, o devedor tinha que arcar com o dano com seu próprio corpo (pena de morte, redução à condição de escravo).

definidas como “crimes” ou “contravenções”, sujeitando quem as realiza a sanções de caráter pessoal, cerceadoras de sua liberdade, mescladas ou substituídas, por vezes, por imposições patrimoniais. Naquela, que é a que interessa ao estudo ora realizado, o agente pode ser obrigado, pelo prejudicado, a reparar o dano causado, restaurado o equilíbrio que sua ação rompeu.

A pedra de toque dessa construção, destarte, calca-se no princípio do *neminem laedere*, isto é, “a ninguém se pode lesar”, expressão cujas raízes encontram-se no direito natural, e que constitui o fundamento da responsabilidade civil, consubstanciada no dever de reparar o dano causado.

2) NOÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Em face do que foi exposto acima, a responsabilidade civil pode ser definida como obrigação pela qual o agente fica adstrito a reparar o dano culposamente causado a terceiro. Tal figura encontra suas origens na noção de desvio de conduta. Em outras palavras, pode-se dizer que a teoria da responsabilidade civil foi edificada para alcançar as ações praticadas em contrário ao direito (entendendo-se o último, aqui, como *directus* ou *rectum*, isto é, em linha reta, reto de ponta a ponta).

Com efeito, das ações que interessam ao direito, umas são conformes a ele, os “atos jurídicos”, ao passo que outras são desconformes, os “atos ilícitos”, sendo que esses produzem obrigações para seus agentes.

Entende-se, desse modo, que os atos ilícitos, ou seja, os praticados com desvio de conduta, devem submeter o lesante à satisfação do dano causado a outrem. Mas, em sua conceituação, ingressam diferentes elementos, tendo-se por pacífico que apenas os atos resultantes da ação consciente devem ser definidos como ilícitos. Portanto, à antijuridicidade deve-se juntar a subjetividade, devendo ser perquirida a vontade do agente. A culpa *lato sensu* é, nesse caso, fundamento da responsabilidade.

Em suma, para que haja ato ilícito, ensejador da responsabilidade civil, é imprescindível a presença dos seguintes elementos: a existência de uma ação ou omissão; a violação da ordem jurídica; a culpabilidade da conduta; a penetração na esfera jurídica de outrem (dano).

Dessa maneira, deve haver um comportamento do agente, positivo (ação) ou negativo (omissão) que,

desrespeitando a ordem jurídica, cause prejuízo a outrem, pela ofensa a bem ou direito deste. Esse comportamento (comissivo ou omissivo) deve ser imputado à consciência do agente, por dolo (intenção) ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia), contrariando seja um dever geral do ordenamento jurídico (delito civil), seja uma obrigação em contrato (inexecução de contrato ou obrigação).

Esse comportamento gera para o autor a responsabilidade civil, que traz, como consequência, a imputação do resultado à sua consciência, traduzindo-se, na prática, pela reparação do dano causado, o que ocorre normalmente pela sujeição do patrimônio do agente, salvo quando possível a execução específica. Em outras palavras, o agente figurando como gerador da responsabilidade.

Deve o agente, portanto, recompor o patrimônio (moral ou econômico) do lesado, ressarcindo-lhes os prejuízos acarretados, à custa do seu próprio, desde que presente a subjetividade do ilícito.

3) ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Como foi dito no item anterior, o conceito clássico de responsabilidade civil tem como pressuposto o comportamento culposamente imputado ao agente. Entretanto, edificou-se no fim do século XIX uma teoria afastando a culpa da caracterização da responsabilidade, ao que foi denominada responsabilidade civil objetiva. Em contrapartida, a definição clássica de responsabilidade, a qual imprescinde da culpa *lato sensu* para sua verificação, passou a ser conhecida por responsabilidade civil subjetiva.

a) Responsabilidade civil subjetiva: a responsabilidade contratual e extracontratual

A responsabilidade civil subjetiva divide-se em dois campos, sob o fundamento da origem do dano causado. Com efeito, o agente pode cometer dano a outrem (ofendendo o ordenamento e ensejando a responsabilidade civil) através da violação de um dever jurídico ou pelo não cumprimento da obrigação contratual. Tem-se, pois, a seguinte dicotomia: responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana (arts. 389 e 186, do Código Civil, respectivamente).

Primeiramente, ressalve-se que ambas regulam-se racionalmente pelos mesmos princípios, posto que a idéia de responsabilidade é una. A diferença reside,

pois, na origem do dano: a violação de um dever previsto em uma norma geral e abstrata prevista no ordenamento jurídico, ou a violação de um dever previsto contratualmente.

Para esclarecer a questão, traz-se magistério de José de Aguiar Dias²: “Partindo-se de um princípio geral de que a culpa se corporifica em ato ilícito e este é a violação de um dever pré-existente, passa-se à verificação de que esse dever tanto pode ser de ordem legal, como um preceito moral determinado ou uma obrigação geral de não prejudicar ou, ainda, um dever contratual. As três espécies se agrupam no título ‘culpa extracontratual’ (...). A culpa contratual (por sua vez), se estabelece em terreno bem mais limitado e definido, e consiste, segundo Savatier, ‘na inexecução previsível e evitável, por uma parte ou seus sucessores, de obrigação nascida de contrato prejudicial à outra parte ou a seus sucessores (...)’. É certo que a responsabilidade contratual se finda na autonomia da vontade, ao passo que a extracontratual independe dela.”

Dessarte, não há distinção ontológica entre culpa contratual e extracontratual. Elas apresentam diferenças no que tange à matéria de prova e à extensão dos efeitos. São, porém, aspectos acidentais. O que é mais importante é a unicidade ontológica. Numa e noutra há de estar presente a contravenção a uma norma, ou seja, a culpa é a mesma tanto para a infração contratual como para a extracontratual.

Em termos mais práticos, a diferença fundamental entre ambas as modalidades reside nisto: na responsabilidade civil extracontratual a vítima há de comprovar a ocorrência de uma ação ou omissão do agente, sua culpabilidade, a existência de um dano (moral e/ou patrimonial) e o nexo causal entre a conduta culposa e o dano experimentado.

Já na responsabilidade civil contratual, ao credor cumpre provar a inexecução contratual, daí se presumindo a culpa da outra parte contratante, a existência do dano e o nexo de causalidade. Disso decorre que cumprirá ao ofensor demonstrar a sua não culpa.

Vale dizer, pois, que na responsabilidade do tipo contratual há o efeito processual denominado inversão do ônus da prova tocantemente à culpabilidade. Seja como for, tanto numa tipologia como na outra (contratual ou extracontratual), o elemento culpa em sentido lato

estará presente, havendo discrepância apenas no que tange ao ônus de sua demonstração. Bem por isso é que essas modalidades de responsabilidade civil são denominadas de subjetivas, porquanto o elemento culpabilidade se faz presente.

b) Responsabilidade civil objetiva

O desenvolvimento tecnológico ocorrido no decorrer do século XX tornou a teoria da responsabilidade subjetiva, isto é, dependente de culpa, inepta no que concerne à reparação do dano dos sujeitos lesados. Para que se configure a responsabilidade civil dentro da teoria da culpa, é necessária a vulneração de norma pré-existente, além da comprovação do nexo causal entre o dano e a antijuridicidade da conduta do agente. Ocorre que diversos fatores (desigualdade econômica, dificuldade de meios de prova, capacidade organizacional das grandes empresas) impediam que fosse comprovada, no processo, a culpa do lesante, o que deixava a vítima, muitas das vezes, sem indenização.

Assim, partiu a doutrina a buscar técnicas que solucionassem esse estado de coisas. A primeira evolução foi o surgimento da teoria da culpa presumida (oriunda da responsabilidade civil subjetiva contratual), que seria o ponto intermediário entre a responsabilidade subjetiva clássica - ou extracontratual - e a objetiva. Trata-se de uma inversão do ônus da prova, ou seja, o lesante tem que provar que não agiu com culpa ao cometer o dano. À guisa de exemplificação, mencione-se a Súmula nº 341, do STF, erigida à luz do antigo Código Civil, a qual previa a culpa presumida do empregador tendo em vista o ato culposo praticado pelo empregado, construção jurisprudencial essa criada a fim espancar controvérsias interpretativas oriundas da aplicação dos arts. 1.521 e 1.523, do mencionado *Codex*.

Com efeito, dentro da teoria clássica da culpa, a vítima tem que demonstrar a existência dos elementos fundamentais de sua pretensão, sobressaindo-se o comportamento culposo do demandado. Com o advento da teoria da culpa presumida, presume-se o comportamento culposo do causador do dano, cabendo-lhe demonstrar a ausência de culpa para eximir-se do dever de indenizar³. Tal teoria representou uma evolução, sem, contudo, repelir o pressuposto subjetivo da doutrina tradicional.

⁽²⁾ DIAS, José de Aguiar, *Responsabilidade Civil*, 10ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, pg. 141.

⁽³⁾ Frise-se, entretanto, que quanto aos outros elementos da responsabilidade civil (dano, nexo de causalidade e violação da ordem jurídica), o ônus da prova continua sendo da vítima.

Posteriormente, no fim do século XIX, sob os auspícios de Josserand e Salielles, houve uma evolução para a teoria da responsabilidade objetiva, na qual não é necessária a presença de culpa, bastando estar presentes os demais elementos geradores da responsabilidade civil; em outras palavras, ainda que não exista culpa do agente, uma vez que constem os demais elementos, é devida a indenização.

O fundamento da responsabilidade objetiva foi encontrado na teoria do risco. Assim, em linhas gerais, caso uma atividade crie risco aos indivíduos que dela usufruem, o prestador da atividade poderá ser objetivamente responsabilizado caso haja ocorrência de dano aos usuários.

Entretanto, é importante que se faça uma distinção. A responsabilidade objetiva é exceção, e não regra, em nosso ordenamento jurídico. A responsabilidade subjetiva continua sendo a regra. Como bem expõe Rui Stoco⁴, “a culpa exprimiria a noção básica e o princípio geral definidor da responsabilidade, aplicando-se a doutrina do risco nos casos especialmente previstos, ou quando a lesão provém de situação criada por quem explora profissão ou atividade que expôs o lesado ao risco do dano que sofreu”.

Assim, o direito positivo brasileiro estabelece que o princípio geral da responsabilidade civil repousa na culpa (arts. 186 e 389, do Código Civil). Não obstante, o Código Civil prevê a responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único), na hipótese de atividade de risco. Ademais, a legislação acerca de acidente de trabalho, transportes, direitos do consumidor e também a responsabilidade civil do Estado têm o mesmo caráter.

4) REQUISITOS PARA A CONFIGURAÇÃO DE CADA ESPÉCIE

Importa aqui, sob a égide do exposto no item antecedente, apontar de forma precisa os elementos que caracterizam cada espécie de responsabilidade apresentada.

Responsabilidade civil subjetiva extracontratual: para sua configuração é mister que estejam presentes a conduta comissiva ou omissiva (ação ou omissão), o

detrimento na esfera jurídica de outrem (dano), a culpa *lato sensu* (dolo ou culpa *stricto sensu*, caracterizada pela negligência, imprudência ou imperícia) e o nexo de causalidade, isto é, a conduta do agente tem que ser condição necessária, suficiente e adequada para a ocorrência do dano. Nessa hipótese, incumbe à vítima, consoante já esclarecido, demonstrar a presença de todos os requisitos de configuração.

Responsabilidade civil subjetiva contratual (com culpa presumida): trata-se do sistema intermediário na evolução da responsabilidade subjetiva clássica para a objetiva. Ela não chega a constituir uma espécie diferente de responsabilidade, pois também depende de culpa, ou seja, é subjetiva, apresentado os mesmos elementos apontados para essa espécie de responsabilidade (ação ou omissão, dano, nexo de causalidade e culpa *lato sensu*). A diferença reside no campo do direito processual, e não do direito material. Com efeito, opera-se aqui uma presunção relativa ou *juris tantum* de inversão do ônus da prova no que tange à culpa: o agente causador do dano tem que provar que não agiu com culpa, ou seja, a vítima não tem que provar a culpa do agente de plano.

Frise-se que, quanto aos demais elementos, o ônus da prova é ainda da vítima.

Responsabilidade civil objetiva: prescinde da culpa do agente. Basta a comprovação do dano, da ação ou omissão e do nexo de causalidade. Opera aqui, devido ao risco inerente à atividade, uma presunção absoluta ou *jure et de jure* que o agente agiu culposamente. Não se admite, portanto, contraprova. Forma-se, destarte, um novo tipo de responsabilidade⁵, cabendo ao autor da ação de indenização respectiva comprovar somente a presença dos três requisitos acima apontados.

5) RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Sendo o Ministério Público órgão ligado ao Estado (vide item 7), antes de se falar na responsabilidade dele é mister que se fale da responsabilidade civil do Estado.

Nem sempre foi aceita a idéia de que o Estado poderia ser responsabilizado por danos causados ao particular. Com efeito, na época dos Estados absolutos,

⁴ STOCO, Rui, *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*, 3ª Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pg. 66.

⁵ É cediço o ensinamento de que as presunções relativas fazem parte do direito processual, posto que apenas trazem inversão do ônus da prova, enquanto que as absolutas são afeitas ao direito material. Eis porque a responsabilidade objetiva constitui espécie nova de responsabilidade e a com culpa presumida não.

vigorava a idéia da completa irresponsabilidade, calcada na idéia de soberania: o Estado disporia de autoridade incontestável perante o súdito; este exerce a tutela do direito, não podendo, por isso, agir contra aquele. Essa noção imortalizou-se na máxima *the king can do no wrong*, ou, numa tradução que não se apegue à literalidade dos termos, mas ao sentido da frase, *o rei não erra*.

A partir do século XIX essa teoria, evidentemente injusta, foi superada. Começou a admitir-se a possibilidade de o Estado ser responsabilizado pelos danos que causasse com culpa. Adotou-se, pois, a teoria da responsabilidade subjetiva, já exposta supra, consagrada pelo antigo Código Civil em seu art. 15.

Assim, criou-se a engenhosa teoria dos atos de império e atos de gestão. Os primeiros seriam os praticados pela administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade, e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum. Já os atos de gestão seriam aqueles praticados pela Administração em pé de igualdade com os particulares, para administração do patrimônio e gestão dos serviços públicos. A responsabilidade do Estado poderia ser invocada quando o mesmo praticasse atos de gestão.

Percebe-se, destarte, que há um abrandamento em relação à teoria da irresponsabilidade, pois se admitia a responsabilidade civil quando da prática de atos de gestão, afastando-a em caso de ocorrência de ato de império.

No fim do século XIX, na França, surgiu a idéia de que a responsabilidade civil do Estado não podia reger-se pelas regras prescritas no Código Civil. Deveria ela ter um regime de direito público, diferente do imposto aos particulares. Surge, assim, a teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado, cujo fundamento, como descrito supra, é a teoria do risco. Tal doutrina baseia-se no princípio da igualdade de ônus e encargos sociais: assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros devem ser repartidos.

Em suma, a idéia de culpa é substituída pela de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado; prescinde-se da apreciação de elementos subjetivos,

pelo motivo da atividade estatal envolver um risco de dano.

Essa solução foi abraçada pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, que consagra a responsabilidade objetiva do Estado, o que, aliás, já houvera sido feito pelas duas Cartas Políticas anteriores, de 1.967 e 1.946.

6) NOÇÃO DE AGENTE POLÍTICO E AGENTE PÚBLICO

As pessoas que prestam atividade para o Estado podem ser enquadradas como agentes políticos ou agentes públicos. A doutrina se divide quanto à abrangência dos termos.

Para Hely Lopes Meirelles,⁶ “agentes políticos são os componentes do governo em seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais”. São incluídas pelo autor nessa categoria tanto os chefes do Poder Executivo federal, estadual e municipal, e seus auxiliares diretos, os membros do Poder Legislativo, como também os da Magistratura, Ministério Público, Tribunal de Contas, representantes diplomáticos e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho das atribuições governamentais, judiciais ou quase judiciais, estranhas ao quadro do funcionalismo estatutário.

Já Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella di Pietro adotam conceitos mais restritos. Para ambos, os agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do país, isto é, aqueles que ocupam os cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado, e, portanto, o esquema fundamental do poder. Assim, seriam agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos e respectivos auxiliares imediatos (Ministros e Secretários das diversas pastas), os Senadores, os Deputados e Vereadores.

Percebe-se, pois, que o primeiro autor considera o membro do Ministério Público como agente político, ao passo que os outros dois enquadram-no como mero agente público.

Nos dizeres de Maria Sylvia Zanella di Pietro,⁷ “não basta o exercício das atribuições constitucionais

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 1996, pg. 72.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 14ª Ed., Atlas, São Paulo, 2002, pg. 433.

para que se considere como agente político aquele que as exerce, a menos que se considere como tal todos os servidores integrados em instituições como competência constitucional, como a Advocacia Geral da União, as Procuradorias dos Estados, a Defensoria Pública, os militares (...). Quanto aos membros do Ministério Público, a inclusão na categoria de agentes políticos tem sido justificada pelas funções de controle que lhe foram atribuídas pela Constituição de 1988 (art. 129), especialmente a de 'zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nessa Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia' (inciso II). No entanto, quanto à forma de investidura e aos vínculos com o Poder Público, sua situação iguala-se à dos servidores públicos estatutários, ainda que submetida a estatuto próprio."

7) ENQUADRAMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Prescreve o art. 127, da Constituição Federal: "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses individuais e sociais indisponíveis".

O legislador constituinte optou por não enquadrar o Ministério Público em nenhum dos poderes constituídos, mas sim em colocá-lo em capítulo, título e seção autônomos. Assim, surgiu o questionamento dentro da doutrina acerca da natureza jurídica do Ministério Público, ou seja, em qual dos poderes ele se enquadraria (na CF/67, fazia parte do Executivo expressamente), ou se então constituiria um quarto poder.

Tal discussão revelou-se inócua. Com efeito, mais importante que enquadrar o Ministério Público dentro de algum poder constituído é ter em mente suas funções e as prerrogativas que a Lei Magna lhe confere, bem assim - e fundamentalmente - os instrumentos que ela lhe dá para a consecução dos fins previstos.

Muito esclarecedora, nesse particular, é a lição de Hugo Nigro Mazzili⁸: "assim, na verdade é mera questão de conveniência que o Ministério Público encontre não utópica posição de quarto poder, e sim posição constitucional distinta, para desvinculá-lo de uma dependência excessiva, especialmente de um dos poderes do Estado, qual seja, o Executivo. Mas isso

ainda seria pouco: o mais importante são os instrumentos, as garantias e os impedimentos para que a instituição, como um todo, e seus membros, individualmente, bem desempenhem suas funções, com liberdade e independência, desde o procurador geral até o mais novo promotor de justiça substituto.(...) ...muito mais adequada foi a solução encontrada na CF/88. Como se viu e é bem sabido, a divisão tripartite do poder é antes política e pragmática que científica. Pouca ou nenhuma importância teria colocar o Ministério Público dentro de qualquer poder do Estado, ou até utopicamente erigi-lo a um quarto poder, a fim de que, só por isso, se lhe pretendesse conferir independência. Está não decorrerá basicamente da colocação do Ministério Público nesse ou naquele título ou capítulo da Constituição, nem de denominá-lo poder de Estado autônomo ou não; antes, primordialmente, dependerá das garantias e instrumentos de atuação conferidos à instituição e seus membros".

Dentro desse diapasão é que se deve apontar para certas circunstâncias que denotam a autonomia da atuação do Ministério Público. Nesse sentido, a possibilidade de o órgão do mesmo determinar o arquivamento de inquérito policial. Assim se afirma porque, uma vez instada a autoridade judicial competente e negado o pedido, há recurso para o Procurador Geral de Justiça, de sorte a que a atribuição para o ato, em última instância, é da instituição. Mencione-se ainda a possibilidade de determinados membros do MP serem autores de crime de responsabilidade, nos termos das Leis nº 1.079/50 e 10.028/00. Inolvide-se também da autoria de projetos de lei que digam respeito à instituição, e a de proposta orçamentária, nos moldes do art. 127, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal.

Tem-se, conseqüentemente, que o tratamento constitucional dispensado ao MP é de agente político, senão de direito, mas pelo menos de fato.

8) RESPONSABILIDADE CIVIL DO SERVIDOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Como o título do trabalho se revela abrangente, houve-se por bem distinguir, dentro do âmbito do MP, os servidores, de um lado, e, de outro, seus membros.

Assim é que o servidor do Ministério Público não realiza as funções institucionais do órgão. Ele apenas

⁽⁸⁾ MAZZILI, Hugo Nigro, *Regime Jurídico do Ministério Público*, 5ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2001, pg. 138-140.

dá o suporte para que seus membros realizem seu mister previsto na Constituição Federal de 1.988.

Por isso, sua responsabilidade será regida pelo art. 37, § 6º, da Constituição Federal, como a de qualquer outro servidor comum: caso ele aja com culpa, o Estado pode processá-lo em ação de regresso, sendo que a responsabilidade deste último, em relação à vítima, é objetiva.

9) RESPONSABILIDADE CIVIL DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Preliminarmente, é mister que se diga que quando se fala em responsabilidade civil do membro do Ministério Público, há se pensar na responsabilidade civil extracontratual, pois o dano a ser eventualmente causado não seria, obviamente, por descumprimento de obrigação contratual.

A primeira indagação a ser feita é a seguinte: o Ministério Público poderia ser responsabilizado como instituição, ou só há a possibilidade de responsabilização do seu membro?

Entende-se que não é possível a possibilidade de responsabilização do Ministério Público enquanto instituição. Isso devido ao fato de ele não possuir personalidade jurídica própria, distinta da do Estado. Assim, será este o responsável por eventuais danos causados por aquele. Nesse sentido afirma Hugo Nigro Mazzilli⁹: “(A responsabilidade) nunca será do Ministério Público enquanto instituição, pois não tem personalidade jurídica. Em decorrência da relação de organicidade, eventual responsabilidade será da respectiva pessoa jurídica de direito público interno a que esteja vinculada a atuação ministerial.”

Destarte, o Estado responde por danos causados pelo Ministério Público, de acordo com as regras contidas no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, uma vez que este apresenta relações orgânicas com aquele.

Já no que tange à responsabilização individual do membro do Ministério Público, vem ela prescrita no art. 85, do Código de Processo Civil. Reza o aludido dispositivo que “o órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, procede com dolo ou fraude”.

Percebe-se da exegese do texto legal que não está o membro do Ministério Público sujeito ao esquema

usual de responsabilidade. Com efeito, só pode o mesmo ser responsabilizado com dolo (que por sua vez abrange a fraude, havendo aqui um lapso redacional por parte do legislador), ou seja, exclui-se a possibilidade de responsabilização na hipótese de culpa em sentido estrito (negligência, imprudência ou imperícia). Nessa hipótese, ele só poderá ser responsabilizado disciplinarmente.

À primeira vista, poder-se-ia pensar que tal regra cria alguma espécie de privilégio ao membro do Ministério Público, pois esse não responderia, ainda que agisse com culpa. Entretanto, a questão deve ser analisada sob outro enfoque. Trata-se, na verdade, de uma garantia à sociedade.

De fato, o múnus dos membros do MP, verdadeiros “advogados da sociedade”, exige liberdade de atuar. Esse mecanismo da responsabilidade deve ser encarado, pois, como uma garantia, ao lado da inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e vitaliciedade, para que o membro do Ministério Público possa exercer sua função aberta e livremente, imune a qualquer meio de coerção. Imagine-se, por exemplo, que se a cada ação penal pública incondicionada no bojo da qual o réu não fosse condenado, o membro do MP houvesse de ser responsabilizado por ter exercido o direito de ação que lhe compete.

Afinal, seria muito fácil aviltá-los financeiramente, determinar sua remoção para alguma comarca longínqua, privando-os do convívio de seus familiares ou determinando suas exonerações quando estivesse incomodando determinado setor. Ultimamente, aliás, tem-se empreendido verdadeira perseguição no país contra os membros do Ministério Público que se prestam a investigar e apurar questões ligadas à corrupção e desvios de verbas públicas, sendo ventilada a possibilidade de aprovação da famigerada “Lei da Mordaga”.

Enfim, a responsabilidade civil do membro do Ministério Público apenas em atuação dolosa é antes uma garantia à sociedade, para que quem aja em seu nome o faça com liberdade, do que alguma espécie de privilégio. Toda forma de constrangimento ou embaraço à atuação do membro da instituição constitui sério óbice à sua independência funcional, o que é repudiado pelo nosso sistema constitucional.

Percebe-se, portanto, que há a concomitância de dois sistemas de responsabilidade: o Estatal e o do

⁽⁹⁾ MAZZILI, Hugo Nigro, *Ob. Cit.*, pg. 598.

Ministério Público. O lesado tem direito perante o Estado, de acordo com a fórmula do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, enquanto que este terá direito de regresso contra o membro do Ministério Público caso ele aja com dolo (o art. 85, do CPC, excepciona, pois, a regra de que o servidor será responsabilizado quando age com culpa em sentido lato).

Nesse tópico, surge a questão: poderia o lesado responsabilizar diretamente o membro do Ministério Público ou só o Estado poderia fazê-lo, mediante ação de regresso? Hugo Nigro Mazzili¹⁰ defende a segunda opinião, que, contudo, não é a mais acertada.

Com efeito, a lei em nenhum momento retira legitimidade do lesado para responsabilizar diretamente o membro do Ministério Público quando esse age com dolo. O que ocorre é que se prefere processar o Estado porque nesse caso seria prescindível a comprovação sequer da culpa, quanto mais do dolo, além do fato de ele nunca ser reduzido à insolvência. Entretanto, caso a vítima julgue que está cabalmente comprovado o dolo do membro do Ministério Público, e queira evitar entrar em uma longa fila de precatórios para receber do Estado, ela pode processar o primeiro diretamente. Não é, em suma, obrigatório que se processe o Estado. Posição nesse sentido é insustentável em face do esquema legal da responsabilidade civil.

Outra questão incidental diz respeito ao modo pelo qual o Estado, se acionado nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Cidadã, poderia exercer o direito de regresso previsto no mencionado preceptivo. O modo mais simples, sem sombra de dúvida, reside na denúncia da lide, formulada em contestação, o que provocaria, se aceita, o julgamento simultâneo da lide do autor contra o Estado e deste em face do órgão do MP. Argumenta-se, porém, em sentido contrário, que a denúncia da lide se mostra incompatível com a ação originária, posto que esta é calcada na responsabilidade objetiva, que prescinde do elemento subjetivo culpa em sentido lato, ao passo que aquela é pautada justamente nesse elemento, restrito que esteja à figura do dolo.

Até o momento não há balizamento definitivo por parte da jurisprudência, havendo decisões em ambos os sentidos.

10) MODELO PORTUGUÊS

Para efeitos de comparação com o modelo pátrio, traga-se à colação a sistemática portuguesa vigente a respeito do tema.

Ora, a Lei Orgânica do Ministério Público português (Lei nº 47/86) expressamente prescreve que o membro do Ministério Público só pode ser responsabilizado através do Estado. Dispõe o art. 56, do referido diploma: “fora dos casos em que a falta constitua crime, a responsabilidade civil apenas pode ser efectivada mediante ação de regresso do Estado”.

Nesse caso, é possível a defesa da posição de Hugo Mazzili, acima criticada, pois aqui a lei expressamente dá apenas e tão somente ao Estado a possibilidade de demandar o membro do Ministério Público quando esse causar dano no exercício de suas funções.

11) CONCLUSÃO

Procurou-se, com o presente trabalho, conferir exatos contornos à questão da responsabilidade civil dos membros do Ministério Público, para o que restou assente que a mesma só se dá nos casos de dolo, cabendo à vítima acionar diretamente aquele ou o Estado, cuja responsabilidade é objetiva, e que exercerá o respectivo direito de regresso mediante denúncia da lide ou através de ação autônoma.

Essas eram as considerações que poderiam ser feitas acerca do tema proposto.

BIBLIOGRAFIA

- DIAS, José de Aguiar de, *Responsabilidade Civil*, 10ª Ed., Rio de Janeiro, Forense.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 14ª Ed., Atlas, São Paulo, 2002, pg. 433.
- JÚNIOR, Nelson Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, 5ª Ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.
- MAZZILLI, Hugo Nigro, *Regime Jurídico do Ministério Público*, 5ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2001.
- MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 1996.
- STOCO, Rui, *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*, 3ª Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

⁽¹⁰⁾ MAZZILI, Hugo Nigro, *Ob. Cit.*, pg. 597-606

PODER GERAL DE CAUTELA*

Peter PANUTTO

1) MEDIDAS CAUTELARES TÍPICAS OU NOMINADAS

O Legislador, diante da possível necessidade de acautelamento do direito do Jurisdicionado, a fim de garantir a materialização do direito no processo, criou Medidas Cautelares específicas, devidamente elencadas no Código de Processo Civil. Dentre estas medidas cautelares típicas ou nominadas podemos citar o arresto, o seqüestro e a busca e apreensão, dispostas nos artigos 813 a 889 do CPC.

2) MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS

Contudo, impossível seria ao legislador prever todos os meios de acautelamento do direito e, em razão disto, o artigo 798 do CPC possibilita ao juiz *“Determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao Direito da outra lesão grave e de difícil reparação”*.

A esse poder do magistrado de acautelar o direito da parte, fora das Medidas Cautelares típicas, dá-se o nome de Poder Geral de Cautela.

Entretanto, dentro de seu Poder Geral de Cautela, não pode o juiz agir arbitrariamente, devendo acautelar o direito da parte somente mediante provocação (artigo 801, CPC) e desde que preenchidos os requisitos básicos da Medida Cautelar.

2.1) Conteúdo das medidas cautelares atípicas

O artigo 799 do CPC, visando delinear as medidas cautelares atípicas dispõe:

“No caso do artigo anterior, poderá o juiz autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.”

O eminente jurista Humberto Theodoro Jr. ensina que esta enunciação de atividades do juiz dentro do Poder Geral de Cautela é interpretada pela doutrina como *“meramente exemplificativa, sem caráter exaustivo”*. Mesmo porque, quando o legislador utilizou a expressão *“autorizar ou vedar a prática de determinados atos”* objetivou munir o julgador dos mais amplos poderes dentro do Poder Geral de Cautela, ficando a seu arbítrio o acautelamento do direito da parte, nas mais diversas situações. (Curso de Direito Processual Civil, Vol. II, Ed. Forense, 34ª Ed., Pág. 361).

2.2) Requisitos das medidas cautelares atípicas

As medidas cautelares atípicas ou uninominadas devem preencher os mesmos requisitos das cautelares nominadas, que são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Como já dito, somente após o preenchimento desses requisitos, é que o Juiz poderá, dentro de seu Poder Geral de Cautela, acautelar o direito do jurisdicionado, mediante provocação da parte por meio das cautelares uninominadas.

2.3) Medidas cautelares nominadas X Poder Geral de Cautela

A doutrina e jurisprudência discordam a respeito da possibilidade de a parte invocar a tutela jurisdicional por meio das cautelares atípicas quando existe cautelar nominada específica para a sua pretensão.

* Trabalho apresentado na disciplina Processo Cautelar, ministrada no Curso de Mestrado em Direito Processual Civil, da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, pelo Professor Doutor Jorge Luís de Almeida.

Vicente Grecco Filho ensina que “*O Poder Geral de Cautela, todavia, ampliado pelo Código vigente, em momento algum quis que se substituíssem as medidas cautelares típicas pelas inominadas. Se não cabem aquelas por falta de requisito legal, não podem vir acobertadas pelo manto do artigo 798.*” (Direito Processual Civil Brasileiro, 3º Vol., Ed. Saraiva, 16ª Ed., Pag.157)

Theotônio Negrão cita jurisprudências no mesmo entendimento de Vicente Grecco, comentando que “*A Medida Cautelar Específica não pode ser concedida senão nos casos expressos em lei, não podendo ser ampliada como medida cautelar inominada (RT 600/165). Por isso: “Não se deve deferir cautela inominada na hipótese de prever o ordenamento jurídico providência específica para atender à necessidade Cautelar.” (RTFR 162/173, no mesmo sentido: STJ 191/241).*” (Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 32ª Ed., Ed. Saraiva, Pág. 813).

Já Humberto Theodoro Jr., em entendimento diverso, citando Rocco, aduz que “*Todos os direitos subjetivos ou interesses, mesmo os compreendidos na tutela das medidas específicas, estão também incluídos na área de incidência da tutela genérica ou não especificada em lei, mas compreensível nos poderes outorgados ao Juiz pelo Artigo 798, CPC.*” (op. cit., pág. 362)

Diante de tal divergência, concluímos que ao juiz não cabe aumentar as providências de cada cautelar nominada dentro de seu Poder Geral de Cautela, ou, exemplificando, se a parte pede a busca e apreensão de coisa ou pessoa, tal pedido deve ser analisado sob a ótica das regras desta cautelar nominada, como previsto na lei. Todavia, se a parte pede a busca e apreensão, sem contudo, nominar a petição inicial com tal título, nominando-a como inominada, deve o juiz dentro do princípio da fungibilidade, analisar o pedido sob a ótica das regras das cautelares nominadas, deferindo-o se cabível.

Sob este aspecto, importante citar lição de Ernane Fidélis dos Santos, que assumidamente mudou de opinião sobre o tema. Diz o nobre autor: “*Em outras edições, fizemos a seguinte afirmação: Quando a lei prevê medida específica, com pressupostos próprios, a cautela inominada não será permitida, se são eles, na verdade, os da medida típica. Quando, por exemplo, se apreendem e se depositam bens para garantir futura execução por quantia certa, a medida é “arresto”. Se se admitir, como aliás, a jurisprudência admite, que o arresto só se concede com prova escrita da dívida*

(artigo 814,I), qualquer medida inominada, com os mesmos fins, mas para garantia de dívida, sem prova literal, será arresto e, em consequência, não permitida.” Tomamos, porém, outra posição, para admitir que medida inominada assemelhada à nominada pode ser concedida por motivação que possa informar a possibilidade de bom direito e o perigo da demora.” (Manual de Processo Civil, vol. II, Ed. Saraiva, 8ª Ed., Pág. 408 e 409).

2.4) Aplicabilidade das medidas cautelares atípicas

A práxis forense, dentro das inúmeras possibilidades de aplicabilidade das Cautelares Inominadas, tem se utilizado das seguintes medidas atípicas, como relata Humberto Theodoro Jr.:

a) a sustação do protesto cambiário, antes da ação anulatória do título ou de desconstituição do negócio subjacente, para evitar o notório prejuízo comercial que a medida acarreta ao devedor;

b) a suspensão provisória de deliberação social, quando a minoria ou algum sócio vencido pretenda mover ação principal para anular a decisão tomada pela assembléia da sociedade civil ou comercial;

c) a proibição de dispor, como medida menor do que o seqüestro e o arresto, pois conserva a posse do dono, e apenas interdita a possibilidade de alienação da coisa;

d) o depósito, quando a parte litigante quer se desonerar do risco de continuar com a guarda do objeto litigioso e há recusa em recebê-lo por parte do adversário;

e) a proibição de fabricar determinado produto, enquanto pende o juízo de tutela ao direito de invenção;

f) a proibição de usar nome ou marca comercial, que se confunda com outro ou outra;

g) admissão de exercício provisório se servidão sob passagem sob litígio;

h) autorização para o locador prover por meios próprios a cultura de um fundo rústico abandonado pelo locatário, que não o cultivava convenientemente;

i) suspensão dos efeitos de uma eleição realizada por sociedade corporativa para composição dos órgãos de administração, sob fundamentos de irregularidade na convocação da assembléia;

j) autorização ao parceiro proprietário para fazer a colheita da lavoura e depositar os frutos para

posterior partilha, tendo em vista o abandono da plantação pelo parceiro- agricultor;

k) suspensão de mandato social e nomeação de administrador judicial;

l) condicionamento de certos atos de administração de bens litigiosos à prévia autorização judicial;

m) suspensão de atos de disposição do interditando, durante o processo de interdição." (Op. Cit., Pág. 363)

Fica claro que se trata de rol meramente ilustrativo, uma vez que, como já dito, infindáveis são as possibilidades de acautelamento do direito, diante de Poder Geral de Cautela.

BIBLIOGRAFIA

WAMBIER, Luís Rodrigues. Curso Avançado de Proc. Civil, 3ª Ed., Ed. RT

BAPTISTA, Ovídio da Silva. Do Processo Cautelar, 3ª Ed., Ed. Forense

THEODORO JR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, Vol. II, 34ª Ed., Ed. Forense

GRECCO, Vicente Filho. Direito Processual Civil Brasileiro, 3º Vol., 16ªEd., Ed. Saraiva

NEGRÃO, Theotônio. Código de processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 32ª Ed., Ed. Saraiva

BRASIL: ALCA E OMC

Agostinho Toffoli TAVOLARO

1 - INTRODUÇÃO

Dia a dia se impõe ao brasileiro a necessidade de conhecer o posicionamento do Brasil no contexto internacional, face a globalização da economia, principalmente no que diz respeito à regulação do comércio internacional e a seus organismos principais ALCA (Área de Livre Comércio das Américas) e OMC (Organização Mundial do Comércio).

2 - ALCA – O QUE É – AS DISCUSSÕES – O SINGLE UNDERTAKING – ÁREA DE LIVRE COMÉRCIO

2.1 – Objetivo e Estados Membros

A ALCA é um projeto lançado em 1994, na primeira Cúpula (ou Cimeira, como querem os puristas da língua) das Américas, lançado por chefes de Estado de 34 países do continente americano, tendo por finalidade estabelecer uma área de livre comércio das Américas.

Conceituemos desde logo **ÁREA DE LIVRE COMÉRCIO**, que se apresenta como aquela em que há livre circulação de bens e serviços entre os países membros, inexistindo barreiras tarifárias ou não tarifárias que obstem ou dificultem essa livre circulação, estágio esse que se considera atingido quando 85% do comércio é livre, podendo cada país membro estabelecer sua alíquota de importação de produtos de países não signatários do acordo.

Os 34 países que se propõe a constituir a ALCA possuem 800 milhões de habitantes, tendo um PIB de US\$ 11,5 trilhões (dados de 2002).

De se notar que neste quadro, como apontou RENATO BAUMANN, nas exportações nos países do Mercosul para os Estados Unidos e o Canadá

representam 19,9% do total, dos países da Comunidade Andina representam 53,6% e os do Mercado Comum Centro Americano representam 51,2%, sendo ainda de se anotar que a participação dos impostos sobre transações internacionais no total da arrecadação desses países é de 53% na Comunidade Andina, 18,8% no Mercado Comum Centro Americano, 8,7% na Comunidade do Caribe e de 6,3% no Mercosul, o que vale dizer que para os outros blocos seria suprimida uma importante fonte de receita fiscal se não se fixar na ALCA uma compensação (Amcham UPDATE 10/10/2002).

Aponte-se ainda, que os Estados Unidos têm um PIB de US\$ 9,3 trilhões, participam do comércio mundial com 15,2% e têm uma média tarifária de 5,6%, enquanto que para o Brasil esses números são: PIB – US\$ 300 bilhões, participação no comércio mundial 0,9% e média tarifária 14,3%.

Ressalte-se, no entanto, que o Brasil é importante dentro da ALCA, por ter economia que era o dobro da russa e da indiana, fazer fronteira com nove dos onze países da América do Sul, possuir mais da metade da população da América do Sul (ou seja um grande mercado consumidor), ter mais de 40% dos usuários da Internet na América Latina e ser o líder do Mercosul.

2.2 – Procedimento de Formação

A ALCA tem, em projeto ainda, um acordo, cuja segunda minuta foi publicada em 01.11.2002 (www.alca-ftaa.org), sendo de se destacar nessa minuta que existe a cláusula do “Single Undertaking”, ou seja, que todas as decisões têm que ser tomadas por consenso, devendo todos os assuntos ser decididos conjuntamente, de tal modo que nada estará decidido enquanto tudo não estiver decidido.

Foi estabelecido um cronograma para que se tenha a ALCA funcionando plenamente em 2005, quando

ocorreria então a ratificação do acordo pelos Congressos, implementando-se a partir de 2006 o fim da rede tarifária, alcançando 85% dos produtos até 2015 e, em 2020, ter-se-ia o fim das tarifas para produtos sensíveis.

Desde 1994 até hoje, ocorreram as reuniões de cúpula e encontros ministeriais, sendo que de Outubro de 2002 até 2004 Brasil e Estados Unidos exerceram a co-presidência da ALCA.

3 - OMC – O QUE É – AS SOLUÇÕES DE CONFLITO – A TRAJETÓRIA DO BRASIL NA OMC

A OMC veio substituir o GATT, constituído em 1947, tendo por finalidade regular o comércio internacional entre todos os países do mundo, cabendo-lhe inclusive solucionar conflitos. A solução desses conflitos é feita dentro do procedimento estabelecido no acordo de Marrakech (1994).

O Brasil teve e ainda tem inúmeras pendências na OMC, mostrando-se DURVAL NORONHA GOYOS extremamente crítico dos resultados, vez que afirma haver perdido o Brasil 75% dos casos (Canadá – indústria aeronáutica; União Européia – leite e frangos Estados Unidos da América, União Européia e Japão – regime automobilístico), havendo ganhado apenas contra as Filipinas no caso do leite de coco e litisconsorte no caso da Venezuela e dos Estados Unidos – padrões ambientais para a gasolina (O Brasil, a Organização Mundial do Comércio (OMC) e a Área de Livre Comércio das Américas (ALCA) (www.noronhaadvogados.com.br/pal77dnp.htm, acessado em 08/10/2003)

4 – ALCA – BRASIL E EUA – OBJETIVOS

Do noticiário depreende-se que os objetivos do Brasil e dos Estados Unidos são:

BRASIL:

- a) fortalecer o Mercosul
- b) estabelecer eventual área de livre comércio entre Mercosul e União Européia;
- c) não agir precipitadamente pois vários setores de sua economia não estão preparados para concorrência internacional livre de tributos de importação.

EUA:

- a) maiores defensores da ALCA;
- b) acesso facilitado a grandes mercados consumidores;

- c) fortalecimento de sua influência política;
- d) fortalecimento da política comercial.

5 - ALCA – SETORES DE VANTAGENS E DESVANTAGENS PARA O BRASIL

O Brasil apresenta-se com vários setores em que a ALCA daria oportunidade de prevalência a setores mais bem desenvolvidos de sua economia, a saber:

- a) agronegócios;
- b) aeronáutico;
- c) armamentos;
- d) autopeças
- e) brinquedos;
- f) cervejas e refrigerantes;
- g) cimento;
- h) couro;
- i) embalagens;
- j) papel e celulose;
- k) siderúrgico;
- l) têxtil.

Por outro lado, a ALCA poderia acarretar desvantagens a setores como:

- a) componentes eletrônicos;
- b) máquinas e equipamentos;
- c) metalúrgico;
- d) móveis;
- e) químico;
- f) software e informática

6 - ALCA – A IMPORTÂNCIA DA AGRICULTURA DO BRASIL E O FARM ACT AMERICANO (BUSH, 13/05/2002)

O papel da agricultura é extremamente importante para o Brasil porque ele é o maior produtor mundial de cana-de-açúcar, laranja e café, ocupando o segundo lugar na produção de soja em grãos, de milho, de carne bovina e de frango, e o terceiro na produção de frutas..

A agricultura representa 40% nas exportações brasileiras, emprega 37% da mão-de-obra e tem uma participação no PIB de 10%, sendo a maior responsável pelo superávit na balança comercial brasileira.

Por outro lado, a agricultura nos Estados Unidos foi objeto do Farm Act Americano, sancionado pelo

Presidente Bush em 13/05/2002, pelo qual são destinados aos agricultores americanos subsídios de US\$ 17,5 bilhões por ano entre 2002 e 2007, totalizando US\$ 180 bilhões em 10 anos, tendo ainda o Presidente americano sancionado o TPA (Trade Promotion Authority) em 06/08/2002, que autoriza o Executivo negociar acordos comerciais sem interferência do Congresso durante o processo de negociação, cabendo ao Congresso, depois de finalizado o acordo, aprová-lo ou rejeitá-lo por inteiro, autorização essa que foi outorgada mediante concessões ao setores da agricultura, do aço e têxteis.

7 - BRASIL – PREPARAÇÃO

É importante destacar que o Brasil deverá preparar-se para reduzir o chamado “Custo Brasil”, buscando facilitar e desonerar as exportações através da reforma tributária, flexibilização da legislação trabalhista, capacitação em pesquisa e desenvolvimento, dando maiores oportunidades à educação e criando uma infra-estrutura de transportes e portuária.

8 - BRASIL FORA DA ALCA – CONSEQUÊNCIAS

Caso o Brasil não venha participar da ALCA, cabe lembrar que as Américas representam 70% das exportações industriais do Brasil e que a falta de acordo, pois a ALCA poderá existir sem o Brasil, haverá direcionamento de investimentos para outros países, bem como tentativa de abertura de outros mercados que não o brasileiro.

Consequência principal, no entanto, a nosso ver, é que inexoravelmente o Brasil será levado a um acordo bilateral com os Estados Unidos, que terá então um custo muito maior do que o de participar no acordo multilateral da ALCA.

9 - AS POSIÇÕES NO BRASIL QUANTO À ALCA E OMC – PRÓ E CONTRA

Não podem ser olvidadas a oposição ferrenha que fez o PT no passado contra a ALCA, bem como a Conferência Nacional dos Bispos e parte da intelectualidade brasileira, que promoveram um plebiscito em que se buscava evitar a anexação do Brasil pelos Estados Unidos – expressão usada pelo então Presidente do PT – Luiz Inácio Lula da Silva (Folha de

São Paulo, p. A-4, 18/09/2002), manifestando-se também contra ela a FIESP (Folha de São Paulo, p. B-8, 26/07/2002), bem como ainda a Aliança Social Continental (www.asc-hsa.org.br) e a Friedrich Ebert Stiftung (www.fes.org.br)

Mesmo no seio do Governo Brasileiro notavam-se no passado e nota-se mais ainda hoje, dentro do próprio Ministério das Relações Exteriores posições divergentes entre os diplomatas que representam o Brasil.

De se notar que a Câmara Americana do Comércio de São Paulo tem posição cautelosa quanto ao assunto, que deseja ver discutido e objeto de representação dos setores diretamente envolvidos.

10 - OMC – CANCUN – O G-20+ - NEGOCIAÇÕES

A recente rodada de Cancun, em que o Brasil liderou um bloco de países em desenvolvimento, criando o grupo dos 20, que passou a 23 mas que já teve a defecção de Colômbia, Peru e El Salvador, o que levou ao apregoadado fracasso da reunião de Cancun, demonstram as dificuldades da negociação multilateral de grande espectro, postergando-se quaisquer deliberações para a Rodada de Doha (O Estado de São Paulo, p. B-12, 07/10/2003).

11 - ALCA – TRINIDAD – TOBAGO

Também a reunião ministerial de Trinidad – Tobago da ALCA colocou o Brasil em uma posição de antagonismo, que teria levado inclusive nosso país a um isolamento negado veementemente pelo Ministério das Relações Exteriores Celso Amorim (O Estado de São Paulo, p. B-14, 08/10/2003).

12 – O BRASIL E OS TRATADOS INTERNACIONAIS

O que parece ocorrer é que mais uma vez se evidencia o distanciamento do Governo, quando discute tratados, das bases que representa, como acontece de costume com os tratados de dupla tributação internacional, em que não existe consulta às empresas e aos contribuintes.

Fato que demonstra essa alienação da diplomacia e do Governo em relação ao tema é noticiado pelas críticas, que o Ministro da Agricultura – Roberto

Rodrigues, fez atuação do Ministério das Relações Exteriores, as quais encontraram eco na própria FIESP (O Estado de São Paulo, p. B-12, 07/10/2003).

Na verdade aponta-se mesmo no Governo um grupo favorável às negociações constituído dos Ministérios da Fazenda, Desenvolvimento e Agricultura.

13 - CONCLUSÕES

É necessário que o Brasil decida-se de vez pela postura que deseja adotar nas negociações comerciais internacionais, na defesa dos maiores interesses da economia e consequentemente da política social.

A conciliação é difícil, principalmente quando se tem em conta que cada um dos demais países que integrarão a ALCA tem visões e interesses próprios, tanto assim é que o Uruguai apresentou uma visão da ALCA diversa dos seus companheiros do Mercosul (www.alca-fta.org.br, acesso em 07/10/2003), o mesmo fazendo um grupo composto de 13 países, a saber: Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicarágua, Canadá, México, Chile, República Dominicana, Panamá, Colômbia, Peru e Bolívia.

Entendemos, contudo, que o objetivo é alcançável, dependendo no entanto de maior harmonia dentro de nossa própria casa, cabendo enfatizar a participação das entidades privadas.

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A OBRIGATORIEDADE DO TRABALHO PRISIONAL

João José LEAL*

RESUMO

Partindo da premissa éticopolítica de que o trabalho – erigido à categoria de princípio fundante do Estado do Estado Democrático de Direito brasileiro (art. 1º, inciso IV, da CF) – é considerado como um valor social, o presente artigo analisa a constitucionalidade das normas que estabelecem a obrigatoriedade do trabalho prisional. Conclui que estas normas, além de terem sido recepcionadas pela CF/88, é um componente indissociável do processo de execução material da pena privativa de liberdade.

A partir desta premissa de trabalho, o autor examina as normas de Direito Penal e de Execução Penal que disciplinam a questão relativa ao trabalho prisional. Considerando o trabalho externo incompatível com a execução da pena em regime fechado, o estudo focaliza essa forma de trabalho pelos presos em regime semiaberto.

A idéia central deste estudo é a de que o trabalho externo, apesar da omissão da LEP, é perfeitamente compatível com o regime semiaberto. Como regra, deve sempre ser realizado no interior do estabelecimento próprio, que é a Colônia Penal Agrícola ou Industrial. No entanto, em face da falta deste tipo de estabelecimento (fato comum em nosso país), o trabalho externo deve ser autorizado ao condenado em regime semiaberto.

Palavras-chave: Código Penal – Colônia Penal Agrícola – Colônia Penal – Industrial estabelecimento penal – execução penal – Lei de Execução Penal – LEP – regime fechado regime prisional – regime semiaberto – trabalho externo – trabalho penitenciário – trabalho prisional.

1. EXECUÇÃO PENAL E OBRIGATORIEDADE DO TRABALHO PRISIONAL

1.1. Doutrina Predominante: Legitimidade da Obrigatoriedade

A Lei de Execução Penal – LEP, além de visar a efetivação das disposições da sentença criminal, tem

por objetivo éticopolítico o difícil e complexo desafio de “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (art. 1º). No tocante ao trabalho penitenciário (interno ou externo), compreendido como *dever social e condição de dignidade humana*, estabelece a lei que o mesmo terá “finalidade educativa e produtiva” (art. 28, *caput*).

A legitimidade das normas que estabelecem a obrigatoriedade do trabalho do preso, observadas suas

* Doutor em Direito e Professor do Curso de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UNIVALI - Itajaí - SC. Ex-Procurador Geral de Justiça de SC. Ex-Diretor do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Regional de Blumenau. Sócio da AIDP e do IBCCrim.

aptidões e capacidade (arts. 34 § 1º, 35, § 1º e 36 § 1º, do CP e 31 da LEP), é aceita pela maior parte da doutrina sem qualquer restrição.

Ney Moura TELES parte da premissa de que, por meio do trabalho, o homem se tornou um ser social e afirma que o trabalho prisional é “muito mais que um direito, pois constitui um importante método para o tratamento do desajustado social que é o condenado, com vistas a obter sua reinserção na vida social livre.”¹ Romeu FALCONI não discrepa desta posição, ao lecionar que “a laborterapia é uma das formas mais eficazes de reinserção social, desde que dela não se faça uma forma vil de escravatura.”²

Jason ALBERGARIA entende que a idéia de trabalho como dever social, “ênfatisa a responsabilidade pessoal do preso, como a de todo homem, ao assumir seu posto na sociedade”. Conclui que a “reinserção social do preso como objetivo da pena retirou do trabalho o seu aspecto de castigo, *opressão e exploração*.”³

Odir PINTO DA SILVA e José Antônio BOSCHI assinalam que o trabalho prisional impede que o preso venha a desviar-se dos objetivos da pena “*de caráter eminentemente ressocializador, embrenhando-se, cada vez mais nos túneis submersos do crime*.”⁴

Para Júlio MIRABETE, o trabalho prisional não constitui uma agravação da pena, “mas um mecanismo de complemento do processo de reinserção social”.⁵ Armida Bergamini MIOTTO escreve que “o trabalho, com seu sentido ético, suas funções e finalidades éticas, se integra no regime de execução da pena, concomitantemente, como um direito e um dever”. Para a autora, a laborterapia constitui importante instrumento de adaptação à disciplina prisional e de autopreparação para a vida em liberdade.⁶

Heleno Cláudio FRAGOSO admite que o trabalho sempre foi considerado “elemento essencial ao tratamento penitenciário, por ser um dever social e condição da dignidade humana” e lamenta que a realidade penitenciária de nosso país não oferece oportunidade de trabalho para a maioria dos condenados.⁷ No entanto,

admite não só a necessidade como também, implicitamente, a legitimidade da obrigatoriedade do trabalho prisional.

1.2. Trabalho Prisional como Atividade Facultativa

Doutrina mais recente, no entanto, questiona a constitucionalidade do dispositivo que obriga o preso a trabalhar. Carmen Silvia BARROS, com base nos dispositivos constitucionais que asseguram a liberdade de escolha de trabalho, ofício e profissão ou no que proíbe a pena de trabalho forçado (art. 5º, incisos XIII e XLVII, c), afirma que “o trabalho do preso, só pode ter caráter facultativo”. Entende a autora que, como parte do processo que objetiva a reinserção social do preso, cabe ao Estado oferecer a oportunidade de trabalhar, mas no que diz respeito ao condenado “só pode ser uma oferta que ele é livre para aceitar ou não”. Em nota de página, escreve de forma incisiva: “Trabalho obrigatório com o qual não consente o preso é, sem dúvida, trabalho forçado.”⁸

Ao analisar o direito português e, embora reconhecendo a existência de um dever fundamental (constitucional) de trabalhar, que considera relevante para a posição jurídica do recluso, Anabela Miranda RODRIGUES afirma inexistir uma “consagração legal de um dever específico de trabalhar”. Defende a idéia de que existe sim um direito e não um dever legal ao trabalho. A autora, no entanto, reconhece que o trabalho penitenciário está consagrado na legislação da maioria dos países europeus “como um dever para os reclusos condenados”⁹.

Há uma dificuldade aparente para se harmonizar a regra da obrigatoriedade do trabalho prisional com as normas constitucionais que asseguram a liberdade de escolha de uma atividade laboral e a que proíbe o trabalho forçado (art. 5º, incisos XIII e XLVII, letra c, da CF). Além disso, o art. 6º *caput* consagra o trabalho como um *direito social* e não como dever do cidadão.

Pode-se, ainda, acrescentar o argumento de que, num Estado Democrático de Direito, o preso, mesmo

(1) *Direito Penal. Parte Geral* – II. São Paulo: Atlas, 1998, p. 71.

(2) *Sistema Presidial: Reinserção, Social?* São Paulo: Ícone Editora, 1998, p. 71.

(3) *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987, p. 54.

(4) *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987, p. 39.

(5) *Execução Penal. Comentários à Lei nº 7.210, de 11.07.84*. São Paulo: Atlas, 1987, p.109.

(6) *Curso de Direito Penitenciário*. São Paulo: Saraiva, 1975, v. 2, p. 493-5.

(7) *Lições de Direito Penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 297.

(8) *A Individualização da Pena na Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais 2001, p. 184.

(9) *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 100.

tolhido em sua liberdade física de locomoção, tem a liberdade de se autodeterminar para o trabalho e decidir se quer ou não exercer uma atividade laboral no interior de um estabelecimento penal. Ao ser condenado a uma pena privativa de liberdade, o preço éticojurídico a ser pago pelo *seu crime* consiste na perda de *sua liberdade física de locomoção*. Este seria o único bem jurídico legitimamente atingido pela sanção privativa da liberdade.

Além disso, o próprio CP estabelece que o *"preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade"* (art. 38). Em consequência, poder-se-ia argumentar que, mesmo privado de sua liberdade de locomoção física, o preso conserva o direito de se abster do trabalho penitenciário.

E mais: numa sociedade democrática e plural, desde que não prejudique interesses de terceiros ou perturbe o espaço de liberdade coletivo, o cidadão tem o direito de ser diferente, de optar por uma forma comportamental divergente daquela ditada pelos padrões ou paradigmas predominantes de normalidade ética. Nessa linha de raciocínio, poder-se-ia afirmar que a obrigatoriedade do trabalho prisional é, à luz do Direito Penal Democrático, inadmissível, pois o preso pode optar por cumprir sua pena no interior da cela, sem causar qualquer problema relacionado com a disciplina prisional. Portanto, o poder estatal se ressentiria da indispensável legitimidade para acrescentar à resposta punitiva uma obrigação a mais a ser suportada pelo condenado.

1.3. Trabalho como Valor Social e Princípio Constitucionais

A nosso ver, a contradição inexistente. O fato de ser obrigatório, o moderno trabalho prisional não pode ser comparado à antiga prática penal do *trabalho forçado*. Este consistia na própria pena, enquanto que o encarceramento representava tão somente um indispensável instrumento de contenção do condenado, para que a pena corporal, com toda a carga de crueldade de que se revestia, pudesse ser efetiva e compulsoriamente executada. A recusa do condenado em exercer o penoso trabalho acarretava o emprego dos meios violentos e dos suplícios que se fizessem necessários para a execução forçada do trabalho. A própria morte do condenado não era descartada.

Hodiernamente, a expressão *trabalho obrigatório* deve ser interpretada à luz dos princípios político-jurídicos que emanam de nossa Constituição

Federal. O primeiro deles, que trata da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI), prescreve que a pena deve ser individualizada para que possa atingir um de seus fins modernos: a *reinserção social* do condenado em condições de conviver harmonicamente com o seu grupo. E é a própria Constituição que, ao consagrar o princípio da individualização da pena, estabelece a adoção da pena privativa de liberdade como um dos instrumentos legítimos de controle social. Se assim é e se o trabalho prisional, conforme entendemos, é componente indissociável do processo de execução desta espécie de pena, cabe admitir a perfeita constitucionalidade da norma que prevê a obrigatoriedade dessa forma de trabalho.

Por outro lado, atento aos princípios constitucionais relativos à matéria, o sistema normativo infraconstitucional (CP, CPP e LEP) em nenhum momento refere-se à categoria *trabalho forçado e sim trabalho* obrigatório. Isto significa que, embora o Direito estabeleça o dever ao trabalho prisional, o preso pode recusar-se a trabalhar e o aparelho estatal responsável pela condução do processo material de execução da pena privativa de liberdade não poderá utilizar legitimamente de qualquer meio ou instrumento para compelir ao trabalho.

A recusa ao trabalho, se injustificada, configura, é lógico, falta grave e o condenado não apresentará o necessário mérito prisional para ser beneficiado pela progressão de regime e por institutos despenalizadores como a remição, comutação de pena, indulto ou livramento condicional. Será o preço jurídico a pagar por sua injustificada recusa a cumprir uma das regras mais relevantes da disciplina prisional e por sua opção de, voluntariamente, cumprir sua pena de forma diferente daquela estabelecida pela lei de execução penal.

Portanto, não nos parece aceitável a idéia de que a obrigatoriedade do trabalho prisional equivale à prática do trabalho forçado. Se assim fosse, aí sim, a regra da obrigatoriedade do trabalho estaria contrariando o *princípio da humanidade da pena*, consagrado implícita ou explicitamente nos incisos III e XLVII da CF/88. Este último inciso proíbe, de forma expressa, a adoção da pena corporal de trabalhos forçados, há muito abolida do rol das sanções admitidas pelos sistemas penais das nações comprometidas com o efetivo respeito à dignidade humana que o preso preserva, apesar da privação de sua liberdade de locomoção.

Ainda no campo dos princípios constitucionais, não se deve esquecer que um dos princípios fundantes da República Federativa do Brasil é o do *valor social*

do trabalho, consagrado no inciso IV do art. 1º, da CF. Da mesma forma, a Carta Magna estabelece como fundamento da ordem econômica a *valorização do trabalho* (art. 170), enquanto que a “*ordem social tem como base o primado do trabalho*” (art. 193). Ora, se o trabalho reveste-se de valor social e se a própria ordem social se constitui e se legitima a partir do trabalho, é lógico que o trabalhar representa um inquestionável dever cívico para todo e qualquer cidadão. E se isto é válido para o cidadão livre, vale também para o cidadão-condenado da justiça criminal. A própria Anabela Miranda RODRIGUES, acima mencionada, não deixa de reconhecer que “como qualquer cidadão, o recluso encontra-se vinculado ao dever fundamental de trabalhar.”¹⁰

Cabe ressaltar que, além de estar positivada na maioria das legislações penais e penitenciárias das nações contemporâneas, a obrigatoriedade do trabalho prisional é prevista como uma das Regras Mínimas para o Tratamento do Presidiário (nº 71.2) da ONU. Trata-se, portanto, de dever jurídico cuja fonte material transcende o plano do direito interno para se projetar como uma norma jurídica de natureza verdadeiramente internacional.

Finalmente, não podemos esquecer do discurso eticopolítico, vigente desde o Século XVIII, fixador da idéia de que a sociedade em que vivemos – a nossa sociedade – é, ideologicamente, concebida, sentida, apreendida e praticada como uma *sociedade de trabalho*. Somente quem trabalha desfruta de efetiva cidadania e tem efetiva dignidade. Conforme assinalou Josué Pereira da SILVA, historicamente, o trabalho se transformou num “*princípio organizador fundamental das relações sociais*” e num importante e indispensável instrumento de aquisição da existência e identidade social. Para esse autor, a sociedade em que vivemos se constituiu como uma indiscutível “*sociedade de trabalhadores*”.¹¹

Nessa mesma linha de pensamento, Wanderley CADO *et alii* afirmam que a “*construção do indivíduo é a história do trabalho*. Inicialmente, o indivíduo aparece como um repositório dos vários outros. A dissolução da aparência das reposições se dá através do trabalho. O trabalho é, portanto, maneira do indivíduo existir, objetivar-se e, ao objetivar-se, se subjetivar”.¹²

1.4. Trabalho Prisional é Componente Indissociável do Processo de Execução Material da Pena Privativa de Liberdade

Cremos que toda essa polêmica ficaria superada se entendemos o trabalho prisional como um componente indissociável do processo de execução material da pena privativa de liberdade. Na verdade, o penitenciarismo surgiu, no final do Século XVIII, com uma proposta definida quanto ao fundamento e funções da pena: punir pelo crime praticado (função retributiva da pena), prevenir novos crimes (função preventiva da pena) e recuperar moral e socialmente o condenado (função utilitarista). Com base na ideologia liberal e cristã (principalmente a doutrina protestante) da época, acreditava-se no trabalho como um dever do cidadão e de todo o bom cristão. Somente os que exercessem trabalho produtivo poderiam ser considerados merecedores da condição humana de dignidade política e religiosa.

Por isso, o Penitenciarismo foi concebido e praticado para associar, à perda da liberdade física (retributivismo), a oportunidade para a recuperação moral e social do condenado pelo trabalho prisional (utilitarismo). Assim, fica evidente que, desde a origem, a pena privativa de liberdade pressupôs a prática do trabalho como um de seus componentes indissociáveis.

Com muita propriedade, Michel FOUCAULT assinala que a prisão teria se constituído antes que o Direito Criminal dela viesse a fazer uso, como forma sistemática de se punir o indivíduo. No transcorrer do Século XVIII ela foi se consolidando como a expressão de uma sociedade-disciplina – estrutural e ideologicamente organizada – para repartir, fixar, distribuir e classificar espacialmente os indivíduos, tirar deles o máximo de tempo e o máximo de forças, treinar seus corpos e para mantê-los numa visibilidade sem lacuna. Para o autor, a “*forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, através de um trabalho preciso sobre seu corpo, criou a instituição-prisão, antes que a lei a definisse como a pena por excelência*”.¹³ Quanto ao trabalho prisional propriamente, entende que foi concebido para acompanhar o encarceramento de forma necessária. Aprofundando sua crítica ao penitenciarismo, o autor assinala que a prisão deve ser vista como uma verdadeira

⁽¹⁰⁾ Ob. cit., p. 100.

⁽¹¹⁾ A Crise da Sociedade do Trabalho em Debate. Revista de Cultura e Política Lua Nova. São Paulo: CEDEC, nº 35, 1985, p. 171-1.

⁽¹²⁾ Indivíduo: Trabalho e Sofrimento – Uma Abordagem Interdisciplinar. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 50.

⁽¹³⁾ Vigiar e Punir, Petrópolis: Vozes, 1977, p. 207.

“máquina de que os detentos-operários são ao mesmo tempo as engrenagens e os produtos”.¹⁴

Por isso, parece-nos claro que a filosofia inspiradora do penitenciarismo moderno fundamentava-se na premissa de que o encarceramento do indivíduo-delinquente somente se justifica ética e politicamente se concomitante com o exercício de uma atividade laboral, visando transformá-lo em cidadão socialmente útil. Assim, o conceito de prisão como pena com função ressocializadora pressupõe necessariamente a prática do trabalho prisional. Ainda recorrendo à arguta e perspicaz crítica de Michel FOUCAULT, por meio do trabalho, “o ladrão é requalificado em operário dócil”.¹⁵

Hoje, sabemos que a função recuperatória é altamente questionável quanto aos seus resultados práticos, enquanto que a função retributiva perde força e, em seu lugar, acentuase a função preventiva individual. Acredita-se que a pena se justifica para evitar que o indivíduo infrator cometa mais crimes e para garantir-lhe, ao final do processo executório penal, o direito de inserção social. Mesmo assim, os estabelecimentos penais não podem deixar de oferecer aos condenados as condições mínimas de assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, conforme preconiza a ONU em suas Regras Mínimas para Tratamento do Presidiário e se encontra positivado na própria Lei de Execução Penal (art. 11). Não obstante a grande frustração quanto aos resultados positivos da função ressocializadora da pena, é preciso manter a firme crença na necessidade de se garantir ao preso a oportunidade de optar voluntariamente por uma futura reinserção social, que represente a expectativa de uma vida em liberdade com o mínimo de dignidade.

Se assim não fosse, os estabelecimentos penais não precisariam ser concebidos e construídos para o fim de oferecer, nas diversas áreas acima mencionadas, o mínimo de assistência ao preso. Em consequência, teríamos que admitir a validade de um retorno à função estritamente retributiva da pena e isto contraria o próprio processo histórico de humanização do sistema punitivo. Por isso mesmo a pena de prisão não pode ser dissociada da idéia de trabalho.

Portanto, se o trabalho prisional é parte integrante do processo de execução material da pena privativa de liberdade, não vemos razão para se questionar a sua legitimidade jurídica e, muito menos, a

constitucionalidade das regras que estabelecem a sua obrigatoriedade. Se a própria Constituição admite a pena privativa de liberdade como uma das formas legítimas de resposta punitiva estatal (art. 5º, inciso XLVI, letra a) e se o trabalho é uma atividade inerente ao processo de execução da pena de prisão, não podemos negar validade à norma que prevê a obrigatoriedade do trabalho prisional. Este, a nosso ver, constitui-se num componente indissociável e uma prática inerente do moderno processo de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Cabe reiterar, no entanto, que não obstante a regra da obrigatoriedade, o preso pode se recusar ao trabalho prisional e preferir cumprir sua pena com infração a esta regra da disciplina prisional. Isto demonstra que se trata de um dever jurídico dotado da respetiva sanção, que se consubstancia na perda de benefícios legais previstos na legislação penal e de execução penal.

Por último, é preciso reconhecer que, ao dever de trabalhar por parte do condenado, corresponde o dever estatal de proporcionar ao preso a oportunidade de exercer, com dignidade, um tipo trabalho compatível com sua aptidão física e intelectual e que seja viável em face dos limites da realidade penitenciária.

2. TRABALHO EXTERNO NOS REGIMES FECHADO E ABERTO

2.1. Incompatibilidade do Trabalho Externo com o Regime Fechado

Quando nos referimos ao trabalho penitenciário, estamos tratando do trabalho interno, que é a regra nos regimes semiaberto e fechado. Aliás, neste último, como veremos adiante, não deveria ser admitida a modalidade do trabalho externo, que é o objeto específico de nosso estudo. A nosso ver, o trabalho externo somente tem sentido nos regimes semiaberto e aberto. Este último, vale ressaltar, somente é concebível com base no trabalho externo.

Nosso Código Penal, a exemplo da grande maioria dos países modernos, adotou o *sistema progressivo* no que diz respeito ao processo executório da pena privativa de liberdade. Em consequência e dependendo do quantum aplicado na sentença

⁽¹⁴⁾ Idem, p. 216.

⁽¹⁵⁾ Ibidem, p. 217.

condenatória e das condições jurídico-penais do condenado, a pena privativa de liberdade será Cumprida de forma progressiva, iniciado pelo regime fechado, passando pelo regime semiaberto até o regime aberto, antes do livramento condicional. No caso de falta disciplinar, cometida durante o processo de execução, em vez de progressão, poderá ocorrer a regressão ao regime mais grave.

O regime fechado, aplicado em regra aos condenados a uma pena de reclusão superior a 08 anos ou aos reclusos-reincidentes (neste caso não importa o quantum da pena aplicada), deve ser cumprido em Penitenciária de Segurança Máxima ou Média (arts. 33, § 1º, letra *a*, do CP e 87 da LEP). O trabalho prisional diurno deve ser realizado no interior do estabelecimento penal, em oficinas ou locais especialmente preparados para tal fim.

Excepcionalmente, o trabalho externo é admitido “em serviços ou obras públicas”, desde que tomadas as cautelas contra eventual fuga (arts. 34, § 3º, do CP e 36 *caput* da LEP). Para exercer o trabalho externo, o condenado deverá ter cumprido 1/6 de sua pena. Sua execução, no entanto, se torna muito difícil e dispendiosa, pois requer o emprego de vigilantes ou guardas em número suficiente para garantir a segurança dos demais trabalhadores e funcionários da obra pública e para evitar possíveis evasões dos presos. Por isso, essa forma de trabalho extra-muros praticamente não tem sido utilizada no Brasil.

Além do mais, é preciso ter em mente a realidade socioeconômica brasileira, marcada por uma massa de milhões de desempregados ou subempregados: seria um inconcebível contraste ocupar eventuais postos de trabalho externo com a mão de obra penitenciária, deixando trabalhadores livres, cidadãos que não cometeram nenhum tipo de infração penal, sem emprego.

Por estas e outras razões, entendemos que o trabalho externo toma-se incompatível com a execução da pena em regime fechado e deveria ser admitido apenas nos regimes semiaberto e aberto. Com isto, estaríamos evitando a possibilidade de nos deparar com cenas degradantes e plastificadas nas figuras de condenados trabalhando em meio externo, juntamente com outros “trabalhadores livres”, mas todos submetidos ao olhar fiscalizador de agentes penitenciários e sob a mira de fusis empunhados por guardiões de uma segurança imposta a céu aberto.

Basta lembrar da cena aviltante e atentatória à dignidade humana, veiculada pelos meios de comunicação social, dos condenados do Estado

norteamericano do Alabama, *quase todos negros e trajando uniforme branco*, acorrentados e trabalhando ao longo de rodovias sob a vigilância implacável de guardas armados com fusis e metralhadoras. Expressão de uma obsessiva cultura da severidade punitiva, que massificou a prisão como instrumento de controle social – a população carcerária norte-americana dos últimos anos tem atingido a assombrosa cifra de mais de 2 milhões de internos – a prática de acorrentar condenados para trabalhar em obras externas ao presídio, profundamente repugnante e degradante, não é exclusividade da justiça criminal daquele Estado, mas uma prática comum, lamentavelmente, em outros Estados daquele país.

2.2. Trabalho Externo como Fundamento do Regime Aberto

Quanto ao regime aberto, a execução da pena “baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado” (art. 36 do CP). O trabalho externo, em atividade pública ou privada desvinculada da administração penitenciária, constitui-se no fundamento dessa forma de cumprimento da pena privativa de liberdade. Na verdade, sem a prestação efetiva de trabalho externo com liberdade e em condições de igualdade com os demais trabalhadores, desaparece o pressuposto do regime aberto.

Portanto, o trabalho externo é inerente ao regime aberto.

3. REGIME SEMIABERTO E TRABALHO EXTERNO

3.1. Destinatários e Estabelecimento Penal de Cumprimento do Regime Semiaberto

Se a pena aplicada for de detenção superior a 04 anos e primário o condenado; se este for reincidente e a pena de detenção, seja qual for o seu quantum; se for de reclusão superior a 04 e não superior a 08 anos, desde que não reincidente o condenado, em todos estes casos o regime inicial será o semiaberto (art. 33, *caput* e § 2º, letra *b*, do CP). O regime semiaberto deve ser cumprido em *Colônia Penal Agrícola ou Industrial ou estabelecimento similar* (art. 33, § 1º, letra *b*, do CP).

Neste regime, o condenado cumpre sua pena sem ficar submetido às regras rigorosas do regime fechado, isto é, sem ficar sujeito ao isolamento penitenciário.

Por isso, a **Colônia Penal** é estabelecimento que não possui dispositivos e equipamentos ostensivos de segurança contra fuga do condenado: grades, muros, cercas, vigilância ostensiva com guardas armados, etc. Num sentido amplo da expressão, as colônias penais podem ser classificadas como estabelecimentos penais abertos, principalmente, as agrícolas, onde os condenados trabalham a céu aberto, nos afazeres próprios da agricultura ou da pecuária. As atividades são ali desenvolvidas sem a vigilância ostensiva de funcionários ou guardas. O cumprimento da pena se desenvolve num regime de confiança entre o condenado e o pessoal da administração penitenciária, regime este que deve caracterizar-se como uma categoria intermediária entre o fechado e o aberto. A disciplina prisional deve ser observada pelo condenado sem a necessidade de mecanismos rígidos de controle, como no caso do regime fechado.

Estando o condenado internado numa Colônia Penal, o trabalho prisional deve ali ser realizado. Esta é a regra e isto torna prejudicada toda e qualquer discussão a respeito do trabalho externo. No entanto, no caso de inexistência de Colônia Penal, fato comum na prática da execução penal brasileira, cabe ressaltar que o regime semiaberto não pode ser cumprido em Penitenciária, que é o estabelecimento penal adequado para o cumprimento de pena reclusiva em regime fechado. Nem tampouco em “pavilhões” “alas” ou espaços anexos de uma Penitenciária. Isto também parece não comportar qualquer dúvida.

3.2. Posição do CP sobre o Regime Semiaberto e Trabalho Externo

Ao traçar as regras gerais de direito material sobre o regime semiaberto, o § 2º, do art. 35, do CP, estabelece que o “*trabalho externo é admissível*, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior”. Verificamos que a norma penal, ao criar o direito, não estabelece qualquer condição objetiva de ordem temporal para o seu exercício pelo condenado. É regra elementar de hermenêutica que onde a lei não restringe, não cabe ao intérprete restringir em prejuízo do indivíduo.

Dessa forma, pode-se concluir que o Direito Penal vigente, levando em consideração os males inevitáveis causados pelo encarceramento, as dificuldades verificadas em nosso país para a construção e manutenção de estabelecimentos penais adequados em conformidade com a lei positiva e, em especial,

visando efetivar a harmônica integração social do condenado, autoriza o trabalho externo em regime semiaberto. Quanto a esse direito do condenado não há qualquer divergência na doutrina ou na jurisprudência. A divergência se manifesta apenas no tocante aos requisitos e às hipóteses em que o trabalho externo pode e deve ser autorizado.

3.3. A Lei de Execução Penal e o Trabalho Externo em Regime Semiaberto

Ao fixar as regras para a disciplina do trabalho externo, a LEP admite esta modalidade laboral para os condenados em regime fechado, “*desde que as tomadas cautelas contra a fuga*” (art. 36, *caput*). O dispositivo seguinte (art. 37), estabelece que o trabalho externo depende de aptidão, disciplina e responsabilidade, “além do cumprimento mínimo de *um sexto da pena*”. Uma correta interpretação lógico-sistêmica conduz ao entendimento de que estes dois dispositivos são aplicáveis unicamente ao trabalho externo dos condenados em regime fechado. Isto porque, pela natureza mais rigorosa quanto à disciplina prisional e à liberdade de locomoção, a regra nesse regime consiste em se cumprir a pena de forma segregada do meio externo, no interior de um estabelecimento penal dotado de mecanismos ostensivos contra a fuga.

Portanto, no regime fechado, a regra é o trabalho interno e a exceção o trabalho externo ao estabelecimento penal. Conforme assinalamos acima, cremos que o trabalho externo é incompatível com o regime fechado. Ao menos devemos reconhecer a extrema dificuldade material e a inconveniência políticojurídica de sua efetiva execução.

Quanto ao trabalho externo dos condenados em regime semiaberto, a LEP não estabelece qualquer condição ou requisito para o exercício desse direito. Aliás, a LEP é omissa na disciplina do trabalho externo em regime semiaberto. Não cremos que o direito contido no art. 36 da LEP seja aplicável, por meio de um oblíquo processo de interpretação, às hipóteses de trabalho externo dos presos em regime semiaberto. Parece-nos que as regras ali positivadas referem-se exclusivamente aos casos de trabalho externo dos presos em regime fechado e, portanto, não há como serem aplicadas aos presos em regime semiaberto, que justifica um tratamento menos rigoroso.

Tanto é que, nos artigos já mencionados e nos arts. 122 a 125, que tratam da *saída temporária*, direito este assegurado aos condenados em regime semiaberto,

não há qualquer referência à saída para o exercício de trabalho externo. Diante da omissão da Lei de Execução, mas tendo-se em vista a norma expressa de direito material (art. 35, § 2º do CP), torna-se indiscutível o direito do preso, em regime semiaberto, ao trabalho externo, direito este que precisa ser judicialmente garantido, para que a justiça seja efetivada em nível de execução penal.

3.4. A Doutrina sobre Trabalho Externo em Regime Semiaberto

Diante da taxatividade da norma contida art. 35, § 2º, do CP, os doutrinadores têm posição unânime em reconhecer o direito ao trabalho externo pelo condenado em regime semiaberto. Em síntese, os autores pesquisados fazem referência ao disposto na lei positiva, que é expressa para garantir o direito ao trabalho externo pelo condenado em regime semiaberto.

O comentadores de nosso CP¹⁶, no entanto, não questionam as condições e circunstâncias em que o condenado no regime semiaberto poderá exercer o direito ao trabalho externo. Questões, por exemplo, não abordadas pela doutrina: a validade de cumprimento da pena em regime semiaberto em estabelecimento penal que não seja a Colônia Penal; o direito de o condenado, que iniciar o cumprimento de sua pena nesse regime prisional mais brando, trabalhar fora do presídio, desde o começo do processo executório; o exercício de trabalho externo mesmo se houver oportunidade de trabalho no interior do estabelecimento penal adequado, no caso a Colônia Penal.

Por outro lado, há entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que o trabalho externo somente pode ser autorizado ao condenado em regime semiaberto, após o cumprimento de um sexto da pena. A nosso ver a exigência desse requisito só tem sentido e procedência jurídica quando o condenado iniciar a execução da pena em regime fechado e, por mérito, progredir para o regime semiaberto. Nesta hipótese, o condenado já terá cumprido um sexto da pena e, assim, poderá satisfazer esse requisito objetivo para ser beneficiado com o trabalho externo.

No entanto, se o condenado iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto e preencher

os requisitos de ordem subjetiva (boa conduta social, personalidade sensível à função motivadora da forma penal e compatível com o trabalho fora do estabelecimento penal, garantia de trabalho externo lícito e adequado à condição de trabalhador-condenado), *cremos que poderá exercer trabalho externo desde os primeiros dias do processo executório penal*, sem ter de cumprir um sexto da pena. Basta inexistir Colônia Penal ou vaga neste estabelecimento. A razão é simples: ao cumprir um sexto de sua pena e apresentar mérito prisional, quando o condenado exercitar o seu direito subjetivo já não mais será apenas para o trabalho externo em regime semiaberto, mas para a progressão ao regime aberto, bem mais favorável. Portanto, não tem sentido a exigência desse lapso temporal em relação aos condenados em regime semiaberto.

Vale ressaltar, mais uma vez, que o art. 35, § 2º do CP não estabelece nenhum requisito, seja de ordem objetiva ou subjetiva, para a concessão do trabalho externo no regime semiaberto. Por sua vez, como o requisito contido no art. 37 da LEP só se refere ao trabalho externo no regime fechado, acreditamos que a exigência desse lapso temporal é inaplicável ao regime semiaberto. Não nos parece admissível que a norma de conteúdo material, asseguradora de um direito que trata da liberdade, seja inútil, vazia de conteúdo e despida de qualquer aplicabilidade. Além disso, não seria admissível, como a melhor interpretação para a questão em exame, que o disposto no art. 37 da LEP, que é norma procedimental e que está inserida numa seção disciplinadora do trabalho externo em regime fechado, prevaleça sobre o disposto no art. 35, § 2º, do CP, que é norma substantiva. Seria admitir-se uma inversão nos valores da hierarquia normativa consagrada por nosso sistema jurídico.

Em conclusão, cremos que a questão pode ser assim resumida: existindo vaga em Colônia Agrícola ou Industrial ou *estabelecimento similar* (art. 33, § 1º, letra b, do CP e 91 da LEP), o trabalho no regime semiaberto deve ser realizado no interior desse estabelecimento penal. Esta deve ser a regra. Somente em caso excepcional poderia ser justificado o trabalho externo.

Na hipótese de inexistência de vaga ou do própria Colônia Penal – o que é muito comum em nosso país – cremos que o condenado em regime semiaberto

(16) JESUS, Damásio. *Direito Penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 462; TELES, Ney Moura. *Direito Penal*. v. 2. São Paulo: Atlas, 1998, p.52. MIRABETE, *Manual de Direito Penal* – Parte Geral. São Paulo: Atlas, 1998, p. 259; COSTA JR., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal* – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 259; FRAGOSO. Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal* – Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 297; LEAL, João José. *Direito Penal Geral*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 333.

deve ser autorizado a exercer trabalho externo, sem a necessidade de cumprimento de 1/6 da pena. O que não é admissível é denominar “pavilhões”, “espaços anexos” ou “alas” de penitenciárias com o rótulo oficial de Colônia Penal Agrícola ou Industrial, para ali improvisar um espaço penal destinado aos condenados em regime semiaberto. Lamentavelmente, é o que vem ocorrendo em muitos Estados brasileiros, o que representa um verdadeiro “desvio de execução” (art. 185 da LEP), institucionalizado com a chancela de muitos juízes da execução penal.

Havendo estabelecimento adequado e a necessária vaga, além da oportunidade de exercício de trabalho interno, é lógico que não há qualquer sentido em se falar de direito ao trabalho externo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do estudo que realizamos sobre a obrigatoriedade do trabalho prisional e, de forma mais específica, sobre as regras jurídicas que disciplinam o trabalho externo no regime semiaberto, chegamos a algumas conclusões que a seguir serão destacadas.

1. As normas contidas no CP (arts. 34, § 1º, 35, § 1º e 36, § 1º do CP) e na LEP (art. 28), estabelecendo a obrigatoriedade do trabalho prisional, nos regimes fechado, semiaberto e aberto, estão em consonância com recomendação contida nas Regras Mínimas para o Tratamento do Presidiário, aprovadas pela ONU.

2. Essas normas foram recepcionadas pela CF/88 e, portanto, não contrariam princípios ali consagrados: individualização da pena; dignidade da pessoa humana; liberdade de escolha de profissão ou atividade, entre outros. Na verdade, as normas que obrigam ao trabalho prisional podem ser consideradas como a expressão das normas constitucionais que consagram o “valor social do trabalho” e o trabalho “como primado da ordem social”.

3. Essas normas se identificam, também, com a legislação penitenciária da maioria das nações contemporâneas e representam o compromisso éticopolítico com a adoção, no plano do direito interno, das Regras Mínimas para o Tratamento do Presidiário (art. 71,2). Por isso, podemos afirmar que a norma que estabelece a obrigatoriedade jurídica ao trabalho prisional, além de se encontrar alicerçada em princípios constitucionais, repousa numa autêntica fonte material de direito internacional.

4. O trabalho prisional é um componente indissociável do processo de execução material da pena privativa de liberdade e sua obrigatoriedade decorre do dever maior de o condenado se submeter ao cumprimento da própria sanção e ao regime disciplinar que lhe é inerente.

5. O trabalho externo, pelas condições em que necessariamente se desenvolve, é incompatível ou, ao menos, é inconveniente no âmbito de cumprimento da pena em regime fechado. O Estado tem o dever de criar as condições materiais necessárias para oferecer ao preso a oportunidade de adequado exercício de trabalho no interior da Penitenciária. Este é o preço politicojurídico a ser pago pela adoção do sistema penitenciário progressivo.

6. O trabalho externo, no entanto, é essencial ao regime aberto. Sem a garantia de exercício de trabalho externo, nas mesmas condições dos demais trabalhadores, não há que se falar em regime aberto.

7. No regime semiaberto, pressupondo-se a existência de estabelecimento penal adequado – Colônia Penal – o trabalho interno deve ser a regra. No entanto, o trabalho externo não só é legalmente admissível (art. 35, § 2º, do CP), como perfeitamente compatível com este regime penitenciário, haja vista, em regra, o perfil favorável de seus condenados.

8. A LEP, no entanto, só se refere expressamente ao trabalho externo no regime fechado, admitindo-o de forma excepcional e sujeito a determinadas condições e requisitos (arts. 36 e 37). Um destes requisitos é o que exige o cumprimento mínimo de 1/6 da pena.

9. Parte da doutrina e da jurisprudência entende que, também no regime semiaberto, o trabalho externo só será admissível se o condenado cumprir 1/6 da pena. Cremos que a exigência deste requisito de ordem temporal somente se justifica se o condenado progredir do regime fechado para o semiaberto.

10. O condenado em regime semiaberto deve cumprir a pena em “Colônia Penal Agrícola ou Industrial ou *estabelecimento similar*”. Este é mandamento contido na norma legal. “Estabelecimento similar”, no entanto, não deve ser sinônimo de “pavilhão”, “ala” ou “espaço” anexo de uma Penitenciária ou de Cadeia Pública.

11. A nosso ver, o condenado que iniciar o cumprimento de sua pena em regime semiaberto poderá exercer trabalho externo sem o cumprimento de 1/6 da pena. Para tanto, basta inexistir Colônia Penal ou vaga

nesse estabelecimento. Embora a doutrina consultada seja omissa sobre a matéria, as decisões dos tribunais parecem se encaminhar para consolidar esse entendimento.

12. O cumprimento de pena em regime semiaberto que não seja Colônia Penal ou estabelecimento penal rigorosamente semelhante constitui desvio de execução e atenta contra o princípio da individualização da pena. Em consequência, deve ser evitado pelos operadores jurídicos que atuam na área da execução penal.

BIBLIOGRAFIA

- ALBERGARIA, Jason. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.
- BARROS, Carmen Sílvia. *A Individualização da Pena na Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BOSHI, José Antônio e SILVA, Odir Pinto da Silva. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.
- CODO, Wanderley et alii. *Indivíduo: Trabalho e Sofrimento – Uma Abordagem Interdisciplinar*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1992.
- COSTAJR., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1986.
- FALCONI, Romeu. *Sistema Prisional: Reinserção Social*. São Paulo: Ícone Editora, 1998.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1977.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- JESUS, Damásio. *Direito Penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1991.
- LEAL, João José. *Direito Penal Geral*. São Paulo: Atlas, 1998.
- MIOTTO, Armida Bergamini. *Curso de Direito Penitenciário*. São Paulo: Saraiva, 1975, v. 2.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. *Execução Penal. Comentários à Lei 7.210, de 11.07.84*. São Paulo: Atlas, 1987.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SILVA, Josué Pereira da. A Crise da Sociedade do Trabalho em Debate. *Revista de Cultura e Política Lua Nova*. São Paulo: CEDEC, nº 35, 1985.
- SILVA, Odir Pinto da e BOSHI, José Antônio. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.
- TELES, Ney Moura. *Direito Penal*. v. 2. São Paulo: Atlas, 1998.

SEQÜESTRO CONSTITUCIONAL

Ricardo Bojikian GIGLIO*

I - INTRODUÇÃO

A partir da definição clássica de seqüestro como *medida judicial preparatória ou preventiva, que consiste na apreensão da coisa litigiosa*¹, referente à Ação Cautelar prevista nos artigos 822 e seguintes do CPC, pode-se questionar se as peculiaridades entre tal medida e o seqüestro de rendas públicas, disposto no Art. 100 § 2º da Constituição Federal, implicam na mesma natureza jurídica.

Para tanto, será apresentado um breve estudo comparativo entre o seqüestro constante do nosso Ordenamento Processual e a constrição estabelecida na Carta Magna, com o intuito de constatar se o seqüestro constitucional possui natureza cautelar ou satisfatória.

Na conclusão deste trabalho, serão analisadas a Emenda Constitucional nº 30 de 13/09/2000, que alterou o texto originário das disposições constitucionais sobre o tema em questão, bem como as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal referentes a esta matéria.

II - O SEQÜESTRO CAUTELAR

O seqüestro é ação cautelar nominada (tipificada) e tem natureza cautelar.

Na lição de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR o seqüestro consiste na apreensão de *bem determinado, objeto do litígio, para lhe assegurar entrega, de bom estado, ao que vencer a causa*.²

OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA conceitua este dispositivo como sendo uma

Medida cautelar consistente na apreensão judicial de coisa determinada, e sua entrega a depositário, de modo a impedir que a mesma seja subtraída, ou alienada fraudulentamente, destruída ou danificada por quem a detenha, em prejuízo do direito de propriedade ou posse do requerente.³

Medida cautelar bastante semelhante ao arresto, há dispositivo legal expresso determinado a aplicação, ao seqüestro das normas a este atinentes, no art. 823 do CPC.

No Estudo coordenado por LUIZ RODRIGUES WAMBIER, constou que

A finalidade do seqüestro é a de garantir a execução para entrega de coisa certa e, por isso mesmo, o objeto sobre o qual recai é uma coisa determinada, diferente do que ocorre com o arresto. Pode tratar-se de bens móveis, imóveis ou semoventes, mas tem de ser exatamente aquele bem disputado pelas partes ou que será objeto de demanda futura.⁴

Para a obtenção do seqüestro, deve haver prova de disputa da posse ou da propriedade de bens, somada à comprovação do perigo iminente de que estes sejam danificados.

Tanto o autor como o réu da ação principal têm legitimidade, para intentar ação de seqüestro, cuja procedência gera uma sentença auto-exeqüível, com imediata expedição de mandado.

Para o mencionado Autor, *o procedimento do seqüestro é o mesmo do arresto, mas que são ações com finalidades um pouco diferentes, já que o arresto*

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

(1) NUNES, Pedro dos Reis. Dicionário de Tecnologia Jurídica. 12ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1994.

(2) Processo Cautelar. 13ª ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1992. p. 235.

(3) Curso de Processo Civil. V. III. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 174.

(4) Curso Avançado de Processo Civil. V. III. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 65.

visa a garantir a eficácia de futura execução de quantia certa contra devedor solvente e o seqüestro objetiva garantir a eficácia de execução para entrega de coisa certa.

E conclui que, assim, e por isso, o arresto recai sobre bens indeterminados, diferentemente do que ocorre com o seqüestro. Do mesmo modo, o arresto se transforma em penhora e o seqüestro converte-se em depósito.⁵

III – O SEQÜESTRO CONSTITUCIONAL

Entre as modalidades especiais de execução por quantia certa contra devedor solvente, encontram-se as Execuções contra a Fazenda Pública (e outras entidades da administração cujo patrimônio esteja sujeito ao regime dos bens públicos), que são submetidas à disciplina especial, disposta no art. 100 da Constituição Federal.

Isto porque os bens públicos não podem ser apreendidos ou submetidos à expropriação forçada, uma vez que não pertencem aos respectivos Órgãos Governamentais e são inalienáveis, pelo que o credor – que não conta com o produto da arrematação – necessita recorrer a outros meios para o recebimento do que lhe é devido.

Uma vez procedida a citação do devedor (que não pode ser feita pelo correio: art. 222, c e d), inexistente a cominação de penhora para hipótese de não pagamento em 24 horas – pois os bens da pessoa jurídica de direito público são impenhoráveis – e, a partir da juntada do mandado aos Autos (art. 241, nº II) começa a correr o prazo de dez dias, para oferecimento dos embargos (art. 730, *caput*).

Rejeitados os embargos interpostos, o órgão judicial requisitará o pagamento, através de precatório dirigido ao Presidente do Tribunal que houver proferido a decisão exequenda (art. 730, nº I; cf. O art. 100, § 2º, da Constituição da República), que, por sua vez, determinará que se paguem as dívidas, segundo as possibilidades do depósito, na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos respectivos créditos, conforme estatui o Código no art. 730, nº II, em consonância com o disposto no art. 100, § 2º, da Carta Federal.

Proíbe o texto constitucional (art. 100, *caput*, *fine*) que a ordem de pagamento seja alterada e há sanção expressa para a violação desse preceito.

Desta forma, se algum credor for preterido na precedência que lhe cabe, poderá requerer ao Presidente do Tribunal que ordene o seqüestro do quantum necessário à satisfação do seu crédito (Constituição, art. 100, § 2º).

Assim, conforme leciona AMÍLCAR DE CASTRO, seqüestro constitucional é o instrumento assecuratório do direito de preferência do credor contra a Fazenda Pública.⁶

IV – NATUREZA JURÍDICA

A grande dúvida que surge é se o seqüestro possui natureza cautelar ou satisfativa.

VICENTE GRECO FILHO, entende que a natureza é cautelar, uma vez que *O próprio pedido de seqüestro não é medida para compelir a pagar, mas instrumento do credor preterido somente no caso de violação da ordem cronológica.*⁷

Assim, a corrente que defende a natureza cautelar entende que uma vez seqüestrado o valor, este é deixado à disposição do Tribunal para que o mesmo recomponha a ordem cronológica de pagamento dos precatórios, anteriormente infringida pelo ente público.

Desta forma, o seqüestro não visaria o recebimento de valor algum, mas sim que qualquer importância a ser liberada com o caráter de pagamento seja realizada seguindo uma ordem anteriormente estabelecida, buscando e preservando os princípios da justiça, moralidade administrativa e legalidade.

Para JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, tal medida não tem índole cautelar, mas satisfativa,

Porque a importância “seqüestrada” será entregue ao credor preterido – deve recair sobre a(s) quantia(s) indevidamente paga(s) ao(s) credor(es) cujo(s) precatório(s) haja(m) sido apresentado(s) posteriormente ao daquele que se preteriu; não sobre o dinheiro público, que, sendo impenhorável, é também insuscetível desta modalidade de apreensão, isso sem levar em conta, ademais, que, a não ser assim, ficaria o

⁽⁵⁾ Obra citada. P 66.

⁽⁶⁾ Comentários ao Código de Processo Civil. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. P. 371.

⁽⁷⁾ Da Execução Contra a Fazenda Pública. São Paulo: Editora Saraiva. 1986.

*erro sem correção, subsistindo a inobservância da ordem prescrita.*⁸

Idêntico o entendimento de ARAKEN DE ASSIS⁹ e de JOSÉ ANTONIO DE CASTRO¹⁰

Posição intermediária defendem NELSON NERY JÚNIOR E ROSA MARIA ANDRADE NERY¹¹, para quem o seqüestro teria natureza híbrida, assim, se fosse requerido pelo primeiro credor da ordem teria natureza satisfativa, se requerida por qualquer outro teria natureza cautelar.

V – A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 30

A Emenda Constitucional Número 30, além de contemplar novas hipótese de incidência do seqüestro de rendas públicas, deveria por termo à discussão sobre a sua natureza jurídica, ao trazer uma imposição que obriga o ente público parcelar seus precatórios:

*Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 **SERÃO LIQUIDADOS PELO SEU VALOR REAL, EM MOEDA CORRENTE, ACRESCIDO DE JUROS LEGAIS, EM PRESTACÕES ANUAIS, IGUAIS E SUCESSIVAS, NO PRAZO MÁXIMO DE DEZ ANOS**, permitida a cessão dos créditos.*

§ 1º É permitida a decomposição de parcelas, a critério do credor.

§ 2º As prestações anuais a que se refere o caput deste artigo terão, se não liquidadas até o final do exercício a que se referem, poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora.

§ 3º O prazo referido no caput deste artigo fica reduzido para dois anos, nos casos de

precatórios judiciais originários de desapropriação de imóvel residencial do credor, desde que comprovadamente único à época da imissão na posse.

§ 4º O Presidente do Tribunal competente deverá, vencido o prazo ou em caso de omissão no orçamento, ou preterição ao direito de precedência, a requerimento do credor, requisitar ou determinar o seqüestro de recursos financeiros da entidade executada, suficientes à satisfação da prestação.

O parcelamento, conforme grifado na transcrição acima, é obrigatório e diante do fato de que o parcelamento anual implicará no pagamento de um décimo do valor total da dívida, sendo o seqüestro cabível no caso de inadimplência, este instituto confirma seu caráter cautelar, visando a recompor de forma forçada a ordem precatória.

Esta Emenda recebeu uma série de críticas, fundamentadas na afronta ao texto constitucional por permitir o seqüestro de bens públicos, quando, na verdade, este dispositivo apenas reafirmou o espírito da lei e consolidou uma interpretação mais plausível para a liquidação dos débitos públicos.

Assim, a seqüestrabilidade na hipótese de inobservância da ordem cronológica, dos valores indevidamente pagos ou, ainda, das próprias rendas públicas, tem sido considerada legítima pelo Supremo Tribunal Federal, não obstante o caráter excepcional de que se reveste esta medida de constrição patrimonial.¹²

Neste sentido, os Acórdãos anexos.¹³

VI – CONCLUSÃO:

Pelo exposto, chega-se ao entendimento de que o seqüestro de rendas públicas sempre teve natureza cautelar, bem como que tal condição foi reafirmada pela Emenda Constitucional nº 30, ao determinar uma forma mais coerente para o pagamento dos débitos públicos e eliminar a interpretação equivocada que os Tribunais de Justiça vinham dando ao dispositivo em estudo.

⁽⁸⁾ O Novo Processo Civil Brasileiro. 21ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2002. p. 259

⁽⁹⁾ Manual do Processo de Execução. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1995. p. 674.

⁽¹⁰⁾ Processo de Execução no Código de Processo Civil. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva. 1983. p. 455.

⁽¹¹⁾ Código de Processo Civil Comentado. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1996. p. 1.089.

⁽¹²⁾ (RTJ 159/943).

⁽¹³⁾ Obtidos pela Internet na página oficial do STF.

Antes desta alteração legislativa, os credores da Fazenda aguardavam por vários anos sem qualquer recebimento, contando apenas com a possibilidade do ente público pagar de forma errada – para ingressar com o sequestro de rendas – sem qualquer perspectiva de solução do litígio e, conseqüentemente, de terem resguardados seus direitos.

Diante da necessidade da garantia de continuidade da prestação dos serviços públicos e da notória morosidade do Judiciário, credores que aguardavam até 20 anos para receber seus precatórios, passaram a recebê-los parceladamente, em um prazo de até 10 anos – o que, nestas circunstâncias, pode ser considerado um avanço.

Desta forma, pode-se concluir pela natureza cautelar do sequestro constitucional, bem como pela relevância prática dos textos constitucionais alterados, inclusive prevendo a punição do Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório.¹⁴

VII – ANEXO LEGISLATIVO:

Constituição Federal, artigo 100, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 30 de 13/09/2000,

Art.100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

§ 1º A. Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado.

⁽¹⁴⁾ § 5º – art. 100 da Constituição Federal.

§ 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito.

§ 3º O disposto no caput deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

§ 4º A lei poderá fixar valores distintos para o fim previsto no § 30 deste artigo, segundo as diferentes capacidades das entidades de direito público.

§ 5º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório incorrerá em crime de responsabilidade.

VIII – ANEXO JURISPRUDENCIAL:

Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> acesso em 13/11/2003.

IX – BIBLIOGRAFIA:

ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

CASTRO, José Antonio de. *Processo de Execução no Código de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva. 1983.

GRECO FILHO, Vicente. *Da Execução Contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Editora Saraiva. 1986.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1996.

NUNES, Pedro dos Reis. *Dicionário de Tecnologia Jurídica*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1994.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. V. III. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 13ª ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1992.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*. V. III. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

Rcl 2164 AgR / SP – SÃO PAULO

AG.REG. NA RECLAMAÇÃO

Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO

Julgamento: 15/05/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJ DATA-13-06-2003 PP-00009 EMENT VOL-02114-02 PP-00234

Ementa

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PRECATÓRIO. SEQÜESTRO. C.F., art. 100, § 2º I. – Seqüestro decretado com base no art. 100, § 2º, C.F., forte em ter a Municipalidade quebrado a ordem cronológica de pagamento dos precatórios. Inocorrência das hipóteses que autorizam o aforamento da reclamação: C.F., art. 102, I, I. II. – Agravo não provido.

Observação

Votação: unânime.

Resultado: desprovido.

Acórdãos citados: ADI-1662, Rcl-2143, Pet-2802-QO.

N.PP.:(08). Análise: (ANA). Revisão:(VAS).

Inclusão: 25/08/03, (SVF).

Partes

AGTE.(S): MUNICÍPIO DE CUBATÃO

ADVDO. (A/S) : JÚLIO OGASAWARA E OUTROS

AGDO.(A/S) : JÚLIO PAIXÃO FILHO – COMÉRCIO E CONSTRUÇÕES LTDA

ADVDS.: LUIZ LOPES E OUTROS

Legislação

LEG-FED CFD-*****ANO-1988

ART -00100 PAR-00002 ART -00102 INC-00001

LET-L

***** CF-88 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Indexação

– INOCORRÊNCIA, HIPÓTESES, CABIMENTO, RECLAMAÇÃO // AUSÊNCIA, DESRESPEITO, AUTORIDADE, JULGAMENTO, (STF) // INOCORRÊNCIA, USURPAÇÃO, COMPETÊNCIA, (STF) // VALIDADE, AUTORIZAÇÃO, SEQÜESTRO, QUANTIA, OCORRÊNCIA, QUEBRA, ORDEM CRONOLÓGICA, PAGAMENTO, PRECATÓRIOS.

Rcl 2143 AgR / SP – SÃO PAULO

AG.REG.NA RECLAMAÇÃO

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 12/03/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJ DATA-06-06-2003 PP-00030 EMENT VOL-02113-02 PP-00224

Ementa

E M E N T A: RECLAMAÇÃO – ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO A ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RESULTANTE DE JULGAMENTO PROFERIDO EM SEDE DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – INOCORRÊNCIA – SEQÜESTRO DE RENDAS PÚBLICAS LEGITIMAMENTE EFETIVADO – MEDIDA CONSTRITIVA EXTRAORDINÁRIA JUSTIFICADA, NO CASO, PELA INVERSÃO DA ORDEM DE PRECEDÊNCIA DE APRESENTAÇÃO E DE PAGAMENTO DE DETERMINADO PRECATÓRIO – IRRELEVÂNCIA DE A PRETERIÇÃO DA ORDEM CRONOLÓGICA, QUE INDEVIDAMENTE BENEFICIOU CREDOR MAIS RECÊNTE, DECORRER DA CELEBRAÇÃO, POR ESTE, DE ACORDO MAIS FAVORÁVEL AO PODER PÚBLICO – NECESSIDADE DE A ORDEM DE PRECEDÊNCIA SER RIGIDAMENTE RESPEITADA PELO PODER PÚBLICO SEQÜESTRABILIDADE, NA HIPÓTESE DE INOBSERVÂNCIA DESSA ORDEM CRONOLÓGICA, DOS VALORES INDEVIDAMENTE PAGOS OU, ATÉ MESMO, DAS PRÓPRIAS RENDAS PÚBLICAS – RECURSO IMPROVIDO. EFICÁCIA VINCULANTE E FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE – LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO ART. 28 DA LEI Nº 9.868/99. – As decisões consubstanciadoras de declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive aquelas que importem em interpretação conforme à Constituição e em declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, quando proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de fiscalização normativa abstrata, revestem-se de eficácia contra todos (“erga omnes”) e possuem efeito vinculante em relação a todos os magistrados e Tribunais, bem assim em face da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal, impondo-se, em consequência, à necessária observância por tais órgãos estatais, que deverão adequar-se, por isso mesmo, em seus pronunciamentos, ao que a Suprema Corte, em manifestação subordinante, houver decidido, seja no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, seja no da ação declaratória de constitucionalidade, a propósito da validade ou da invalidade jurídico-constitucional de determinada lei ou ato normativo. Precedente. O DESRESPEITO À EFICÁCIA VINCULANTE, DERIVADA DE DECISÃO EMANADA DO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE, AUTORIZA O USO DA RECLAMAÇÃO. – O descumprimento, por quaisquer juízes ou Tribunais, de decisões proferidas com efeito vinculante, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade, autoriza a utilização da via reclamatória, também vocacionada, em sua específica função processual, a resguardar e a fazer prevalecer, no que concerne à Suprema Corte, a integridade, a autoridade e a eficácia subordinante dos comandos que emergem de seus atos decisórios. Precedente: Rcl. 1.722/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Pleno). LEGITIMIDADE ATIVA PARA A RECLAMAÇÃO NA HIPÓTESE DE INOBSERVÂNCIA DO EFEITO VINCULANTE. –Assiste plena legitimidade ativa, em sede de reclamação, àquele –particular ou não – que venha a ser afetado, em sua esfera jurídica, por decisões de outros magistrados ou Tribunais que se revelem contrárias ao entendimento fixado, em caráter vinculante, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos processos objetivos de controle normativo abstrato instaurados mediante ajuizamento, quer de ação direta de inconstitucionalidade, quer de ação declaratória de constitucionalidade. Precedente. A SIGNIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL DA NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DOS PRECATÓRIOS JUDICIÁRIOS. – O regime constitucional de execução por quantia certa contra o Poder Público, qualquer que seja a natureza do crédito exequendo (RTJ 150/337) – ressalvadas as obrigações definidas em lei como de pequeno valor – impõe a necessária extração de precatório, cujo pagamento deve observar, em obséquio aos princípios ético-jurídicos da moralidade, da impessoalidade e da igualdade, a regra fundamental que outorga preferência apenas a quem dispuser de precedência cronológica (prior in tempore, potior in jure). A exigência constitucional pertinente à expedição de precatório – com a consequente obrigação imposta ao

Estado de estrita observância da ordem cronológica de apresentação desse instrumento de requisição judicial de pagamento – tem por finalidade (a) assegurar a igualdade entre os credores e proclamar a inafastabilidade do dever estatal de solver os débitos judicialmente reconhecidos em decisão transitada em julgado (RTJ 108/463), (b) impedir favorecimentos pessoais indevidos e (c) frustrar tratamentos discriminatórios, evitando injustas perseguições ou preterições motivadas por razões destituídas de legitimidade jurídica. PODER PÚBLICO – PRECATÓRIO – INOBSERVÂNCIA DA ORDEM CRONOLÓGICA DE SUA APRESENTAÇÃO. – A Constituição da República não quer apenas que a entidade estatal pague os seus débitos judiciais. Mais do que isso, a Lei Fundamental exige que o Poder Público, ao solver a sua obrigação, respeite a ordem de precedência cronológica em que se situam os credores do Estado. – A preterição da ordem de precedência cronológica – considerada a extrema gravidade desse gesto de insubmissão estatal às prescrições da Constituição – configura comportamento institucional que produz, no que concerne aos Prefeitos Municipais, (a) consequências de caráter processual (seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito, ainda que esse ato extraordinário de constrição judicial incida sobre rendas públicas), (b) efeitos de natureza penal (crime de responsabilidade, punível com pena privativa de liberdade – DL 201/67, art. 1º, XII) e (c) reflexos de índole político-administrativa (possibilidade de intervenção do Estado-membro no Município, sempre que essa medida extraordinária revelar-se essencial à execução de ordem ou decisão emanada do Poder Judiciário – CF, art. 35, IV, in fine). PAGAMENTO ANTECIPADO DE CREDOR MAIS RECENTE – CELEBRAÇÃO, COM ELE, DE ACORDO FORMULADO EM BASES MAIS FAVORÁVEIS AO PODER PÚBLICO – ALEGAÇÃO DE VANTAGEM PARA O ERÁRIO PÚBLICO – QUEBRA DA ORDEM CONSTITUCIONAL DE PRECEDÊNCIA CRONOLÓGICA – INADMISSIBILIDADE. – O pagamento antecipado de credor mais recente, em detrimento daquele que dispõe da precedência cronológica, não se legitima em face da Constituição, pois representa comportamento estatal infringente da ordem de prioridade temporal, assegurada, de maneira objetiva e impessoal, pela Carta Política, em favor de todos os credores do Estado. O legislador constituinte, ao editar a norma inscrita no art. 100 da Carta Federal, teve por objetivo evitar a escolha de credores pelo Poder Público. Eventual vantagem concedida ao erário público, por credor mais recente, não justifica, para efeito de pagamento antecipado de seu crédito, a quebra da ordem constitucional de precedência cronológica. O pagamento antecipado que daí resulte – exatamente por caracterizar escolha ilegítima de credor – transgredir o postulado constitucional que tutela a prioridade cronológica na satisfação dos débitos estatais, autorizando, em consequência – sem prejuízo de outros efeitos de natureza jurídica e de caráter político-administrativo –, a efetivação do ato de seqüestro (RTJ 159/943-945), não obstante o caráter excepcional de que se reveste essa medida de constrição patrimonial. Legitimidade do ato de que ora se reclama. Inocorrência de desrespeito à decisão plenária do Supremo Tribunal Federal proferida na ADI 1.662/SP.

Observação

Votação: unânime.

Resultado: desprovido.

Acórdãos citados: Rcl-743, ADI-1662, Rcl-1722, Rcl-1880, Rcl-1893, Rcl-1979, Rcl-1981, Rcl-2065, Rcl-2082, Rcl-2086, Rcl-2102, Rcl-2107, Rcl-2141, Rcl-2251; RTJ-108/463, RTJ-150/337, RTJ-159/945.

N.PP.: (23). Análise: (MML). Revisão: (FLO).

Inclusão: 17/09/03, (MLR).

Alteração: 19/09/03, (MLR),.

Partes

AGTE.(S): MUNICÍPIO DE SUMARÉ

ADVDS.: EDUARDO FOFFANO NETO E OUTROS

AGDO.(A/S) : NÉLIA REGINA ARANHA GIORDANO

Legislação

Rcl 1859 / SP – SÃO PAULO

RECLAMAÇÃO

Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA

Julgamento: 20/05/2002 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJ DATA-02-08-2002 PP-00060 EMENT VOL-02076-02 PP-00219

Ementa

EMENTA: RECLAMAÇÃO. PEDIDO CONTRA ATO FUTURO: INADMISSIBILIDADE. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO: SEQÜESTRO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Reclamação. Incabível contra possível atuação da autoridade reclamada, supostamente contrária à decisão desta Corte. Exigência de prática de ato concreto. Não-conhecimento do pedido nesta parte. 2. Vencimento do prazo para pagamento de precatório. Hipótese que não se equipara à preterição da ordem de precedência, sendo ilegítima a determinação de seqüestro em tal situação. 3. O Tribunal decidiu, de forma expressa, no julgamento de mérito da ADI 1662-SP, que a previsão de que trata o § 4º do artigo 78 do ADCT-CF/88, na redação dada pela Emenda Constitucional 30/00, refere-se exclusivamente aos casos de parcelamento de que cuida o caput desse dispositivo. Inaplicável, portanto, aos débitos trabalhistas de natureza alimentícia. 4. Ratificação da exegese de que a única situação suficiente para motivar o seqüestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a ocorrência de preterição da ordem de precedência, que se afigura ausente no caso concreto. Reclamação parcialmente conhecida e, nesta parte, julgada procedente.

Observação

Votação: unânime.

Resultado: conhecida em parte a reclamação e, nesta, julgada procedente.

Acórdãos citados: ADI-1662, Rcl-1923.

N.PP.:(11). Análse: (MML). Revisão: (CTM/AAF).

Inclusão: 09/01/03, (MLR).

Alteração: 12/02/03, (SVF).

Partes

RECLTE. : GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVDA.: PGE-SP – ROSALI DE PAULA LIMA

RECLDO.: PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

INTDO.: JOSÉ CARLOS FRANÇA

ADVDS.: HORÁCIO DE SALLES CUNHA JÚNIOR E OUTRO

INTDO.: LUIZ FERNANDO MARCHI

ADVDS.: HORÁCIO DE SALLES CUNHA JÚNIOR E OUTRO

INTDA.: ARILDA APARECIDA ROSSETI

ADVDO.: AMARILDO FERREIRA DE MENEZES

INTDA.: VANIA DE FATIMA GERDULO

ADVDA.: BERENICE RODRIGUES LEITE

IF 2127 / SP – SÃO PAULO
INTERVENÇÃO FEDERAL
Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO
Rei. Acórdão
Min. GILMAR MENDES
Julgamento: 08/05/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno
Publicação: DJ DATA-22-08-2003 PP-00022 EMENT VOL-02120-01 PP-00044

Ementa

EMENTA: INTERVENÇÃO FEDERAL. 2. Precatórios judiciais. 3. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. 4. Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos. 5. A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. 6. Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes. 7. Pedido de intervenção indeferido

Observação

Votação: por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio.
Resultado: improcedente.
Acórdãos citados: IF-20, IF-2953, ADI-1098 (RTJ-161/796).
N.PP.:(30). Análise: (MML). Revisão:(AAF).
Inclusão: 09/09/03, (MLR).
Alteração: 11/09/03, (MLR).

Partes

REQTES. : IVAM FERREIRA E OUTROS

ADVDS.: ANTÔNIO ROBERTO SANDOVAL FILHO E OUTROS REQDO.: ESTADO DE SÃO PAULO

Legislação

LEG-FED CFD-***** ANO -1891
ART -00006 INC-00006 ART -00009 LET-F
***** CF-91 CONSTITUIÇÃO FEDERAL
LEG-FED CFD-***** ANO-1934
ART -00012 INC-00007
***** CF-34 CONSTITUIÇÃO FEDERAL
LEG-FED CFD-***** ANO-1946
ART -00007 INC-00005
***** CF-46 CONSTITUIÇÃO FEDERAL
EMC-000001 ANO-1969
ART -00010 INC-00006

GLOBALIZAÇÃO E JUSTIÇA

José Palmácio SARAIVA*

Todo sistema tem sua lógica e seus princípios. E, uma vez postos estes, seguem-se seus efeitos.

Ora, o capitalismo e o socialismo marxista são sistemas de natureza econômico-política, ambos essencialmente materialistas o primeiro, de forma oculta ou dissimulado: o segundo, declarada e ostensivamente. A diferença fundamental entre ambos reside na propriedade dos meios de produção: privada ou particular naquele; sociolizada ou estatal neste.

E, em razão de sua identidade essencial, tanto um quanto o outro sistema têm como um de seus postulados fundamentais o da máxima eficiência com o mínimo de dispêndio: *“A demanda crescente por eficiência e produtividade é uma das características marcantes destes anos finais do século 20”* (ANTÔNIO KANDIR, min. do Planejamento e Orçamento, “Folha de S. Paulo”, 25.10.96, pág. 1-3, sem negritos).

E esse princípio **impõe** uma incessante busca de formas de produção cada vez **mais eficientes**, seja no âmbito dos denominados **“recursos humanos”**, seja no dos **“recursos materiais ou técnicos”** propriamente ditos. É a conclusão a que também chegou o editorial **“Os Sindicatos do Futuro”**, do insuspeito **“Jornal da Tarde”**: *“Essa corrida ficou ainda mais difícil, porque, junto com a abertura da economia nacional, tiveram elas (as empresas) de enfrentar as extraordinárias transformações que o mundo vem enfrentando, tanto do ponto de vista tecnológico quanto dos processos administrativos”* (Ed. de 1.11.96, pág. 4-A, sem parênteses e negritos).

No plano dos **recursos humanos ou processos administrativos**, o mais recente instrumento utilizado na angustiante procura de “maior eficiência” a qualquer custo – cujo “canto de sereia” tem seduzido até mesmo

juízes, extremamente preocupados com a insidiosa campanha direcionada ao “Controle Externo da Magistratura” –, significativamente se chama “reengenharia”, que nada mais é do que uma mera e sofisticada reprodução do rudimentar método utilizado no período stalinista da extinta “União das Repúblicas Socialistas Soviéticas” (URSS) para estabelecer o “padrão de produtividade” do trabalhador comunista.

VICTOR KRAVICHENKO relata, em *“Eu Escolhi a Liberdade”*, uma experiência de “reengenharia” soviética com pedreiros. Conta que vários trabalhadores da construção civil foram selecionados para, concomitantemente, erguerem paredes com as mesmas dimensões e materiais. O que conseguiu terminar a tarefa primeiro, fixou o **“padrão de eficiência”** do pedreiro comunista, a ser seguido pelos demais aquele que não se enquadrasse nesses parâmetros, corria o sério risco de ser considerado “inimigo do povo”, com todas as gravíssimas consequências daí decorrentes.

O mesmo ocorre, guardadas as proporções, no capitalismo: quem não se “amoldar” aos “padrões” estabelecidos pela “moderna reengenharia”, também corre o risco de perder, não a liberdade ou até mesmo a vida – como no regime soviético –, mas seu emprego, o que equivale a ficar privado dos meios necessários à sua própria subsistência e de sua família.

No que se refere aos meios materiais e técnicos de produção propriamente ditos, a informática, aliada à robótica, representam atualmente o ápice da exaustiva busca da eficiência no plano da produtividade industrial e inclusive da prestação de serviços. É o clímax de uma silenciosa, mas verdadeira e implacável revolução, que teve início com a industrialização e agora atinge a mais plena realização de seu princípio motor: *“o máximo de lucros com o mínimo de dispêndios”*.

(*) O autor é juiz de Direito na 3ª Vara Cível do Ipiranga.

Os resultados desse fenômeno – rotulado de “modernidade”, “neoliberalismo”, “hipercapitalismo” ou “turbocapitalismo” – já são por demais conhecidos: “a concentração de renda como nunca se viu, sem sangue, na História recente da humanidade” (EDWARD NICOLAE LUTWAKE, do Departamento de Defesa dos EUA, in “O Risco do Fascismo”, “Veja” de 14.06.95, pág. 8, sem negritos), com a conseqüente desobstrução do *“palco para que fiquem apenas os grandes atores do processo econômico: as transnacionais de um lado, e os operadores do sistema financeiro de outro”* (IGNACY SACHS, Diretor da “École de Hautes Études en Sciences Sociales du Paris”, in “Jornal da Tarde” de 4.12.95, pág. 6, sem negritos). Exemplo do enorme poder dos “operadores do sistema financeiro” mundial foi a recente “Crise do México”: da noite para o dia, praticamente “quebraram” a então próspero economia mexicana, ao retirarem, via fax ou Internet, suas aplicações financeiras daquele país.

NOAM SHOMSKY, em “A Nova Ordem Internacional, pensa da mesma forma: a partir da leitura de documentos secretos do governo norte-americano recém-divulgados – que tratam da atual política externa dos EUA para a América Latina –, concluiu que esse país *“tem por objetivo manter o poder nas mãos de grandes conglomerados privados, em detrimento do desenvolvimento apregoado por neoliberais que defendem a abertura de mercado”* (“Jornal da Tarde”, 23.11.96, pág. 1C, sem negritos).

Entretanto, é no plano **político-social** que as mais preocupantes conseqüências da denominada **“Globalização da Economia”** ocorrerão, devido à concentração de riquezas jamais vista em nosso planeta.

Assim é que grandes grupos econômico-políticos já se vão formando para a disputa da hegemonia mundial (“Comunidade Econômica Européia”, “Tigres Asiáticos”, “Mercosul-Nafta” etc.). Até mesmo o próprio presidente Fernando Henrique – qualificado pelo cientista político norte-americano, JAMES PETTRAS como *“o executivo mais aplicado e convincente”* do investidor estrangeiro no Brasil (“Folha de S. Paulo”, “FHC é Executivo de Investidor Estrangeiro”, 2.12.96, pág. 1-8) – não pode negar que *“a globalização não resulta apenas das forças de mercado. Ela é o cenário no qual continua a ser jogado o jogo do poder”* (“O Estado de S. Paulo”, “A Globalização e o Jogo do Poder”. 2.12.96, pág. A-3, sem negritos).

Disso resultará que os Estados Nacionais serão paulatinamente compelidos a abrir mão de suas

soberanias em prol de “Órgãos Mundiais de Controle”, tais como “Parlamentos e Tribunais Supranacionais” (já instituídos no M.C.E.), o “Tribunal de Justiça do Pacto Andino”, o “Tribunal Centro-Americano”, assim como a “Corte de Justiça do Mercosul”, cuja criação foi recomendada pelo “Carta de Ouro Preto”, do “5º Encontro das Cortes Supremas do Cone Sul” (“TRIBUNA DA MAGISTRATURA”, set/96, págs 3/4); a “Constituição Federativa Mundial” (sugerido por grupos radicados nos Estados Unidos) etc.

E isso reduzirá tais Estados à condição de meros “servos” dos novos “senhores do mundo”, os detentores desse imensurável poder econômico, o que, aliás, já vem ocorrendo: na “Guerra do Golfo”, as grandes potências empregaram todo seu moderníssimo arsenal militar em defesa dos interesses das empresas petrolíferas de seus países; nada disso, porém, se verificou em reação à “Guerra da Bósnia”...

Por fim, um controle extremamente eficaz sobre os seres humanos será implantado em nível planetário, mediante todos os meios e técnicas possíveis: (a) o “cartão multiuso universal” (válido como “moeda eletrônica”, RG, CIC, passaporte, etc.), que, a pretexto do “risco de o perder”, será substituído por um “código de barras” impresso em uma das mãos de forma indelével e invisível (na Alemanha Nazista, a Gestapo “tatuava” o número de identificação nos braços dos judeus: no “Playcenter”, em São Paulo, “carimbam-se” as mãos das crianças com o número do ingresso; em “boites”, já são também carimbadas as mãos de seus freqüentadores com tinta especial, visível apenas com luz infravermelho etc), que, todavia, poderá ser “lido” por um “scanner” (sem o perceber, o ser humano vai, paulatinamente, aceitando ser reduzido à condição de “gado”, com a única diferença de que estes são marcados o ferro e fogo); (b) a “Internet” ou outra “infoway”, via das quais se fará o cadastro individual de todos os seus usuários no mundo (PAUL VIRILIO, in “Cybermonde”, as qualifica de “ciberfacismo”, exercício de dominação, de “controle sobre os cidadãos”); (c) um sistema de ensino excessivamente técnico e liberal – induzindo os jovens “a aceitar tudo (p. ex. ler um jornal) de forma passiva e sem crítica” (ALLAM BLOOM, em “The Closing of American Mind”) –, aliado aos modernos meios de comunicação de massa (TV por assinatura, a cabo etc.), “modelarão as mentes” dos cidadãos de acordo com os interesses dos detentores do “poder global” (Collor foi eleito presidente por um único noticiário de TV às vésperas das eleições); (d) finalmente, a possibilidade de “manipulação genética” do ser humano, visando inclusive “determinar suas características” (inteligência,

talento artístico etc.) – e que poderá mesmo a vir a ser objeto de “patente industrial” (em 1980 a Suprema Corte dos EUA autorizou a patente de microrganismo manipulado geneticamente) –, ensinará uma “discriminação de pessoas” como jamais se imaginou, agora em bases “científico-genéticas” (esse, aliás, o “sonho Nazista” em relação aos judeus: e nos EUA “Família com Mal Genético é Discriminada” por seguradora, in “Folha de S. Paulo”, 25.10.96, pág. 1-14), o que redundará na definitiva “coisificação” do próprio Homem” (PAULA LOBATO DE FARIA, “A ‘Revolução Genética’ – Bases de Reflexões, Sobre os Novos Desafios Colocados à Ética e ao Direito”, in “Direito da Saúde e Bioética”, pág. 195, sem negritos, Ed. Associação Acadêmica do Faculdade de Direito de Lisboa).

À vista disso, o sociólogo e professor de economia da Universidade de Coimbra, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, concluiu que “os imperativos da globalização da economia constituem, desde a última década, uma ameaça aos direitos humanos talvez superior à que foi protagonizada pela guerra fria” (“*Os Negócios e os Direitos Humanos*”, in “O Estado de S. Paulo”, 2.12.96, pág. A2, sem negritos). E, pode-se acrescentar, seguramente mais amplo do que o perigo representado pelo Nazismo para os judeus no última grande guerra.

O mais grave, entretanto, está ocorrendo no compo social: segundo a Organização Mundial do Trabalho, já atingimos a cifra de um bilhão de desempregados em todo o mundo, “*o que representa 30%, ou quase um terço, de toda a força de trabalho*” do planeta (“Jornal da Tarde”, 27.11.96, pág. 4A) – no jargão econômico, um inquietante “excedente de mão-de-obra” –, cujas conseqüências são imprevisíveis. Tanto assim, que LESTER THUROW, do “*Instituto de Tecnologia de Massachusetts*”, manifestando toda sua apreensão acerca desse problema, exclama: “Nós colocamos uma panela de pressão em fogo alto e agora estamos esperando para ver quanto tempo leva para explodir” (“Veja”, 13.11.95, pág. 47). E ERIC HOBSBAWM, em “A Era dos Extremos” conclui: “*Uma economia mundial que se desenvolve pela geração de desigualdades tão crescentes está quase inevitavelmente acumulando encrencas futuras*” (“Carta Capital”, nº 39, de 25.12.96, in “A Cartografia da Desigualdade”, pág. 40, sem negritos).

Como solucionar esse problema, de modo a “destampar” essa “panela de pressão”, a fim de impedir sua “explosão” e de evitar o “acúmulo de encrencas futuras”?

Quinhentos dos maiores líderes do mundo, dentre os quais George Busch, Margareth Thatcher, Michail Gorbatchev, Paul Volker. Al Gore e outros, reuniram-se no Fórum Mundial, patrocinado pela “Gorbachev Foundation USA”, em São Francisco, Califórnia, EUA, entre os dias 27 de setembro e 1º de outubro de 1995, com o evidente propósito de buscar soluções para essa explosiva situação. Nesse “Fórum” discutiu-se, dentre outros importantes assuntos, nada mais nada menos do que a “redução de 40% da população mundial”! (“The Spotlight”, nº 43, page 1, Washington DC, October 23, 1995).

Isso, aliás, o que, desde a década de 80, já vinha sustentando o “braço espiritualista” da globalização (“The Global Brain”, PETER RUSSEL, Tarcher Publi., Los Angeles, 1983), a “New Age” ou “Nova Era” (anarco-sincretismo-religioso-econômico, sintomaticamente nascido nos Estados Unidos e com raízes no ocultismo oriental – Zen-Budismo, Hinduísmo, Hare Krishna etc. – e, mais proximamente, no teosofismo de Helena Blavatsky): seus “gurus”, após afirmarem claramente ser positiva a “unidade de todas as religiões, mesmo Satanismo e Feitiçaria” (TAL BROOKE, “Mystery Mark of the New Age”, 1988, page 47); e que os cristãos (em sua imensa maioria “ocidentais”) “são uma raça espiritual inferior” (CHRISTOPHER HYATT, “Magical Blend”, 1987, nº 16, page 22; sem negritos), pregam abertamente sua eliminação perto do ano 2000, em que “1/3 da humanidade precisa morrer” (ALICE BAILEY), ou seja, um verdadeiro “holocausto final”, quando cerca “de 2,5 bilhões poderiam ser mortos” (JOHN RANDOLPH PRICE, “Practical Spirituality”, 1985, page 19, sem negritos), pois “os incapacitados e ignorantes não deverão sobreviver” (MAHARASHI MAHESHI YOGI, “Inauguration of the Dawn of the Age Enlightenment”, Inst. University Press, page 47). E HAL LINDSEY sintetiza: “Os cristãos (vale dizer, os ‘ocidentais’), a Nova Era sustenta, emitem pensamentos negativos e são reponsáveis pela degradação ambiental do planeta. A Mãe Terra só poderá ser salva quando esses cristãos negativistas forem removidos (isto é, ‘eliminados’)” (“The Planet Earth – 2000 DC”, sem parênteses e negritos).

De que forma, porém, será possível **“reduzir em 40% a população mundial”** – ou seja, “eliminar 2.5 bilhões de incapacitados e ignorantes até o ano 2000” –, quando é certo que, a cada ano, ela aumenta?

Há, não obstante, vários **meios e modos** de se conseguir a redução desse extraordinário “excedente

mundial de mão-de-obra”, ou seja, dos milhões de “incapacitados e ignorantes” desempregados (geralmente cristãos ocidentais), que a todo momento vêm engrossar o “caldo de cultura” da “panela de pressão” prestes a explodir.

Primeiro mediante “**guerras regionais**” como a da Bósnia, das etnias africanas, do Azerbaijão, do Afeganistão etc., muito eficazes para reduzir rapidamente os níveis populacionais nos lugares onde ocorrem.

Depois, através do “**controle da natalidade**”, já aprovado no Brasil e com o generoso atendimento “público gratuito” à “população carente”.

Em seguida, virá a “**legalização do aborto**”, em discussão no Congresso Nacional, também com o atendimento médico “gratuito” aos ‘carentes’, através do já falido “serviço público de saúde”, que sequer tem condições de “salvar vidas” dos deserdados da fortuna.

Aliás, o Congresso dos Estados Unidos acaba de aprovar projeto de lei enviado pelo presidente Bill Clinton, que autoriza o denominado “**aborto de nascimento parcial**” (“Partial Birth Abortion”), ou, simplesmente, “**aborto parcial**”, que pode ser praticado até o nono mês de gravidez (“Third Trimester”) e no último segundo (“Late Second”) antes do nascimento. E a técnica empregada é a seguinte: o médico vira o bebê no útero da mãe e puxa-o pelos pés, deixando apenas a cabeça no interior do ventre materno, onde em seguida introduz um cateter no crânio da criança para sugar seu cérebro (“*The doctor turns the unborn child into the ‘breech’ position (feet first) and pulls the child from the mother until all the head is delivered. Her or she then forces scissors into the base of the skull and inserts a catheter to suction out the child’s brain.*”). Esse método é empregado a fim de evitar que o médico cometa homicídio: se o bebê fosse morto após ter sido totalmente retirado do corpo da mãe, esse **hediondo crime estaria configurado** e ele poderia ser condenado à pena de morte!

Essas são, em verdade, formas deveras “racionais” de gradativamente se **eliminar a pobreza** (vale dizer, “consumidores improdutivos”): basta acabar com os pobres, *impedindo que outros nasçam!*

E, por força dessa mesma lógica, também não se pode descartar a instituição da “pena de morte”, embora de aprovação mais difícil, pois irá atingir a todos indistintamente, ricos e pobres: com efeito, se a legalização do aborto, que mata o inocente e indefeso, está em vias de ser aprovada em nosso País, porque a

pena capital não poderá ser igualmente legalizada, se é aplicada somente ao criminoso, condenado mediante o devido processo legal e após haver esgotado todos os meios de defesa a seu dispor?

Mais adiante, será a vez da “**legalização da eutanásia**” (já implantado na Austrália), cuja modalidade “passiva” (não ministrar mais socorros aos doentes “terminais”, extremamente dispendiosos...) vem sendo confessadamente praticada por alguns, senão muitos, médicos: “Quando o doente é terminal, não acrescentamos mais nada e deixamos que a própria evolução da doença o leve” (Médico da UTI da UNICAMP, “Correio Popular”, Campinas, de 01.06.96, pág. 10-Geral)

Em seguida, legalizar-se-á a “gerontocidia”, mais uma forma de “homicídio piedoso” de pessoas, cuja idade avançada as transformou em “pesos mortos” não só para a família, mas principalmente para a economia. Nesse sentido, NATHAN GARDELS, editor do “New Perspectives Quarterly”, distribuído pelo “Los Angeles Times Syndicate”, propôs que, “*nos Estados Unidos, a carga representada pelos cuidados de saúde dispensados aos aposentados também poderia ser reduzida mediante a redistribuição do excesso de cuidados dispendiosos e desnecessários, dispensados aos que não têm sequer a cobertura básica: demarcando claramente o ponto onde o responsabilidade por eles deve parar...*”. (in “Estado de S. Paulo” de 12.05.96, pág. A-2, sem negritos).

E a “**legalização do uso de drogas**” constitui outro meio bastante eficaz à paulatina eliminação de mais alguns “descartáveis” da economia, os viciados, em sua esmagadora maioria jovens: em Amsterdã, na Holanda, onde o tráfico é **livre e deveras lucrativo** (os bares exibem verdadeiros “cardápios de drogas”, havendo os que comerciam apenas as “leves”, enquanto outros vendem inclusive cachimbos para “crack”), as autoridades locais tiveram de fechar as laterais da “ponte vermelha” (melhor seria “ponte do pó”), a fim de impedir suicídios de muitos jovens drogados!

Por fim, serão legitimados os “**casamentos**” de **homossexuais** (pederastas e lésbicas) – nesse sentido, a deputada Marta Suplicy, ao que consta, apresentou projeto de lei ao Congresso –, pois obviamente não contribuem para o aumento da população mundial: não geram filhos!

Aí estão algumas das formas de gradativamente se eliminarem os “excessos de mão-de-obra”, os

“incapacitados e ignorantes” (MAHARASH MAHESHI YOGI, ob. cit.), ou seja, de acabar com todos os “peso” mortos” da “economia globalizada”.

E tudo isso se fará, por incrível que pareça, a pretexto da generosa bandeira da “defesa das liberdades das minorias excluídas”, quando, em verdade, o que se pretende é precisamente o oposto: excluí-las de vez!

É o que deixa entrever MAURO SANTAYANA, quando afirma que pouco se conhece do que se passa, hoje, na Europa e nos Estados Unidos acerca do “*debate intelectual em torno da pretendida transformação do mundo em um paraíso de 2 bilhões de habitantes, com o que sobrar do restante confinado em guetos, até que desapareça, porque é disso que se trata*” (“*As Razões Secretas*”, in “Jornal da Tarde”, 25.10.96, pág. 24, sem negritos).

E assim a vida, o mais fundamental de todos os direitos, sem o qual nenhum outro existe – o defunto não tem direito algum (PONTES DE MIRANDA, “*Tratado de Direito Privado*”, tomo I, pág. 221) –, a cada dia se vai tornando, graças a tais “defesas das liberdades civis”, coisa totalmente “descartável”, verdadeira “mercadoria de segunda classe”.

Impõe-se, todavia, uma indagação: e os “**excluídos do sistema**”, a quem poderão recorrer, na esperança de salvaguardar seus “direitos fundamentais”?

A resposta é óbvia: apenas à Justiça, que, graças à sua total independência diante dos econômica e politicamente poderosos – tal como lhe é constitucionalmente assegurada em nosso País (vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos, aposentadoria condigna etc.) –, poderá dar guarida aos direitos desses desafortunados.

Ora, em tais circunstâncias, a independência do Poder Judiciário – na forma como é garantida no Brasil – representa um sério entrave às exigências impostas pelo “sistema” para reduzir o “excedente mundial de mão-de-obra em 40%”, principalmente devido a certos movimentos emergentes entre os juízes, que pretendem dar prevalência aos “direitos fundamentais da pessoa humana” em face dos de natureza meramente econômica (“Direito Alternativo”, “Juízes pela Democracia”, etc.).

Urge, pois, controlar o Judiciário, a fim de impedir que crie obstáculos à consecução dessas metas (essa, aliás, a ameaça que constantemente fazem nossos governantes, políticos e meios de comunicação, sempre que seus objetivos e interesses são contrariados pela Justiça).

E isso se há de fazer por várias formas.

Primeiro, mediante o “Controle Externo da Magistratura”, que praticamente destruirá a impostergável garantia de vitaliciedade de todos os juízes, indistintamente, diante da possibilidade de sua exoneração administrativa (“perda do cargo” mediante simples “procedimento administrativo” e não mais através de ação), reduzindo-os à condição de meros “funcionários da própria Justiça”.

Com isso, ficará totalmente comprometida a independência do Poder Judiciário, que constitui a mais importante salvaguarda da cidadania, conforme salienta o sociólogo-político OLIVEIRA VIANA: “*Sufrágio universal, regalias de autonomia, federalismos, municipalismos – de nada valerão sem este primado do Judiciário, sem a generalidade das garantias trazidas por ele à liberdade civil do cidadão, principalmente do homem massa... Ter compreendido a função primacial do Poder Judiciário em nosso País e em nossa democracia: ter exaltado o seu papel até quase sublimá-lo; ter colocado este Poder fora do alcance da subordinação e dependência dos Executivos e Parlamentares, sempre partidários e facciosos – esta é a maior glória de Rui*” (“Instituições Políticas Brasileiras”, vol. 2, págs. 639-642, sem negritos).

Segundo, através das “**Súmulas**” e “**Decisões Vinculantes**”, que nenhum juiz poderá desobedecer, sob pena de cometer “grave infração administrativa” e, por isso, até mesmo perder seu cargo!

E quem terá condições de obter ou alterar tais “súmulas” e “decisões”?

MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH respondem: “*Pessoas ou organizações que possuam recursos consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio*” (“Acesso à Justiça”, pág. 21, sem negritos). E o presidente da OAB/SP, GUIDO ANTÔNIO ANDRADE, pondera que “súmula vinculante” interessa ao Executivo, porque existe “a esperança em eventual solidariedade por parte da principal Corte do País, que em passado próximo, não raro, por razões alegadamente patrióticas, emprestaram seu respaldo aos pacotes econômicos destinados à ‘salvação da economia’” (“Tribuna do Direito”, junho de 1996, pág. 26).

E, por fim, retirando dos juízes a garantia de uma “aposentadoria condigna”, capaz de lhes assegurar a necessária tranquilidade futura, pois sua extinção irá

esvaziar a Magistratura de reais valores e, quiçá, torná-la praticamente inviável, o que, aliás, já vem ocorrendo, inclusive em face do insuportável volume de processos que os assoberbam.

Eis, aí, para quem quiser ver, as conseqüências que a lógica e os princípios do atual “sistema econômico mundial”, mais conhecido como a “Globalização da Economia”, está a impor, inclusive à Justiça, para que seus planos não possam ser por ela obstados.

Conforme pondera ALBERTO OLIVA, professor de Filosofia da USP: *“É comum governantes tentarem tornar realidade suas convicções sem mostrar nenhuma preocupação em antes conhecer as conseqüências que podem delas advir. Infelizmente, a*

avaliação objetiva só costuma se tornar possível depois que seus efeitos perversos já não podem mais ser revertidos” (“Sem Medo de Reeleição”, em “Jornal da Tarde”. 27.11.96, pág 2-A, sem negritos)

Diante desse quadro impõe-se uma angustiante indagação: o que fazer para impedir que a Justiça não seja amordaçada, vale dizer, para que “as liberdades civis dos cidadãos” – dentre as quais sobreleva o direito fundamental à própria, vida – não venham a ser praticamente aniquiladas pelo “sistema” que pretende transformar o mundo numa “aldeia global” composta apenas de “servos descartáveis”?

O que, afinal, todos nós, simples mortais, desejamos para nós, nossos filhos e netos?

Editoração: Beccari Propaganda e Marketing

Rua Pedro Álvares Cabral, 183 – Campinas – S.P. – Fone Fax (19) 3255-6311

E-mail: editora@beccari.com.br

Impresso por: Gráfica e Editora Flamboyant Ltda

Rua João Quirino do Nascimento, 493 Campinas – S.P. Fone Fax (19) 3252-6835

E-mail: flamboyant@dglnet.com.br

Revista Jurídica

PUC

CAMPINAS

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA